

**GRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2014/2015**



**MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A
DECIDIR SOBRE LA PROPIA SALUD**

Constitutional approach to the right of selfdetermination on healt

Realizado por el alumno: D. César Calleja Álvarez

Tutorizado por la Profesora: Dña. M^a Esther Seijas Villadangos

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| ABREVIATURAS | 5 |
| RESUMEN | 6 |
| ABSTRACT | 6 |
| OBJETO | 7 |
| METODOLOGÍA..... | 9 |
| CAPÍTULO I.- EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD..... | 10 |
| 1. DESDE UNA PERSPECTIVA GLOBAL..... | 10 |
| 1.1.- Marco Internacional | 10 |
| 1.2.- Marco Europeo..... | 11 |
| 1.3.- Protección de la Salud en el Derecho Comparado. | 12 |
| 2. DESDE UNA PERSPECTIVA EN ESPAÑA. | 14 |
| CAPÍTULO II.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA SALUD (<i>CONSTITUCIÓN DE 1978</i>)..... | 17 |
| 1.- ELABORACIÓN DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL. | 17 |
| 2.- OTROS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES VINCULADOS A LA SALUD. | 18 |
| 3.- PROTECCIÓN DE LA SALUD. | 20 |
| 4.- LA PROBLEMÁTICA UBICACIÓN DEL ARTÍCULO 43. | 22 |
| CAPÍTULO III.- DESARROLLO NORMATIVO VIGENTE DE LA SALUD EN ESPAÑA. | 25 |
| 1-REGULACIÓN ESTATAL..... | 25 |
| 1.1- Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad. | 25 |
| 1.2- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica..... | 31 |
| 1.3- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.. | 33 |

| | |
|---|-----------|
| 1.4 -Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones | 34 |
| 1.5- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. | 37 |
| 2.- REGULACION AUTONÓMICA. | 39 |
| 2.1.- Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: Trasferencia de servicios y funciones del Estado a los servicios de salud autonómicos..... | 39 |
| 2.2- Reflexiones en torno a la autonomía y la igualdad en materia sanitaria | 45 |
| CAPÍTULO IV- DERECHO A LA SALUD Y LOS TRATAMIENTOS SANITARIOS: LOS DERECHOS ESPECÍFICOS DEL PACIENTE. | 51 |
| 1.- DERECHO A LA INFORMACIÓN | 52 |
| 1.1.- El derecho a no ser informado. | 53 |
| 2.- DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD E INTIMIDAD. | 55 |
| 2.1.- La historia clínica..... | 57 |
| 2.2.- La intimidad del paciente en las nuevas tecnologías. | 57 |
| 2.3.- La intimidad corporal..... | 59 |
| 3.- DERECHO A DECIDIR SOBRE LA PROPIA SALUD. | 60 |
| 3.1.- El consentimiento informado. | 61 |
| 3.1.1.-El consentimiento informado: ¿un derecho fundamental?..... | 62 |
| 3.1.2.-Formas de prestar el consentimiento..... | 63 |
| 3.1.3.- Capacidad para prestar consentimiento..... | 64 |
| 3.1.4.- Prestación del consentimiento por representación. | 69 |
| 3.1.5.- Efectos del consentimiento informado..... | 71 |
| 3.1.6.- Dispensa de recabar el consentimiento informado..... | 73 |
| CAPÍTULO V.- DERECHO A RECHAZAR EL TRATAMIENTO MÉDICO.... | 75 |
| 1.- CONCEPTUALIZACIÓN..... | 75 |
| 2.- RÉGIMEN JURÍDICO | 76 |
| 3.- LIMITES AL RECHAZO DE UN TRATAMIENTO MÉDICO. | 76 |
| 4.- DELIMITACIÓN SUBJETIVA. | 78 |

| | |
|---|-----------|
| 4.1.- Rechazo del Tratamiento médico por parte de personas ancianas. | 78 |
| 4.2.- Rechazo de un tratamiento médico por parte de un menor. | 80 |
| 4.3.- Rechazo de un tratamiento médico por parte de un adulto capaz. | 82 |
| CONCLUSIONES | 85 |
| BIBLIOGRAFÍA | 88 |

ABREVIATURAS

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CE: Constitución Española de 1978.

CP: Código Penal.

FJ: Fundamento Jurídico.

LBAP: Ley 41/2002, 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

LGS: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

LO: Ley Orgánica.

Nº: Numero.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

Op.cit: Obra citada

RD: Real Decreto.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

UE: Unión Europea.

VVAA: Varios Autores.

RESUMEN

La existencia de una sociedad jurídicamente avanzada y la incorporación al proceso político de nuevos grupos sociales, ha llevado a regular la salud y su protección en diversos textos normativos de todo tipo. En concreto, en nuestro ordenamiento jurídico actual, la salud se manifiesta como uno de los bienes jurídicos que goza de mayor protección. La Constitución Española de 1978, reconoce este derecho en su artículo 43, denominándolo “derecho a la protección de la salud”; aunque el poder constituyente se ocupó de regular este derecho de una forma concreta y directa en el citado artículo, las referencias a la salud son notables a lo largo de toda la norma fundamental.

A consecuencia del mandato constitucional, legislación diversa ha reconocido un elenco de derechos y deberes a los pacientes; configurándose estos en la existencia de una libertad de decisión sobre su propia salud con respecto a sus convicciones y opiniones, determinadas por una información completa y veraz que tendrán que proporcionar las Administraciones sanitarias. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos en condiciones de igualdad se está viendo cada vez más perjudicado a causa de la organización territorial de nuestro país.

Palabras clave: Salud – Protección – Decidir

ABSTRACT

The existence of a legally advanced society and the integration in the political process of new social groups, has led to rule health and protection in different pieces of legislation. Specifically, in our current legal system, health appears as one of the legal goods that enjoys greater protection. The Spanish Constitution of 1978 recognizes this right in Article 43, calling it "the right to protection of health"; although the constitutional power to rule that right took a concrete and direct way in that Article, references to health are notable throughout the fundamental law. As a result of the Constitution, the law recognized a diverse range of rights and duties to patients; these are configured in the existence of a free decision about their own health with regard to their convictions and opinions, as determined by full and truthful information.

OBJETO

La salud ha sido, es y será uno de los bienes más preciados por el ser humano, seguramente por la íntima relación que guarda con la vida. La existencia de una sociedad jurídicamente avanzada, ha llevado a regular la salud y su protección en diversos textos normativos de todo tipo. En concreto, en nuestro ordenamiento jurídico actual, la salud se manifiesta como uno de los bienes jurídicos que goza de protección en nuestra carta magna. Por ello, uno de los objetivos de este trabajo ha sido sintetizar la evolución de la protección de la salud, con vistas a los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, pero sobre todo hemos querido destacar la evolución que ha sufrido este derecho en España a lo largo de la historia.

Pero sin duda, el objetivo principal de nuestro trabajo ha sido analizar este derecho desde una perspectiva constitucional. Este objetivo general se ha desglosado en diversos objetivos particulares conectados por los vínculos del marco constitucional.

En primer lugar, un objetivo de carácter dogmático; ha sido aproximarnos y ordenar desde un punto de vista constitucional, las diversas normas que afectan al derecho a la salud. Así el reto radica en buscar la conexión entre los diferentes ordenamientos jurídicos. A ello se dedica en el capítulo I.

Un segundo objetivo ha sido analizar exhaustivamente los matices con los que la Constitución Española de 1978 ha regulado el derecho a la salud. A ello nos hemos dedicado en el capítulo II del presente estudio.

La complejidad de nuestra organización territorial se ha reflejado particularmente en el derecho a la protección de la salud, por ello el tercer objetivo ha sido estructurar la legislación estatal que desarrolla el mandato constitucional, e inmediatamente después hemos trasladado nuestro campo de estudio al ámbito autonómico. A ello nos referimos en capítulo III de nuestra obra.

Si los anteriores objetivos han buscado una aproximación formal a tenor de las distintas fuentes reguladoras del derecho a la salud, un cuarto objetivo es ensalzar en la implantación de este trabajo, las distintas manifestaciones del derecho a la protección a la salud; Así como tratar de desgranar un derecho ciertamente complejo, que hemos tratado en el capítulo IV.

Estos objetivos acaecidos se han querido completar con un último reto que obedece a una inquietud personal, fomentado por la rica casuística que los medios de comunicación han desarrollado. Nos preguntaremos, ¿Qué espacio constitucional se ha establecido para aquellos ciudadanos que deciden no aceptar los tratamientos médicos? El objetivo específico radica en aclarar los límites del derecho a la salud, determinado por la capacidad de decidir de los pacientes. Aclaraciones que haremos en el capítulo V.

Estos objetivos se reducen al reto global expresado en las primeras líneas y aportar una reflexión sobre el derecho constitucional a la salud.

METODOLOGÍA

El planteamiento metodológico que se ha llevado a cabo en este trabajo es el de un método inductivo. Partiendo desde una casuística muy concreta y específica con nombres y apellidos propios, hemos querido proponer una elaboración teórica y dogmática de carácter genérico.

El iter en la elaboración de este trabajo se ha desarrollado conforme a los siguientes parámetros:

- 1º. Lectura y análisis de manuales de Derecho constitucional sobre Derechos sociales.
- 2º. Lectura y análisis de artículos de Derecho constitucional con incidencia en el objeto del estudio planteado, así como el análisis de la jurisprudencia.
- 3º. Fijación de los Objetivos que se quieren alcanzar con este estudio.
- 4º. Redacción del esquema.
- 5º. Redacción y desarrollo de los diferentes capítulos.
- 6º. Sintetizar y destacar lo más importante a través de la redacción de las conclusiones.

Señalamos que el sistema de citas y la bibliografía se han llevado a cabo conforme a la Norma Internacional ISO 690:2010 y la Norma UNE-ISO 690:2013.

CAPÍTULO I.- EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

1. DESDE UNA PERSPECTIVA GLOBAL.

1.1.- Marco Internacional.

Aunque este estudio del Derecho a la protección de la salud, esté centrado en el ámbito jurídico español, estimamos oportuno comentar su origen en el ámbito internacional, así como el conjunto de organizaciones internacionales (Naciones Unidas, Organización Mundial de la Salud, UNESCO, entre otras.) que han llevado a cabo la promulgación de Declaraciones y documentos normativos sobre diversos aspectos relacionados con la salud, y su propio derecho.

Podemos decir, que el nacimiento internacional de proteger jurídicamente la salud y por tanto los derechos del paciente, tiene su origen con la aprobación del *Código de Núremberg*¹ en 1947, como consecuencia de que veinte médicos fueran acusados por experimentar con seres humanos en la Segunda Guerra Mundial, esto facultó a crear los instrumentos jurídicos necesarios para proteger la salud desde una perspectiva internacional. Este código goza de una importancia histórica, dado que fue el primer texto en regular el consentimiento informado y el deber de explicar al sujeto los diversos aspectos de la experimentación que se le va someter, sin embargo carece totalmente de una eficacia jurídica.

Un año después en 1948, se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, punto de referencia para entender las posteriores declaraciones internacionales en materia de protección a la salud, consagrado en su artículo 25². Este texto normativo también supuso una influencia importante a los textos constitucionales,

¹Tribunal Internacional de Núremberg, 22 de agosto de 1947.

²Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de la O.N.U. el 10 de diciembre de 1948. Art.25.1. “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tienen asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad*”.

así se refleja en la Constitución española de 1978 en su artículo 10.2 donde dice: Las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades, que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En 1981, nos encontramos con el primer texto normativo con alcance mundial con una dedicación específica a la protección de la salud y a los derechos del paciente, hablamos de la Declaración de Lisboa de los Derechos del paciente, adoptada por la 34.^a Asamblea Médica Mundial de Lisboa en 1981 y que ha sido enmendada por la 47.^a Asamblea General de Bali en 1995 ³. Aunque ofrece un interesante contenido y una regulación muy detallada de los derechos del paciente, su eficacia está limitada al terreno de la ética, careciendo por tanto de toda sanción jurídica.

Al igual que los textos anteriores que no tienen una eficacia jurídica, en 1994 encontramos un texto normativo con ámbito internacional, que garantiza la efectiva aplicación de los derechos del paciente; nos referimos a la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, aprobada en Ámsterdam en 1994 bajo auspicios de la Organización Mundial de la Salud. Dicha declaración, establece las bases para el desarrollo de los derechos del paciente como las necesarias garantías para la efectiva aplicación de estos derechos. Esta declaración aun sin tener un valor jurídico vinculante como se ha especificado, junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Convenio de Oviedo, son referente esencial para la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

1.2.- Marco Europeo.

La protección de la Salud y los derechos del paciente en el ámbito europeo, se pueden diferenciar dos grandes fuentes de regulación de estos derechos, por una lado el Consejo de Europa y por otro la Unión Europea.

³TARODO SORIA, Salvador. *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2005. Pág. 98

Respecto al primero, se destaca el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y Medicina elaborado en el marco del Consejo de Europa y ratificado por varios Estados en Oviedo el 4 de abril de 1997; en España entraría en vigor el 1 de Enero de 2000. También llamado Convenio de Oviedo, viene a detallar los diversos derechos del paciente en los distintos ordenamientos, pero en particular los de información, el consentimiento informado y el derecho a la intimidad de los pacientes.

En el ámbito de la Unión Europea, destacan varios textos normativos en referencia a la protección a la salud, así en 1984 el Parlamento Europeo aprobó una resolución para que empezaran los trabajos legislativos, y así realizar una Carta de derechos del Paciente. Dicha carta fue aprobada en Roma en el año 2002, con el principal objetivo de reforzar la protección de los derechos de los pacientes en los diferentes contextos nacionales Europeos. Destaca también uno de los trabajos que realizó el parlamento Europeo que fue la Carta de Derechos del Niño Hospitalizado del 13 de mayo de 1986.

Estos textos internacionales, señala SEIJAS VILLADANDOS, que al margen de su naturaleza y carácter jurídico reconocen el contenido esencial del derecho a la protección de la salud, que queda configurado no solo por la calidad en la prestación de la asistencia sanitaria, sino también por la consideración de la autonomía de la voluntad del paciente como el principio clave o la regla general que los preside⁴.

1.3.- Protección de la Salud en el Derecho Comparado.

En el entorno europeo no es fácil encontrar Constituciones con referencias expresas a la protección de la salud, pues ni la Ley Fundamental de Bonn ni la actual Constitución Francesa dedican un precepto a este derecho, como si lo hace la Constitución española de 1978.

Así, entre las Constituciones europeas que protegen la salud y regulan los derechos del paciente puede citarse la Constitución italiana, en su artículo 32 que dice así: *“La Republica tutela la salud como derecho fundamental de los individuos e intereses de la colectividad y garantiza el tratamiento gratuito de los indigentes. Nadie puede ser*

⁴ SEIJAS VILLADANDOS, M^a Esther. Derechos de los Pacientes, Derechos con Fundamento: fundamento constitucional. VVAA. *en Homenaje al Profesor Antonio Torres del Moral*. Madrid: UNED, 2012. Pags 6-7

obligado a recibir un tratamiento determinado sino es bajo un mandato legal. La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana”.

También destaca la Constitución portuguesa de 1975 en su artículo 64⁵, en cambio Constituciones como la griega de 1975, la de Reino de los Países Bajos de 1983 y la reciente Constitución finlandesa que entro en vigor en el año 2000, sí hacen alusiones a la protección de la salud, pero lo hacen dentro del marco de la Seguridad Social. Así, BORRAJO DACRUZ expone, que la separación de formulación y tratamiento es ya constante en el Derecho constitucional comparado, llevando así las prestaciones de asistencia sanitaria como una acción de efectos individualizados que configuran el objeto de un derecho típico de dicho sistema, es, acaso la que goza de mayor predicamento en el orden internacional, al lado de la que mantiene separados los Sistemas Sanitario y de Seguridad Social⁶.

Con vistas al continente americano pese a que es una Constitución semántica, destaca en este ámbito la Constitución venezolana de 1999, que dedican varios preceptos al tema de la salud, destacando el artículo 83 *“La salud es un derecho social fundamental y una obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. Asimismo,*

⁵ Constitución portuguesa de 1975. Art 64-“1. Todos tendrán derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla. 2. Se hará efectivo el derecho a la protección de la salud por la creación de un servicio nacional de sanidad universal, general y gratuito, por la creación de condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen la protección de la infancia, de la juventud y de la ancianidad y por la mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo, así como la promoción de la cultura física y deportiva, escolar y popular y también por el desarrollo de la educación sanitaria del pueblo. 3. Incumbe prioritariamente al Estado, con el fin de asegurar el derecho a la protección de la salud: a) garantizar el acceso de todos los ciudadanos, cualquiera que sea su condición económica, a los cuidados de la medicina preventiva, curativa y de rehabilitación; b) garantizar una racional y eficaz cobertura del país desde el punto de vista médico y hospitalario; c) orientar su actuación hacia la socialización de la medicina y de los sectores médico-farmacéuticos, d) disciplinar y controlar las formas empresariales y privadas de la medicina, articulándolas con el servicio nacional de salud; e) disciplinar y controlar la producción, la comercialización y el uso de los productos químicos y farmacéuticos y otros medios de tratamiento y diagnóstico”

⁶BORRAJO DACRUZ, Efen. Comentario al artículo 43 de la Constitución. *Comentarios a las leyes políticas, tomo IV*. Madrid: Edersa, 1983. Pág. 173.

el Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios”.

2. DESDE UNA PERSPECTIVA EN ESPAÑA.

Las primeras preocupaciones por crear unas estructuras mínimas de la sanidad en España, surgen a comienzos del siglo XIX. Así, la historia de la normativa sanitaria puede dividirse en seis grandes etapas:

1ª La primera mitad del siglo XIX, que registra el proyecto de Código Sanitario (1822).

2ª Etapa desde la década moderada del reinado de Isabel II hasta el 98, que es una época marcada por la Reforma de la sanidad y la creación de la Dirección General de Sanidad (1847) y la promulgación de la Ley Orgánica de Sanidad (1855).

3ª Bajo el reinado de Alfonso XIII y la dictadura de Primo de Rivera, que registra la Instrucción General de Sanidad (1904) y los Reglamentos de Sanidad Municipal y provincial (1925).

4ª En la Segunda República, donde se realiza la Ley de coordinación de Servicios Sanitarios (1934).

5ª En el Régimen Franquista, se introduce el Seguro obligatorio de Enfermedad y Promulga la Ley de Bases de la Sanidad Nacional (1944).

La primera mitad del siglo XIX, es una etapa que se caracteriza por la gran cantidad de hechos infaustos que se produjeron: la invasión francesa, la Guerra de la Independencia, la persecución de Fernando VII, la guerra entre carlistas y cristinos, acompañados de botines, sublevaciones militares y sociales de todo tipo. En este clima tan bélico, la preocupación por la salud de la población era escasa, basada en instrucciones, órdenes que se aplicarían dependiendo de las circunstancias. Así, encontramos una instrucción de 13 de junio de 1813, que por su interés histórico venimos a citar *<<Estando a cargo de los Ayuntamientos de los pueblos la policía de salubridad y comodidad deberán cuidar de la limpieza de las calles, mercados, plazas y la de hospitales, cárceles y casas de caridad o de beneficencia; velar sobre la calidad de los alimentos de toda clase; cuidar de que en cada pueblo haya cementerio convenientemente situado; cuidar asimismo de la desecación o bien de dar curso a las aguas estancadas o insalubres y por último,*

remover todo lo que en el pueblo o en los términos pueda alterar la salud pública o de los ganados>> Esta instrucción constituye, aunque con carácter municipal, la primera producción legislativa, de inspiración democrática y progresista de la época⁷.

El primer texto normativo en regular técnicas de intervención pública en problemas sanitarios fue el proyecto de código de 1822, pero al igual que la Constitución de Cádiz quedaría en papel mojado al imponerse de nuevo una monarquía absolutista por Fernando VII.

Muriendo así el primer intento de reunir en un texto las normas sanitarias, pues habrían de pasar más de treinta años para que un nuevo proyecto de ley, de contenido mucho más limitado que el anterior, tuviera un desarrollo legislativo.

Bajo el reinado de Isabel II, se llegó a la convicción de que era necesario realizar una reforma de la sanidad, para ello se propone la creación de una Dirección General de Sanidad, respondiendo al peligro de las enfermedades contagiosas que se estaban formando, a consecuencia de las nuevas posesiones en ultramar y de las actividades de los grandes puertos. Siendo ministro el general Espartero, se concluyó esta reforma sanitaria, promulgando la Ley Orgánica de Sanidad de 1855, que fue la primera norma de Sanidad Española, y nos ponía a la cabeza de los textos legales europeos, solamente la Ley de Salud inglesa se había aprobado seis años antes. Pero las inestabilidades políticas hicieron de esta Ley un fracaso, derogándose en 1864 y volviendo a restablecerse en 1875 hasta 1904, quedando en esta última época, una regulación muy desfasada.

Ante la imposibilidad de sacar adelante una ley nueva, la reforma se establece mediante un Real Decreto, *la Instrucción General de Sanidad de 1904*. Los movimientos obreros y sociales de principios del siglo XX, se reflejan en la acción pública sobre la sanidad, como consecuencia encontramos la Ley de Accidentes de Trabajo, y la Ley fundacional del instituto Nacional de previsión de 1908. En palabras de Bando Casado, estas dos leyes van a marcar un hito y una conquista importante para nuestro país, serán las

⁷BANDO CASADO, Honorio Carlos. Evolución histórica de la protección de la salud en España: desde 1812 hasta la Ley General de Sanidad de 1896. *Estudios Sobre consumo*. 1986, N°8. Madrid. Págs.46-47

primeras leyes sociales, que en cierta manera serían el embrión de lo que en un futuro fuera la Seguridad Social⁸

Llegada la dictadura de Primo de Rivera se crea la Escuela Nacional de Sanidad y se lleva a cabo, los Reglamentos de Sanidad Municipal y Provincial.

Empieza una preocupación mayor por la Sanidad Pública, con la proclamación de la Segunda República, donde destacó la Ley de Coordinación Sanitaria, según Bando Casado, puede decirse que este fue el primer intento serio y reglado de acabar con el desordenado sector sanitario español, concebido conforme a las leyes anteriores, pues este intento de integración, se efectúa sobre la base de incorporar toda la sanidad y previsión social en un mismo ministerio, pero tendrán que pasar cuarenta y cinco años para que se vuelva a plantear un ministerio con dedicación exclusiva a la sanidad⁹.

Finalizada la Guerra Civil Española, se implanta la Ley de Seguro Obligatorio de Enfermedad en 1942 que vino a dar un paso importante en el avance de los seguros sociales, así es asegurado todo trabajador económicamente débil, mayor de catorce años, ya sea por su cuenta o por cuenta ajena, ya se trate de trabajadores a domicilio o de servicio doméstico, cristalizando esta ley nuestro actual sistema de Seguridad Social.

En pleno auge del Régimen de Franco, se llevó a cabo la promulgación de la Ley de bases de 1944 que intentó que fuese una normativa sanitaria de carácter innovador. La consideración por la salud apareció de nuevo en 1958, con la Ley de Principios Fundamentales de Movimiento.

Llegado el año 1977 se instaura la democracia en España, creándose el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social apareciendo así el primer órgano de la administración central en tutelar el derecho de protección a la salud. Con la Constitución Española de 1978, se reconoce textualmente el derecho a la protección a la salud.

Este derecho reconocido en el artículo 43, tendrá su desarrollo legislativo en la Ley General de Sanidad de 1986, consiguiendo así poner a España en la línea marcada por la Organización Mundial de la Salud.

⁸ Ibíd. Pág. 50

⁹ Ibíd. Pág. 69

CAÍTULO II.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA SALUD

(CONSTITUCIÓN DE 1978)

1.- ELABORACIÓN DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL.

El artículo 43 CE, no tuvo un proceso de elaboración accidentada, apenas sufrió cambios desde la primera redacción del Anteproyecto Constitucional hasta la versión que aprobó la Comisión Constitucional del Senado, que ya sería la definitiva.

Hubo un gran consenso entre los partidos políticos a la hora de elaborar el precepto dado a la gran indeterminación del artículo 43 CE, ya que por un lado es un derecho social, lo cual supone que el Estado a través de sus acciones producen consecuencias directas sobre la sociedad, afectando a veces de una manera cultural como puede ser la intimidad personal o familiar del enfermo, y otras en lo meramente económico, pues los cuidados sanitarios, en sus distintas manifestaciones tienen un alto coste. Y por otro, la ambigüedad de la redacción del propio precepto constitucional.

Esta ambigüedad aludida, es consecuencia de que la Constitución española de 1978 recoge fielmente el concepto de salud propuesto por la OMS, que la define como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solo como ausencia de enfermedad o dolencia”. De aquí, que se introdujeran ciertos cambios en la terminología, pues se dejó de hablar de “higiene y sanidad” para referirse a “salud pública” pero esto no gustó a determinados partidos políticos, por los distintos significados que se podrían producir según la ideología de cada grupo.

Se puede dividir en cinco fases la formación de este precepto:

1ª.- El Anteproyecto Constitucional (B.O.C, 5 de enero de 1978) regulaba la salud en el artículo 36 de la siguiente manera: “*1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la sanidad y la higiene, así como garantizar las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*”.

2ª.-El informe de la Ponencia constitucional ofreció un texto más congruente al tratar la organización de la sanidad y de la higiene como un fin preventivo. El artículo quedó de la siguiente manera (B.O.C, 7 de abril de 1978) en su artículo 39: “1.*Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la sanidad y la higiene, a través de medidas preventivas así y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*”

3ª.- Por otro lado la Comisión de Asuntos Constitucionales y el pleno del Congreso mantuvieron la redacción de la ponencia (B.O.C, 1 y 24 de julio).

4ª.-Ya en el Senado, se cambiaron las palabras de “higiene y sanidad” por el de “salud pública”. Y el precepto pasó a ser el siguiente (B.O.C, 6 de octubre de 1978) artículo 43: “1. *Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*

5ª Dicha redacción quedaría como la definitiva, aprobada por el pleno del Senado y por la Comisión Mixta del Congreso y del Senado (B.O.C 13 y 28 de octubre)¹⁰.

Podemos resaltar en este punto, que hubo discusiones acerca de si la medicina quedaba o no sociabilizada, es decir si se reconocía la libertad de empresa, pues el artículo 43 no lo reguló, la razón fue para no repetirse, pues la libre iniciativa privada está reconocida en otros principios constitucionales como es el de la libertad de empresa.

2.- OTROS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES VINCULADOS A LA SALUD.

Nuestra Constitución se ocupa del derecho a la protección a la salud de un modo directo y concreto en su artículo 43 CE, pero las referencias directas e indirectas a la salud son notables a lo largo de toda la norma fundamental.

En fin, preceptos que muy fácilmente podrían limitar y comprometer al legislador para la protección de la salud, así el artículo 15 CE está íntimamente relacionado, pues este

¹⁰ BORRAJO DACRUZ. Comentario al artículo 43 de la Constitución. *Comentarios a las leyes políticas, tomo IV.* Op.cit Pags.168-169

declara que “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral*” por esta íntima relación que guardan el artículo 43 CE y 15 CE, es la razón que se han llegado a plantear muchos autores de considerar el derecho a la protección a la salud como un derecho fundamental, discusiones y planteamientos que expondré más adelante.

Por otra parte, con relación al derecho objeto de estudio, el constituyente se ha encargado de proteger la salud de grupos de ciudadanos cuyas características personales los convierte en personas más vulnerables y por tanto merecedores de una tutela reforzada. Así encontramos la protección integral de los hijos y de las madres reguladas en el artículo 39.2 CE; por otro lado los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales se beneficiarán de las políticas públicas preventivas, de tratamiento, rehabilitación e integración conforme a lo establecido en el artículo 49 CE. Los problemas específicos que plantea la salud de la tercera edad serán atendidos mediante un sistema adecuado de servicios sociales, así lo establece el artículo 50 CE. Por último, la Constitución hace una referencia expresa a la salud de los consumidores y usuarios que será garantizada por los poderes públicos 51CE¹¹.

Otros preceptos que guardan una dimensión sanitaria son por ejemplo, el del medio ambiente regulado en el artículo 45.1 CE; la calidad de vida en el artículo 45.2 o el derecho a una vivienda digna en el artículo 47 CE.

De forma sintética podemos afirmar que, además de la protección genérica de la salud a la que se refiere el artículo 43.1 CE, están constitucionalizados los siguientes aspectos concretos que afectan al bien jurídico de protección a la salud:

- 1.- Un sistema público de Seguridad Social.
- 2.- Su protección en los ámbitos específicos del trabajo, deporte, ocio y medio ambiente.

¹¹LEÓN ALONSO, Marta. *La protección constitucional de la salud*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2012. Pág. 155.

3.- La atención a las peculiaridades que prestan los siguientes grupos de sujetos: desempleados; disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; tercera edad y consumidores y usuarios¹².

Desde el punto de vista organizativo e institucional que se encuentra rodeado el derecho a la salud, son dos las instituciones que a través de sus servicios y prestaciones, amparan la salud de los ciudadanos, por un lado el sistema de la seguridad social en el artículo 41CE y por otro, el sistema de salud pública regulado en artículo 43.2 CE.

Mediante la constitucionalización del derecho a la salud se ha impuesto a los poderes públicos la obligación de adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar una tutela integral de la salud, que debe abarcar tanto los aspectos colectivos de prevención como los individuales de asistencia. Esto ha supuesto no ya solo la consabida potenciación de los servicios asistenciales como medida para garantizar la salud individual en cuanto derecho fundamental a la integridad física; sino también, la protección y extensión de los derechos del ciudadano en cuanto sujeto autónomo¹³.

3.- PROTECCIÓN DE LA SALUD.

Como dije anteriormente el constituyente se refiere a la salud a lo largo del texto constitucional, pero es el artículo 43 el que se centra de manera más explícita en la protección de este derecho.

Artículo 43 de la Constitución

1.- Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2.- Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

¹² TARODO SORIA. *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Op.cit Pág.169.

¹³ BEATO ESPEJO. *Derechos de los usuarios del sistema sanitario a los diez años de la aprobación de la Ley General Sanitaria*. 1996, pág.26, citado en TARODO SORIA, Salvador. *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2005. Pág. 170

3.- *Los poderes públicos fomentaran la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.*

En primer lugar vemos, que el constituyente reconoce el derecho a la “protección a la salud” y no a la “salud” en sentido general, aunque lingüísticamente puede ser irrelevante, jurídicamente trae consigo grandes consecuencias. En palabras de BORRAJO DACRUZ, el derecho a la protección a la salud, se hace para aludir a aquella posición jurídica subjetiva que otorga a su titular la facultad para exigir a los poderes públicos una serie de prestaciones sanitarias, preventivas y curativas.¹⁴

La titularidad de este derecho responde a una universalización, es decir se reconoce a:

- Ciudadanos españoles y extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, en los términos previstos del artículo 12 de la Ley orgánica 4/2000.
- Los nacionales de los estados miembros de la Unión Europea, que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo.
- Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea, siempre que lo reconozcan los convenios suscritos.

Este mismo artículo goza de unas determinadas medidas de protección, establecidas por la propia constitución:

En primer lugar el Defensor del Pueblo, que se encuentra designado en el artículo 54 CE, como el alto comisionado de las Cortes generales para la Defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, en el que se encuentra el artículo 43. En segundo lugar, se establece una prohibición en la adopción de Decretos Leyes que afecten al derecho a la protección a la salud recogido en el artículo 43 CE, como cualquier otro derecho, deber o libertad recogida en el Título I.

Cabe señalar, que el artículo 43 de la Constitución española se integra dentro del Capítulo III titulado “de los principios rectores de la política social y económica “del Título I, disponiendo el artículo 53.3 CE, que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el mencionado capítulo, informarán la legislación positiva, la practica judicial y la actuación de los poderes públicos, sin

¹⁴BORRAJO DACRUZ. Comentario al artículo 43 de la Constitución. *Comentarios a las leyes políticas, tomo IV.* Op.cit Pág. 173.

embargo dichos principios solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen.

4.- LA PROBLEMÁTICA UBICACIÓN DEL ARTÍCULO 43.

¿Es un derecho fundamental?

Este polémico artículo a la hora de su redacción, se encuentra ubicado en la Capítulo III del Título I de la CE, llamado los “principios rectores de la política social y económica”.

Ha existido y existe una posición mayoritaria en la doctrina en venir considerando que el derecho a la salud tenía que estar junto al derecho a la educación en la sección 1ª del Capítulo II del Título I, es decir, venirlo a considerar como un derecho fundamental, así SILVIO BASILE subraya que si la educación es una exigencia importante para la persona, la salud lo es todavía más¹⁵.

A pesar de la importancia que se da al derecho de la salud regulado en el artículo 43 y de las consecuencias jurídicas que este trae no es considerado como un derecho fundamental, en palabras de REY GUANTER, a pesar del término utilizado, coherentemente con el ámbito de los principios en el que se encuentra el artículo 43CE, no estamos ante un verdadero “derecho subjetivo”, al menos en el sentido utilizado por la constitución en otros preceptos (...) lo cierto es que estamos ante un principio <<subjetivado>> frente aquellos objetivados en los que excluyendo el término derecho, hacen una estricta apelación a una actuación de los poderes públicos¹⁶.

Así pues, el derecho a la protección de la salud pertenecería, en principio a los denominados derechos sociales o los llamados principios rectores de la política social y económica (artículos 39 a 52) entre lo que se encuentra regulado el derecho a la salud. El alcance propio de estos derechos viene establecido en el artículo 53.3.

Pues bien el artículo 53.3 no resuelve todas las cuestiones ligadas al valor jurídico de los principios rectores, entre los que como hemos visto sitúa el derecho a la protección

¹⁵ BASILE, Silvio. *Los "valores superiores", los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*. Madrid: Civitas 1981. Pág. 289. (ISBN 84-7398-135-9)

¹⁶ DEL REY GUANTER, Salvador. *El Derecho a la Protección a la salud: Notas sobre su entramado constitucional*. Barcelona: Universidad PonpeuFabra, 1998. Págs.162-163.

a la salud, pero si establece algunas reglas de interpretación y de aplicación. La primera regla que se deriva de este artículo es que es el Capítulo Tercero del Título I no hay derechos subjetivos en sentido estricto; no hay derechos que merezcan la calificación de fundamentales, denominación que la propia constitución reserva a los artículo de 15 a 29 titulado de los” derechos fundamentales y libertades públicas”¹⁷

Dicho de otra manera, en palabras de LEÓN ALONSO, el artículo 43 es una norma dirigida al poder público que no tiene una dimensión subjetiva y que, por lo tanto, no reconoce facultades que puedan ser ejercidas directamente por los individuos¹⁸.

Así, en la misma línea el Tribunal Constitucional en su sentencia 36/1991, ha afirmado que los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por si mismos derechos judicialmente actuables¹⁹.

Por tanto, aunque el derecho a la salud regulado en el artículo 43 sea un deseable derecho fundamental, hay que entenderlo como una garantía institucional, en que frente a los derechos fundamentales, cuyos titulares son los individuos, en la garantía institucional el titular es la institución; así en palabras de SEIJAS VILLADANGOS, el artículo 43 integra, más allá de un deseable derecho subjetivo relativo a la protección a la salud, es una garantía institucional consistente en habilitar las medidas preventivas y las prestaciones y servicios necesarios para hacer efectiva dicha protección de la salud y la proclamación de un fin u objetivo del Estado a los efectos de fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte, como recursos probados que contribuyen a la protección a la salud²⁰.

Como hemos visto, es común en nuestra doctrina afirmar que no hay derechos fundamentales en el capítulo tercero del título primero de la CE, pero otra parte como ESCOBAR ROCA opina, que esa tesis suele apoyarse únicamente en una interpretación

¹⁷ JIMENEZ DE PARGA Y CABRERA, Manuel. *El derecho Constitucional a la Protección de la Salud*. Conferencia - Universidad Rey Juan Carlos, Madrid: Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid, 2004. Pág. 11.

¹⁸ LEÓN ALONSO. *La protección constitucional de la salud*. Op.cit. Pág. 149.

¹⁹ S.T.C 36/1991, de 14 de Febrero. FJ N°5

²⁰ SEIJAS VILLADANGOS, M^a Esther. *Derechos de los Pacientes, Derechos con Fundamento: fundamento constitucional*. 212. Op.cit. Pág. 8

poco argumentada del artículo 53.3 CE. Y en el caso del artículo 43 podemos decir que se encuentra escondido un derecho fundamental, que es el derecho a la salud en sentido estricto, que en conexión con el artículo 15 CE, se configura como un propio derecho subjetivo sin que sea necesario su desarrollo por el legislador²¹.

Nos encontramos en esta misma posición si acudimos, a instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Carta Social Europea que aluden a un derecho básico del ser humano. Así el artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refiere al derecho de toda persona a beneficiarse de la atención sanitaria, configurándolo pues, como un derecho fundamental, que en palabras de MONEREO PÉREZ, se reconoce expresamente un derecho fundamental universalista²².

Para acabar con la gran complejidad del artículo 43, en el párrafo tercero donde dice: *Los poderes públicos fomentaran la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitaran la adecuada utilización del ocio.* Dicha afirmación, claro es, que no es un derecho fundamental, pero tampoco encaja bien en el concepto de garantía institucional, más bien estas normas de contenido social adoptan la forma de los llamados fines de Estado.

²¹ ESCOBAR ROCA, Guillermo. Algunos problemas del Derecho a la Salud, a la luz de la teoría general de los Derechos Fundamentales, Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España coordinado por José Luis Cascajo Castro, Manuel José Terol Becerra, Antonio Domínguez Vila, Vicente J. Navarro Marchante, 2012.

²² MONEREO PÉREZ, José Lius. *La Europa de los derechos: Estudio sistemático de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*. 1ª edición. Madrid: Comares, 2012. Págs. 941-942

CAPÍTULO III.- DESARROLLO NORMATIVO

VIGENTE DE LA SALUD EN ESPAÑA.

1-REGULACIÓN ESTATAL.

1.1- Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad.

La Ley General de la Sanidad (LGS), entro en vigor el 19 de mayo de 1986, con el principal fin de hacer efectivo el derecho constitucional mencionado en el artículo 43 y por otro lado desarrollar y determinar los derechos y obligaciones de los ciudadanos en la materia sanitaria. Ya no solo encontramos un derecho a la protección a la salud constitucionalizado, sino que con la entrada en vigor de esta ley se da efectividad a este derecho, dicho de otra manera el derecho a la protección a la salud ha pasado de ser un mero principio programático a tener un cauce legal para su defensa, legitimando a sus titulares tanto en una vía administrativa como jurisdiccional.

1.1.1.-Estructura:

La LGS actualmente consta de 116 artículos, 10 Disposiciones Adicionales, 6 Disposiciones Transitorias, 2 Disposiciones Derogatorias y 16 Disposiciones Finales. El conjunto del articulado esta agrupado en ocho títulos que se distribuyen de la siguiente manera.

- Título Preliminar: “ *Del Derecho a la protección de la salud*”(Arts. 1 y 2)
- Título Primero: “*Del sistema de salud*” (Arts. del 3 a 37)
- Título II: “*De las Competencias de las Administraciones públicas*”(Arts. 38 a 43)
- Título III: “*De la estructura del sistema sanitario público*”(Arts. 44 a 87)
- Título IV: “*De las actividades sanitarias privadas*” (Arts. 88 a 94)
- Título V: “*De los productos farmacéuticos*”(Arts. 95 a 103)
- Título VI: “ *De la docencia y la investigación*”(Arts. 104 a 105)

- Título VII: “ *Transparencia y sostenibilidad del gasto sanitario*” (Arts. 106 a 116)²³

1.1.2.- Objetivos y fundamentos:

Si se hace lectura del Título Preliminar de la LGS, queda claro cuáles son los objetivos principales de la ley; por un lado, hacer aplicable y efectivo el derecho a la protección de la salud emanado del artículo 43 de la Constitución, estableciendo una serie de mandatos a los poderes públicos, adoptando las medidas e instrumentos necesarios para hacer efectivo dicho derecho a todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en España, así lo recoge el artículo 1 de la LGS. El siguiente objetivo que se desgrana de este título, es el de adaptar el sistema de protección sanitario a la compleja estructura territorial del Estado establecida en la constitución que es “el *Estado de las Autonomías*”. Las Comunidades Autónomas (CCAA) que se caracterizan por su institucionalización en este ámbito, se las reconoce la capacidad de asumir competencias sanitarias a través de sus Estatutos de Autonomía.

La Ley General de Sanidad tiene la etiqueta de norma básica, siendo de aplicación a todo el territorio nacional, salvo en determinados artículos que constituirán Derecho supletorio para aquellas Comunidades Autónomas que dictaran normas en dicha materia, pues así el artículo 2 de la LGS regula que las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo y complementarias de la presente Ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía, en la misma línea se mueve el artículo 4 LGS que da la posibilidad a las CC.AA de crear sus propios Servicios de Salud, eso sí, dentro del marco de la LGS. Esto ha traído con ello problemas competenciales entre las distintas administraciones, un tema que desarrollare más adelante.

²³ Modificado recientemente por la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 6/2015 de 13 de junio de modificación de la Ley Orgánica 8/ 1980, de financiación de las Comunidades Autónomas y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad financiera. El nuevo articulado del Capítulo VII de la LGS establece un instrumento de apoyo a la sostenibilidad del gasto farmacéutico y sanitario. José Guerrero Zaplana, crítica esta reforma en un artículo para “Publico.es” aludiendo, que la LGS no solo puede llegar a constreñir de facto la autonomía financiera y política de las CCAA, lo que puede cuestionar la inconstitucionalidad de la propia norma dado que resulta jurídica y económicamente innecesaria, políticamente torpe y, en potencia socialmente nociva. <http://publico.blogs.lexnova.es/2012/11/14/diez-años-de-la-ley-412002/>.

1.1.3.-Principios Generales del sistema de salud.

Antes de entrar a examinar los derechos del paciente reconocidos en la LGS, y de una manera breve, cabe mencionar los principios generales del sistema de salud que son meros mandatos del legislador y que funcionan como límites a los poderes públicos, recogidos en el Capítulo Primero del Título Primero de la ley, y destacan los siguientes en el artículo 3²⁴:

1. Los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de enfermedades (Art.3.1)
2. La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva (Art.3.2)
3. La política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales. (Art.3.3)

En la misma línea funciona el artículo 6²⁵ de la LGS, estableciendo un camino a seguir a las Administraciones públicas sanitarias, orientando a estas a:

- La promoción de la salud.
- A promover el interés individual, familiar y social por la salud mediante la adecuada educación sanitaria de la población.
- A garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas a la prevención de las enfermedades y no solo a la curación de las mismas.
- A garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud.

²⁴ Introducido un apartado número cuatro, que dice “Las políticas, estrategias y programas de salud integrarán activamente sus objetivos y actuaciones el principio de igualdad entre hombres y mujeres, evitando que, por sus diferencias físicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre ellos en los objetivos y actuaciones sanitarias. Véase apartado uno de la disposición adicional octava de la L.O.3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

²⁵ En su apartado dos se estableció un nuevo mandato a las Administraciones públicas sanitarias para que aseguraran la integración del principio de igualdad entre mujeres y hombres, garantizando su igual derecho a la salud. Véase apartado dos de la disposición adicional octava de la L.O.3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

- A promover las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y la reinserción social del paciente.

Por otro lado el artículo 9 LGS dice que los poderes públicos deberán informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público, o vinculados a él, de sus derechos y deberes. También el artículo 7 LGS establece que los servicios sanitarios adecuaran su organización y funcionamiento a los principios administrativos de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad.

Por otro lado la propia Ley General de Sanidad reserva una serie de compromisos adicionales a los poderes públicos y siendo más específicos al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y así el artículo 12 LGS recoge que los poderes públicos en general orientaran sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los servicios sanitarios públicos en todo territorio español. El Gobierno aprobará las normas precisas para evitar el instrumento profesional y la mala práctica (Art13 LGS). También el artículo 14 LGS regula que los poderes públicos procederán, mediante el correspondiente desarrollo normativo a la aplicación de la facultad de elección de médico en la atención primaria del área de salud.

1.1.4.- Derechos y Obligaciones del paciente recogidos en la LGS.

Los derechos del paciente se encuentran regulados de una manera reclusa y casi escondida en el artículo décimo, incluido en los “*principios generales*” (Cap. I del Tít. I).y que en palabras de TARODO SORIA, por primera vez en la historia de nuestro ordenamiento jurídico, se enumera un elenco de derechos que la Ley atribuye a los usuarios del sistema sanitario²⁶. Este artículo 10 cobra una especial relevancia en relación con los derechos regulados en el capítulo tercero del Título I, de nuestra constitución, pues se ve mediante este artículo su reconocimiento legal.

²⁶TARODO SORIA. *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Op.cit
Pág.179

Cierto es que, el reconocimiento de un listado de derechos en la Ley General de la Sanidad no estaba prevista, pero la intervención decisiva de la institución del Defensor del Pueblo hizo que los derechos del paciente fueran recogidos en L.G.S²⁷.

Antes de hacer un listado de los derechos del paciente reconocidos aquí, cabe mencionar que algunos de los puntos del artículo décimo fueron derogados por la Ley 41/2002²⁸.

Por lo tanto, del artículo 10²⁹ se disgrega un conjunto de derechos reconocidos a los pacientes respecto a las Administraciones públicas sanitarias. Que podemos resumir en los siguientes:

- Derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.(Art 10.3)
- Derecho a ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéutica que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar peligro adicional para su salud, siendo en todo imprescindible la previa autorización por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.(Art 10.4)
- Derecho a que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial, asignándosele otro facultativo en caso de ausencia. (Art 10.7).
- Derecho a obtener medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios, para promover, conservar o restablecer su salud. (Art10.14)

²⁷ ÁLVAREZ DE MIRANDA Y TORRES, Fernando. Los derechos de los ciudadanos. *II Congreso Nacional de Derecho sanitario: Sistema Nacional de Salud*. Asociación Española de Derecho Sanitario, 2004 [en línea] www.aeds.org/congreso2_04php.

²⁸ En concreto los apartados 5, 6, 8, 9, 11 del artículo 10 La Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad. Véase disposición derogatoria única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²⁹ La mayoría de los derechos reconocidos en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad han venido siendo objeto de la atención del defensor del pueblo, habiéndose dejado constancia de las correspondientes actuaciones en los sucesivos informes presentados a las Cortes Generales

- Derecho a obtener medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios, para promover, conservar o restablecer su salud.(Art10.14)
- Derecho a elegir médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en la Ley General de Sanidad³⁰.(Art10.13)
- Derecho al respeto de la personalidad, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad³¹ o de cualquier otra circunstancia personal o social (Art 10.1)
- Derecho a la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. La información deberá efectuarse en formatos adecuados siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todo, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad (Art 10.2).

Es importante destacar que el artículo 10.15 LGS trasfiere parte de los derechos contemplados en este artículo al ámbito privado en concreto los reconocidos en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, y 11.

En contraposición las obligaciones de los ciudadanos respecto al conjunto de la administración sanitaria las encontramos mencionadas en el artículo 11 LGS que también sería objeto de derogación parcial por la Ley 41/2002, cuidar las instalaciones y colaborar en el mantenimiento de la habitabilidad, responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario, cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los servicios sanitarios.

³⁰ Téngase en cuenta el R.D 1575/1993, 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en el Insalud , en desarrollo de lo dispuesto en el número 13 del artículo 10 de la LGS.

³¹ Tanto en el apartado uno como en el dos del artículo 10 de la LGS, han sido redactados de nuevo por el apartado uno del artículo 6 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad.

1.2- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La Ley 41/2002 que tuvo un gran consenso en su tramitación por parte de todos los grupos parlamentarios, y una casi unanimidad en su aprobación, entró en vigor el 17 de mayo del 2003, suponiendo un importante cambio fundamental en el sistema sanitario español, con el fin de aclarar los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias, que ya habían sido contemplados por el artículo 10 de la LGS. En este sentido la Ley 41/2002 viene a reforzar, completar, y adecuar, las normativas que en materia sanitaria habían proliferado, tanto en el ámbito estatal y autonómico, como en el internacional³². Se trató por tanto con esta ley, de ofrecer en el terreno de la información y documentación clínica las mismas garantías a todos los ciudadanos del Estado, fortaleciendo con ello el derecho a la protección de la salud que recoge la Constitución en su artículo 43.

1.2.1.- Estructura:

La Ley 41/2002 está dividida en 23 artículos, 6 Disposiciones Adicionales, una única Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y una Disposición Final, en el que el conjunto de su articulado se divide en VI capítulos de la siguiente manera:

- Capítulo I: << Principios generales >> (Arts. 1 a 3)
- Capítulo II: << El derecho de información sanitaria >> (Arts. 4 a 5)
- Capítulo II: << Derecho a la intimidad >> (Art. 7)
- Capítulo IV: << El respeto a la autonomía del paciente>> (Arts. 8 a 13)
- Capítulo V: << La historia clínica >> (Arts. 14 a 19)
- Capítulo VI: << Informe de alta y otra documentación clínica>> (Arts. 20 a 23)

³² Directiva comunitaria 95/46, de 24 de octubre, que reafirma la defensa y libertades de los ciudadanos europeos, se manifiesta mediante esta directiva, una forma de concepción comunitaria del derecho a la salud. En la misma línea, el Consejo de Europa en su Recomendación de 13 de febrero de 1997 relativa a la protección de los datos médicos.

1.2.2.-Derechos del Paciente reconocidos en la Ley 41/2002.

La protección de los derechos del paciente regulados en esta ley, se sustentan en el derecho de información sanitaria, derecho a la intimidad y el respeto a la autonomía del paciente.

Así, el derecho de información sanitaria regulado en el capítulo II, otorga al paciente y a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, siempre cuando el paciente lo reconozca de una manera expresa o tácita³³, un elenco de derechos a la información sanitaria, por una lado el derecho a la información asistencial (Arts. 4y 5) y por otro el derecho a la información epidemiológica. (Art 6)

Basándose el primero tal y como dice el artículo 4.1 , el derecho del paciente a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud , toda la información disponible sobre la misma , salvando los supuestos exceptuados por la Ley , además se reconoce que toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. Esta información con carácter general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprendiendo como mínimo la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y consecuencias. El segundo se caracteriza por el derecho de los ciudadanos a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley, (art 6).

El segundo pilar de esta Ley es el derecho a la intimidad del paciente, respetando el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización (art. 7.1). Obligando así a los centros sanitarios a adoptar las medidas necesarias para garantizar ese derecho.

Por ultimo está, el respeto a la autonomía del paciente, efectuándose a través del consentimiento informado y las instrucciones previas. El consentimiento informado se traduce en que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente se necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado. La forma de este consentimiento por

³³ Art. 5.1, Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

regla general es la verbal, pero el artículo 8.2 determina unos casos en lo que ese consentimiento tiene que ser por escrito: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

El respeto a la autonomía del paciente también recoge como mencionaba, las llamadas instrucciones previas, tipificadas en el artículo 11 y entendiendo por estas el documento por el cual una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que aparezcan situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y tratamientos de su salud, o una vez llegado a su fallecimiento sobre el destino de su cuerpo o de los órganos³⁴.

La historia clínica, el informe de alta y otra documentación clínica, vienen a completar en contenido de esta Ley. Cabe destacar también, la extensa lista de definiciones legales recogida en el artículo 3 que pone fin a algunas de las cuestiones terminológicas más debatidas por la doctrina.

1.3- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Como desarrollaré posteriormente, todas las Comunidades Autónomas a través de sus estatutos de autonomía han asumido competencias en materia de salud, para aproximar así la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano. Con la entrada en vigor de la Ley General de Sanidad en 1986, se estableció que el Sistema Nacional de Salud mantuviera unos principios constitucionales de unidad, autonomía y solidaridad en los que se fundamenta el Estado autonómico; dicho de otra manera la L.G.S reguló un sistema de cohesión para mejorar las relaciones del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de gestión sanitaria.

³⁴ Téngase en cuenta el RD. 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos.

Trascurridos 16 años, surge la necesidad de modernizar el Sistema Nacional de Salud, debido a los grandes cambios sociales, culturales, económicos y al cambio en la manera de vivir y enfermar, así como a los nuevos retos planteados, que destacan, la potenciación del papel de los pacientes como decisores; o la implicación de los profesionales en las reformas administrativas.

Por todo ello surge la Ley 16/2003, en la que destacamos el sistema de prestaciones en materia sanitaria regulado en el capítulo I, la organización y el ejercicio de las competencias en materia de farmacia recogido por el capítulo II y el sistema de información sanitaria por el que se crea el Instituto de información Sanitaria como órgano garante de la información y de las comunicaciones recíprocas entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

1.4 -Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

El año 2012, como consecuencia de la crisis económica que atravesaba España, se pretende reformar de nuevo el Sistema Nacional de Salud, dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo, surge así el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril *de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*, esta norma introduce reformas en materias como:

- El Derecho a la asistencia sanitaria Pública.
- Cartera de servicios del sistema nacional de salud.
- Creación de un fondo de garantía asistencial.
- Reforma de la prestación farmacéutica.

Produciendo importantes cambios en legislaciones anteriores como:

- La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- La Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

- La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.
- La Ley Orgánica de 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Lo que destaca de este Decreto Ley, es que viene a modificar el artículo 3 de la Ley 16/2003 reformulando el derecho de acceso a la protección a la salud, desechando el concepto de titulares de derechos por el de asegurado. Un concepto que ya eliminó la Ley General de Sanidad de 1986, volviendo a establecer de nuevo el derecho de acceso de la protección de la salud en función de la vinculación de los ciudadanos con la Seguridad Social. Por tanto el artículo 3 queda de la siguiente manera:

Artículo 3. De la condición de asegurado.

1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.

2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.

b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.

c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.

d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán

ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente.

4. A los efectos de lo establecido en el presente artículo, tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.

5. Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

6. Lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo no modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico. A este respecto, las personas encuadradas en dichas mutualidades que hayan optado por recibir asistencia sanitaria a través de las entidades de seguro deberán ser atendidas en los centros sanitarios concertados por estas entidades. En caso de recibir asistencia en centros sanitarios públicos, el gasto correspondiente a la asistencia prestada será reclamado al tercero obligado, de acuerdo con la normativa vigente.

Esta nueva regulación, supone que los ciudadanos españoles pueden quedarse fuera del Sistema Sanitario, yendo en contra del criterio de universalización que inspiraba la L.G.S y otras leyes en materia sanitaria.

El RD 16/2012, viene también a producir consecuencias importantes a los inmigrantes irregulares que dejaran de ser beneficiarios de la tarjeta sanitaria, pudiendo beneficiarse de los servicios sanitarios solamente en caso de enfermedad grave o accidente , exceptuándose las embarazadas y los menores de edad que tendrán el mismo tratamiento que los ciudadanos españoles.

Esta norma también quiso paliar al llamado turismo sanitario, así todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que quiera residir en España por un periodo superior a tres meses, se le obliga, a disponer de recursos suficientes así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España. (Art.3.3).

1.5- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

La Ley General de Salud Pública, entró en vigor el 6 de octubre de 2011³⁵, con el objetivo principal de que los poderes públicos, aseguren y mejoren la salud de la población, entendiéndose que invertir en salud es una contribución decisiva al bienestar social, este nuevo mandato que impone el legislador, viene a dar respuesta a los problemas de la salud colectiva y así prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto individual como colectivamente.

La Ley 33/2011 tiene tres ámbitos de acción, que son:

- El propio de los dispositivos de salud pública.
- Acciones de prevención y promoción de la salud en los servicios sanitarios.
- Acciones y programas que sin ser sanitarios tienen efecto sobre la salud.

Los principios generales de salud pública que anuncia esta ley en su artículo 7 son:

- Principio de equidad.
- Principio de salud en todas las políticas.
- Principio de pertinencia.
- Principio de precaución.
- Principio de evaluación.
- Principio de transparencia.
- Principio de integralidad.
- Principio de seguridad.

³⁵ A excepción de lo dispuesto en el artículo 48.4 (Aplicación a los profesionales sanitarios de la salud pública, de lo dispuesto sobre el desarrollo profesional y su reconocimiento de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre) que entrara en vigor a los doce meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El contenido de esta Ley, es eminentemente instrumental y pragmático: fijación de las diferentes actuaciones en materia de salud pública- vigilancia y promoción de la salud; políticas públicas en materias de prevención de problemas de salud; coordinación de las actividades de promoción de la salud; gestión sanitaria: sanidad ambiental; evaluación del impacto en salud; sanidad exterior y salud internacional y formación y desarrollo profesional e investigación en materia de salud pública³⁶.

1.5.1.-Derechos, deberes y obligaciones en salud pública

Destaca de este análisis, los derechos y deberes reconocidos a los ciudadanos en la Ley 33/2011. Así se reconoce el derecho a la información (Art.4); a la participación efectiva en las actuaciones de salud pública (Art.5); a la igualdad, pues todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que puedan producirse discriminaciones de ningún tipo (Art.6); a la intimidad, a la confidencialidad y el respeto de la dignidad en relación con su participación en las actuaciones de salud pública (Art.7). En contraposición, estaría el deber de colaboración absteniéndose a realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución (Art.8); y el de comunicación a las autoridades sanitarias de todo a aquello que pueda constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población (Art.9).

Por otro lado, a las administraciones públicas también se les impone unas obligaciones como el de información sobre la presencia de riesgos específicos para la salud de la población, incluyendo una valoración de su impacto en la salud y el de las medidas y recomendaciones de actuación, y estas deberán de exigir transparencia e imparcialidad a las organizaciones científicas y profesionales y a las personas expertas con quienes colaboren en las actuaciones de salud pública. (Arts. 10 y 11)

³⁶ SEIJAS VILLADANGOS. *Derechos de los Pacientes, Derechos con Fundamento: fundamento constitucional*. Op.cit. Pág. 12

2.- REGULACION AUTONÓMICA.

Como deje entrever anteriormente, las Comunidades Autónomas tienen un papel importante en la regulación legislativa en materia sanitaria. Para entender esto, hay que proyectar la distribución competencial que regula la Constitución Española de 1978.

2.1.- Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: Tránsito de servicios y funciones del Estado a los servicios de salud autonómicos.

2.1.1 Competencias Estatales

Nuestra carta magna regula la distribución de competencias entre estos dos entes, en los artículos 148 y 149, así, llevándolo al campo de los derechos del paciente, encontramos competencias exclusivas del Estado, competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, y competencias compartidas, donde se reserva al Estado la fijación de las bases y a las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo de lo básico o la ejecución.

El artículo 149.1.16 nos indica la exclusividad del Estado en: la sanidad exterior, las bases y coordinación de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos.

Por bases y coordinación de la sanidad entendemos la fijación de unos requisitos mínimos con el objetivo de conseguir una igualdad de condiciones en el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos e implantar un sistema de acción conjunta entre las autoridades estatales y autonómicas. En la sanidad exterior, el Estado tiene la competencia exclusiva en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros. En relación con los productos farmacéuticos, el Estado tiene la competencia exclusiva sobre su legislación, la evaluación, autorización y registro de medicamentos de uso humano, de uso veterinario y productos sanitarios, esto lo regula el artículo 1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, *de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios*³⁷. Esta Ley intenta asegurar la calidad de la

³⁷ Artículo 1, Ley 29/2006 1. La Ley regula, en el ámbito de las competencias que corresponden al Estado, los medicamentos de uso humano y productos sanitarios, su investigación clínica, su evaluación, autorización, registro, fabricación, elaboración, control de calidad, almacenamiento, distribución,

prestación en todo el Sistema Nacional de Salud en un marco descentralizado, de tal manera que se cumpla el objetivo de que todos los ciudadanos sigan teniendo acceso al medicamento que necesiten, cuando y donde lo necesiten, en condiciones de efectividad y seguridad.

La administración del Estado, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, guarda con estas una coordinación a la hora de regular normas dentro de las materias de las establecidas en el artículo 40 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad³⁸.

circulación, trazabilidad, comercialización, información y publicidad, importación y exportación, prescripción y dispensación, seguimiento de la relación beneficio-riesgo, así como la ordenación de su uso racional y el procedimiento para, en su caso, la financiación con fondos públicos. La regulación también se extiende a las sustancias, excipientes y materiales utilizados para su fabricación, preparación o envasado.

2. Asimismo, regula la actuación de las personas físicas o jurídicas en cuanto intervienen en la circulación industrial o comercial y en la prescripción o dispensación de los medicamentos y productos sanitarios.

³⁸ Artículo 40

1. La determinación, con carácter general, de los métodos de análisis y medición y de los requisitos técnicos y condiciones mínimas en materia de control sanitario del medio ambiente.

2. La determinación de los requisitos sanitarios de las reglamentaciones técnico-sanitarias de los alimentos, servicios o productos directa o indirectamente relacionados con el uso y consumo humanos.

3. El registro general sanitario de alimentos y de las industrias, establecimientos o instalaciones que los producen, elaboran o importan, que recogerá las autorizaciones y comunicaciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus competencias.

4. La autorización mediante reglamentaciones y listas positivas de aditivos, desnaturalizadores, material macromolecular para la fabricación de envases y embalajes, componentes alimentarios para regímenes especiales, detergentes y desinfectantes empleados en la industria alimentaria.

5. La reglamentación, autorización y registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que, al afectar al ser humano, puedan suponer un riesgo para la salud de las personas. Cuando se trate de medicamentos, productos o artículos destinados al comercio exterior o cuya utilización o consumo pueda afectar a la seguridad pública, la Administración del Estado ejercerá las competencias de inspección y control de calidad.

6. La reglamentación y autorización de las actividades de las personas físicas o jurídicas dedicadas a la preparación, elaboración y fabricación de los productos mencionados en el número anterior, así como la determinación de los requisitos mínimos a observar por las personas y los almacenes dedicados a su distribución mayorista y la autorización de los que ejerzan sus actividades en más de una Comunidad Autónoma. Cuando las actividades enunciadas en este apartado hagan referencia a los medicamentos,

2.1.2.- Competencias Autonómicas.

En cambio la exclusividad autonómica en el ámbito sanitario lo determina el artículo 148.1.21º de la Constitución Española, estableciendo que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de “Sanidad e Higiene”.

Vemos pues, que la Constitución de 1978 como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, establece las directrices básicas en materia de reparto competencial, pero esta no es la única norma jurídica a la que hay que prestar atención para entender adecuadamente el sistema de reparto de competencias. Tienen así un papel importante los Estatutos de Autonomía, pues mediante estos se ve claramente la determinación de qué competencias asumen de forma efectiva cada Comunidad Autónoma. Otras normas jurídicas como las leyes extraestatutarias y los decretos de

productos o artículos mencionados en el último párrafo del apartado anterior, la Administración del Estado ejercerá las competencias de inspección y control de calidad.

7. La determinación con carácter general de las condiciones y requisitos técnicos mínimos para la aprobación y homologación de las instalaciones y equipos de los centros y servicios.
8. La reglamentación sobre acreditación, homologación, autorización y registro de centros o servicios, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre extracción y trasplante de órganos.
9. El Catálogo y Registro General de centros, servicios y establecimientos sanitarios que recogerán las decisiones, comunicaciones y autorizaciones de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus competencias.
10. La homologación de programas de formación posgraduada, perfeccionamiento y especialización del personal sanitario, a efectos de regulación de las condiciones de obtención de títulos académicos.
11. La homologación general de los puestos de trabajo de los servicios sanitarios, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades y la libre circulación de los profesionales y trabajadores sanitarios.
12. Los servicios de vigilancia y análisis epidemiológicos y de las zoonosis, así como la coordinación de los servicios competentes de las distintas Administraciones Públicas Sanitarias, en los procesos o situaciones que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional.
13. El establecimiento de sistemas de información sanitaria y la realización de estadísticas de interés general supracomunitario.
14. La coordinación de las actuaciones dirigidas a impedir o perseguir todas las formas de fraude, abuso, corrupción o desviación de las prestaciones o servicios sanitarios con cargo al sector público cuando razones de interés general así lo aconsejen.
15. La elaboración de informes generales sobre la salud pública y la asistencia sanitaria.
16. El establecimiento de medios y de sistemas de relación que garanticen la información y comunicación recíprocas entre la Administración Sanitaria del Estado y la de las Comunidades Autónomas en las materias objeto de la presente Ley.

trasferencias, proporcionan los elementos que vienen a completar el sistema de distribución de poder. Además la propia Constitución en su artículo 149.3 establece que las materias no atribuidas expresamente al Estado, por esta propia Constitución, podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos.

Así, diferentes Estatutos de Autonomía han procedido a catalogar como exclusiva dicha competencia regulada en el artículo 148.1.21º, como por ejemplo el de Andalucía en su artículo 55, el de Castilla y León en el artículo 74.1 o el de Aragón en el 71.55ª, por lo tanto estas comunidades se atribuyen la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. Sin embargo la mayoría de los Estatutos de Autonomía han optado por su regulación como título competencial sobre el que les corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución, destaca pues el de Asturias en su artículo 11.2, Canarias en el artículo 32.10º, Madrid artículo 17.4, País Vasco artículo 18.1 o Galicia en el artículo 33.1.

El proceso de transferencia de la asistencia sanitaria fue gestionado por el Instituto Nacional de Salud (INSALUD) en el año 1981 y que finalizó en el 2002. Por ello las Comunidades Autónomas han asumido las funciones y servicios, de los bienes, derechos y obligaciones en materia de planificación sanitaria, Salud pública y asistencia sanitaria. Cada Comunidad Autónoma cuenta pues con un servicio de Salud, formado, de una estructura administrativa y de gestión que integra todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones y Ayuntamientos.

Es importante recordar que las transferencias en materia de sanidad se llevaron a cabo de manera distinta y en diferentes momentos en función del tipo de servicios, según se tratara; por un lado las competencias en materia de salud pública (que estas sí fueron asumidas directamente por todas las Comunidades Autónomas); y por otro lado las competencias de la descentralización de los servicios sanitarios, que se llevó a cabo de una manera escalonada y en varias fases, durando más de veinte años entre las primeras transferencias que se hicieron a las Comunidades Autónomas históricas³⁹, y las últimas diez, que constituirían el antiguo territorio INSALUD⁴⁰.

³⁹ Se consideró comunidades históricas aquellas que disfrutaron de autonomía durante la Segunda República, (Cataluña y Euskadi) o que tenían presentado un proyecto de estatuto al estallar la guerra civil en el año 1936 (Andalucía y Galicia). Estas comunidades desarrollaron su proyecto autonómico conforme

Trasferencias del INSALUD⁴¹

| Comunidad Autónoma | Real Decreto |
|----------------------|--------------------------------|
| Cataluña | 1517/1981 de 8 de julio. |
| Andalucía | 400/1984, de 22 de febrero. |
| País Vasco | 1536/1987, de 6 de noviembre. |
| Comunidad Valenciana | 1612/1987, de 27 de noviembre. |
| Galicia | 1679/1990, de 28 de diciembre. |
| Navarra | 1680/1990, de 11 de marzo, |
| Canarias | 446/1994, de 27 de diciembre. |
| Asturias | 1471/2001, de 27 de diciembre. |
| Cantabria | 1472/2001, de 27 de diciembre. |
| La Rioja | 1473/2001, de 27 de diciembre. |
| Murcia | 1474/2001, de 27 de diciembre. |
| Aragón | 1475/2001, de 27 de diciembre. |
| Castilla La Mancha | 1476/2001, de 27 de diciembre. |
| Extremadura | 1477/2001, de 27 de diciembre. |

al artículo 151 de la Constitución. El resto de autonomías desarrollaron su estatuto conforme al artículo 143, que contempla menos competencias y un periodo de 5 años para modificar el estatuto.

Un caso intermedio fue el de Navarra, por su régimen foral, y el de Aragón y Valencia, por haber tenido una autonomía durante la guerra, estas tres, si bien desarrollaron su estatuto por la vía del artículo 143, alcanzaron las competencias marcadas por el artículo 151 sin espera de 5 años mediante una ley orgánica de transferencias.

⁴⁰ VVAA. Informe Desarrollo Autonómico, Competitividad y Cohesión Social en el Sistema Sanitario. Consejo Económico y Social. Madrid. 2010. Pág23.

⁴¹ *Ibíd.* Pág. 28-29

| | |
|-----------------|--------------------------------|
| Baleares | 1478/2001, de 27 de diciembre. |
| Madrid | 1479/2001, de 27 de diciembre. |
| Castilla y León | 1480/2001, de 27 de diciembre. |

Recordemos que los Estatutos de Autonomía, de las Comunidades históricas reconocen la competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, en materia de sanidad interior y de Seguridad Social, estas Comunidades históricas pueden elaborar sus propias Leyes sanitarias, con independencia de la materia en las que se considere incluida la asistencia sanitaria. Por el contrario, la Comunidades del 143 solo tienen la función ejecutiva de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social conforme al artículo 149.1.17ª. Estas diferencias son constitucionalmente admisibles, señala LEÓN ALONSO, si bien restan a estas Comunidades Autónomas el protagonismo previsto por la Ley General de Sanidad de 1986 como elementos esenciales del Sistema Nacional de Salud y cuestionan el carácter descentralizado e integrador que se predica de este Sistema⁴².

Ahora bien, a pesar del desigual grado de competencias en materia sanitaria, varias comunidades han promulgado sus propias Leyes de salud y de derechos de los pacientes.

Señalamos diversas leyes autonómicas de materia sanitaria.

- La Ley 21/2000, de la Comunidad de Cataluña, sobre los derechos de información relativos a la salud, autonomía del paciente y la documentación clínica, modificada por la Ley 16/2010, de 3 de junio.
- Ley 3/2001, de la Comunidad de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.
- Ley Foral 11/2002, de la Comunidad de Navarra, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, modificada por la Ley Foral 29/2003

⁴² LEÓN ALONSO. *La protección constitucional de la salud*. Op.cit. Pág. 425

- Ley 1/2003, de la Comunidad Valencia, de derechos e información del paciente, de la Comunidad Valenciana.
- Ley 4/ 1994, de 26 de julio, de Salud, Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario, de la Región de Murcia.
- Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre los derechos y deberes en materia de salud, de Castilla La Mancha.
- Ley 1/993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario⁴³, y la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, En Castilla y León.
- Ley 11/ 1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria en la Islas Canarias.
- Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, de la Rioja.
- Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud, de Aragón.
- Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud de Extremadura.

Esta asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas, constituye un medio para aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y facilitarle así las garantías en cuanto a la equidad, la calidad y la participación. Así, las relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas en el ámbito de la protección a la salud proporcionan referencias importantes para el desarrollo de la cohesión del Estado Autonómico, teniendo como objetivo clave, que el Sistema Nacional de Salud mantenga una identidad común y responda a los principios constitucionales de unidad, autonomía y solidaridad en los que se fundamenta el Estado Autonómico.

2.2- Reflexiones en torno a la autonomía y la igualdad en materia sanitaria.

Para asegurar por tanto, el derecho a la protección de la salud, se garantiza en primer lugar la *equidad*, en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, garantizando el acceso a las prestaciones en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional y que se posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos. En

⁴³ Preámbulo de la Ley 1/1993, de 6 de abril:” El Estatuto de Autonomía de Castilla y León, atribuye a la Comunidad Autónoma competencias en materia de sanidad e higiene en lo que respecta al desarrollo y ejecución de la legislación, asimismo establece la capacidad de desarrollo legislativo y de ejecución en el marco de la legislación básica, en materia de coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.

segundo lugar la *calidad*, evaluando el beneficio de las actuaciones clínicas incorporando solo aquello que aporte un valor añadido a la mejora de la salud, incorporar innovaciones con seguridad y efectividad, orientado los esfuerzos del sistema hacia la anticipación de los problemas de salud. Y por último la participación ciudadana, tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales, como en la consideración de miembros del Sistema Sanitario, que permita el intercambio de conocimientos y experiencias.

Ante todo lo expuesto, vemos pues que en los últimos años han sido aprobadas un gran número de leyes autonómicas que regulan los derechos de los pacientes y usuarios de los servicios de salud, se puede decir con seguridad que todas las Comunidades Autónomas han legislado sobre esta materia. Sin embargo, no se puede olvidar que existe una ley estatal sobre esta misma materia y que tiene el carácter de básica, es decir, que es de aplicación obligada por todas las CCAA, las cuales podrán completarla en aquellos aspectos sobre los que esta no se pronuncie, pero nunca contradecirla, hablamos de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación*.

Como hemos dicho antes, esta Ley tiene carácter de básica, así lo establece su Disposición adicional primera y en palabras de ROMEO MALANDA esta condición asegura a todos los ciudadanos del Estado las mismas garantías, evitando así un sinfín de legislaciones divergentes en una cuestión de tanta trascendencia y que tiene la consecuencia de imponerse en todo el territorio para garantizar la igualdad del servicio sanitario a todos los ciudadanos cualquiera que sea su lugar de residencia⁴⁴.

Tal y como hemos dicho al principio hay un gran conjunto de normativa autonómica que recoge la regulación de los derechos de los pacientes. Un análisis de esa regulación pone de manifiesto de manera general, que las leyes autonómicas no hacen más que reproducir lo establecido en la Ley 41/2002 y por tanto alcanzando un homogeneidad entre Estado y Autonomías, traduciéndose en una igualdad en la prestación de servicios sanitario para el conjunto de los ciudadanos. Sin embargo, en determinadas materias ha fallado esta homogeneidad entre la legislación básica estatal y la autonómica, Sergio Romeo pone a modo de ejemplo las voluntades anticipadas para ver esa ruptura de la

⁴⁴ ROMEO MALANDA, Sergio. Leyes autonómicas en materia de derechos de los pacientes. *Bioética & debat: Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*. 2006, N°44. Págs. 11-13.

homogeneidad, expone el autor que no se encuentra una formulación unánime, especialmente en lo referente a la capacidad para emitir dichas instrucciones y a los requisitos formales. Igual que esta cuestión, hay otros contenidos de las normas autonómicas que no son homogéneos con la estatal, es el caso de documentación clínica, derecho a la información y privilegio terapéutico, decisión de los menores de edad, etc..., generando confusión e inseguridad jurídica.

Así, que el objetivo fundamental era conseguir una igualdad del servicio sanitario a todos los ciudadanos cualquiera que fuese su lugar de residencia a través de una homogeneidad legislativa, pero vemos que en la práctica no se ha logrado del todo. Por lo tanto cabe preguntarse si hay ciertamente esa homogeneidad entre los distintos territorios de nuestro país, si hay realmente una igualdad y si el sistema autonómico es realmente homogéneo e igual en materia de derechos sanitarios.

¿Desigualdad en el Sistema Sanitario?

Aunque el fin de las leyes estatales y autonómicas sea el de conseguir una auténtica igualdad y equidad en los derechos sanitarios en todo el territorio nacional, vemos que en la práctica no se cumple lo que menciona el mandato legal.

Así pues encontramos desigualdades en salud que tienen su origen en las desigualdades políticas, económicas y sociales que existen en la sociedad. Las desigualdades sanitarias se han convertido en estos momentos en un llamativo e importante problema en nuestro País, donde la sanidad esta como hemos dicho descentralizada y que al margen de la clase social y el género, se acrecienta especialmente según la comunidad donde se viva, con importantes desigualdades en la financiación y dotación de recursos entre las distintas Comunidades Autónomas, pues hay comunidades que tienen menos recursos que otras y eso se traduce en diferencias notables en los niveles de salud de los ciudadanos según residan en una u otra parte del territorio nacional.

Un reciente informe sobre «Programas de cribado neonatal en España», realizado por varias sociedades científicas, presentado al Secretario General de Sanidad, José Martínez Olmos, establecía que la prueba del talón, con la que se recoge una muestra de sangre del pie del recién nacido para detectar enfermedades hereditarias, no se lleva a cabo igual en todos los puntos de España. En la mayor parte del país se practica el diagnóstico básico, y el que sólo detecta en la muestra dos enfermedades: la

fenilcetonuria e hipotiroidismo congénito; pero en tres comunidades autónomas se cuenta con la tecnología completa para encontrar hasta 40 patologías⁴⁵ .

Por tanto, vemos que la calidad de vida del bebe va a depender en que comunidad nazca, por estas razones lo que se quiere es que el Estado evite el despliegue de las competencias autonómicas para que no se produzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas, entre los distintos territorios.

En el año 2010 el Consejo Económico y Social elaboró un informe sobre el Desarrollo Autonómico, Competitividad y Cohesión Social en el Sistema Sanitario, donde denuncia la creciente desigualdad en el ámbito sanitario entre las distintas comunidades, alegando el propio organismo que puede no resultar superfluo recordar que “no enferman los territorios, sino las personas y que los principales factores de variabilidad radican en los propios individuos”.

El propio Consejo recuerda que la aceptación y asunción de las determinantes características de un sistema descentralizado como el español, no debe significar en ningún caso la renuncia a su equidad, lo que ha apuntado a la necesidad de mejorar su coordinación, tanto desde una perspectiva general del sistema, como desde el punto de vista de sus distintos ámbitos, en áreas como la cartera de servicios, la atención primaria, la atención especializada, la salud mental o la atención farmacéutica, sin olvidar tampoco elementos vinculados a la gestión y prestación de los servicios, tales como las políticas de recursos humanos, la investigación e innovación, los sistemas de información, la innovación organizativa y las formas de gestión o el gasto sanitario y la financiación del SNS⁴⁶.

Pero estas desigualdades que apuntábamos ya afectan a los ciudadanos pues, se están constatando importantes variaciones en la práctica médica en lo que se refiere a diferencias en los procedimientos de diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, así como del uso de las nuevas tecnologías, tanto entre comunidades autónomas como entre

⁴⁵ De Lorenzo y Montero, Ricardo. Las desigualdades sanitarias. *Redacción de Medicina*. 2009, Nº 1070. Pág 27.

⁴⁶ VVAA. *Informe Desarrollo Autonómico, Competitividad y Cohesión Social en el Sistema Sanitario*. Consejo Económico y Social. Madrid. 2010. Pág. 10

distintas áreas de salud de una misma comunidad⁴⁷. Entre Las diferencias más llamativas se encuentran el acceso a la sanidad pública para someterse a una interrupción del embarazo, los diferentes calendarios vacúnales, los tratamientos para dejar el tabaquismo, la distinta implantación de la atención bucodental, la de la dependencia, las unidades para la reasignación de sexo o el reciente conflicto entre el Gobierno central y el gallego por la pretensión de este último de limitar el catálogo de medicamentos⁴⁸.

Uno de los indicadores más expresivos de la evolución de los estados de salud, por condensar información acerca de los aspectos más relevantes de la propia salud y la atención sanitaria, es el referido a la esperanza de vida. Tal como muestran los datos del Ministerio de Sanidad y Política Social, el valor medio de este indicador ha mejorado en los últimos años en España. Así, el número de años que un español podía esperar vivir al nacer llegaba en 2007 a 81, dos más que en el año 2001. Sin embargo, el dato medio oculta algunas desigualdades interterritoriales no poco significativas, que revelan una diferencia de casi tres años en la esperanza de vida entre las comunidades con el valor más positivo y las que tienen el resultado más bajo (Madrid y Navarra, 82,5 y Andalucía, 79,8 años). En el mismo sentido, la esperanza de vida libre de discapacidad y la expectativa de incapacidad (número probable de años con incapacidad), que llega como término medio a 8,5, es en algunas regiones muy inferior al que registran otras, siendo llamativa la diferencia entre La Rioja (5,8 años) y Murcia (10,2)⁴⁹. Este panorama invita a reflexionar sobre la necesidad de profundizar en el conocimiento de las desigualdades que lo conforman para avanzar en el diseño de unas políticas capaces de reducir al mínimo las diferencias en salud.

El informe también destaca como indicador de desigualdades entre territorios, la inaccesibilidad a la asistencia médica sobre la proporción de personas que habiendo necesitado atención no la han recibido por circunstancias tales como no poder ausentarse de su puesto de trabajo, no haber conseguido cita médica, o no disponer de transporte, entre otras. Existen diferencias nada despreciables entre unas y otras comunidades autónomas. Así, mientras en algunas comunidades como Cantabria,

⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 152

⁴⁸ Véase: S.T.C 6/2015, de 22 de enero de 2015 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2015).

⁴⁹ VVAA. Informe Desarrollo Autonómico, Competitividad y Cohesión Social en el Sistema Sanitario. Op.cit. Pág.43

Extremadura y Andalucía el indicador ofrece valores residuales, inferiores al 3,6 por 100 del conjunto, otras como La Rioja, Valencia o Navarra presentan valores superiores. Es especialmente llamativo el caso de La Rioja, con un 15 por 100 de inaccesibilidad⁵⁰.

Por último, destacamos que el CES señala que la explicación de la variabilidad de resultados en salud y acceso a los servicios sanitarios es compleja y recomienda no asociar cualquier diferencia con desigualdad o falta de equidad, ya que existen tantas o más diferencias dentro de las regiones como entre ellas. Asimismo, enfatiza en la importancia del desarrollo de políticas de salud pública en prevención y educación, que redundarían también en la reducción de las desigualdades sociales y económicas.

⁵⁰Ibíd. Pág.50

CAPÍTULO IV- DERECHO A LA SALUD Y LOS TRATAMIENTOS SANITARIOS: LOS DERECHOS ESPECÍFICOS DEL PACIENTE.

Una de las caras o vertientes del derecho objeto de nuestra investigación está constituida por el denominado “derecho a la salud”, que LEÓN ALONSO indica, que se configura, en primer lugar, como una libertad positiva que implica reconocer a su titular la capacidad para decidir sobre su propia salud. En segundo lugar, este derecho se manifiesta como una posición subjetiva, que otorga a cada persona un poder para exigir a los demás, ya sean poderes públicos o sujetos particulares, que observen una conducta, y que no altere el equilibrio biopsíquico en que consiste el derecho a la salud de cada uno⁵¹.

Así se desprende un haz de facultades que integran el derecho a la salud y que convierten al sujeto en titular de pretensiones de abstención y de actuación con relación a esa esfera íntima y privada que se denomina salud individual, desarrollado por el legislador a causa del mandato constitucional regulado en el artículo 43.3 CE, donde se vio plasmado un catálogo de derechos y deberes de todos con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias en la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, y posteriormente ese elenco de derechos se vería ampliado con la aprobación de la Ley 41/2002.

Antes de entrar a especificar los derechos del paciente, cabe señalar el ámbito de aplicación de la normativa reguladora, que se extiende a todos los centros, servicios o establecimientos en los que se realicen actuaciones sanitarias, ya sean de titularidad pública o privada. La inclusión del personal al servicio de dichos centros, servicios o establecimientos como referentes en la regulación de estos derechos, se presume en todos los ámbitos. Se exige que las administraciones sanitarias y las organizaciones sanitarias privadas dispongan de cauces adecuados, eficaces y suficientes para canalizar las reclamaciones y sugerencias de los ciudadanos en relación con los servicios sanitarios. Igualmente, se les hace partícipes de su responsabilidad en la promoción activa del consentimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos en sus relaciones

⁵¹ LEÓN ALONSO. *La protección constitucional de la salud*. Op.cit Pág. 165.

con el sistema sanitario. También hay que señalar que la aplicación de toda la normativa reguladora de los derechos del paciente considera capacitada a toda persona mayor de 16 años o menor emancipada, para recibir información y tomar decisiones acerca de su propia salud⁵².

Desde este contexto, los derechos específicos del paciente que venimos analizar son:

- Derecho a la información.
- Derecho a la confidencialidad e intimidad.
- Derecho a decidir sobre la propia salud.
- Derecho a negarse a un tratamiento médico.

1.- DERECHO A LA INFORMACIÓN

En la Ley General de Sanidad otorga relevancia al derecho a la información de los usuarios. Se les deberá proporcionar toda la información sobre los servicios sanitarios a los que pueden acceder y sobre los requisitos para su uso. Esta información permitirá, entre otras cosas, elegir médico y a los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en la Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud (artículo 10.13 LGS)⁵³.

Como habíamos visto anteriormente la Ley 41/2002 también se ocupa de este Derecho, desglosándolo en tres: el derecho a la información asistencial o clínica, el derecho a la información epidemiológica y el derecho a la información sobre el Sistema Nacional de Salud.

Este derecho se fundamenta en que todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios deben proporcionar de forma continuada a los pacientes y a las personas vinculadas a ellos por razones familiares o de hecho, o a su representante legal, información sobre su proceso y sobre las atenciones sanitarias prestadas. TARODO SORIA, señala que la satisfacción efectiva del derecho a la información puede

⁵²SEIJAS VILLADANGOS, M^a Esther. *Los derechos del paciente*. Madrid, Boletín oficial del Estado, 2006. Pág. 27.

⁵³ Ténganse en cuenta el RD 1575/1993, de 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en el INSALUD.

considerarse como una fase previa al ejercicio por parte del paciente, del derecho a decidir libremente sobre su propia salud⁵⁴. Como regla general, la información se proporciona verbalmente dejando constancia en la historia clínica del paciente y en casos excepcionales se plasmará por escrito.

La información también cobra su importancia en relación con el consentimiento que trataremos con posterioridad, pues el paciente ha de autorizar previamente cualquier actuación que se quiera llevar a cabo sobre su cuerpo, pero para que tal consentimiento sea válido, ha de ser también informado, para lo que debe ponerse en su conocimiento en que va a consistir exactamente la intervención médica. Se puede plantear el supuesto en el que el paciente había prestado su consentimiento, pero desconocía las posibles consecuencias de la operación, es decir, que de haber contado con esa información, cabe la posibilidad de que el paciente no hubiese prestado su consentimiento, por tanto en el caso de que un paciente sufra lesiones con una operación, cuya existencia no fue informado, cabra la posible demanda por negligencia.

GÓMEZ ABEJA, cita algunos supuestos⁵⁵ similares al planteado, solucionados por el Tribunal Supremo de Carolina del Norte. El tribunal que viene a dar la razón al paciente, señala que la amplitud de la información que debe proporcionar el médico ha de medirse en función de las necesidades del paciente, lo que implica que toda información ha de ser suficiente y esencial, para tomar la decisión. Esto incluye los riesgos que pudieran surgir después de la intervención, incluso aquellos cuyas posibilidades de materializarse sean mínimas⁵⁶

1.1.- El derecho a no ser informado.

El convenio de Oviedo fue la primera norma jurídica con eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, que ha reconocido de forma expresa el respeto a la voluntad de una persona de no ser informado, por otro lado la Ley 41//2002 en sus artículos 4.1 y

⁵⁴TARODO SORIA. *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Op.cit Pág. 292

⁵⁵Natanson v Kline 187 Kan. 186; 354 P.2d 670 (1960).

Berkey v Anderson, 1 Cal. App. 3d 790, 82 Cal. Rptr 67 (1969)

⁵⁶ GÓMEZ ABEJA, Laura. *El derecho a rechazar el tratamiento médico: análisis de los antecedentes desde una perspectiva constitucional*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2014. Págs.31-34

9.1 reconoce a toda persona el derecho a que se respete su voluntad de no ser informado, atribuyéndole así, el status jurídico de auténtico derecho.

Como alternativa al derecho a la información, nos referimos al derecho a no ser informado, que ha de constar por escrito, incorporándose a la historia clínica, y pudiendo ser revocado en cualquier momento, igualmente por escrito.

Las consecuencias que trae consigo este derecho de no ser informado, se traducen, por un lado, que desaparece la obligación de informar por parte del profesional sanitario, siempre y cuando la renuncia a esa información por parte del paciente, se materialice por escrito. Cabe señalar que la renuncia a esa información no hace desaparecer la obligación de obtener el consentimiento previo de una intervención sanitaria, así lo regula el artículo 9.1 de la Ley 41/2002. Por otro lado, la renuncia a ser informado no afecta al derecho de decidir libremente sobre la propia salud. En otras palabras, TARODO SORIA indica, que se puede renunciar a la información, sin que esto afecte a la validez del consentimiento o a la negativa al tratamiento, pues los pacientes pueden tener sus propias razones para desear no conocer ciertos aspectos de su salud, y eso debe respetarse⁵⁷.

Por otra parte el artículo 9.1 establece los límites al derecho a no ser informado, así aun cuando el propio paciente exprese el deseo de no conocer la información, esta se le trasladará en aquellos casos que se estime necesario en interés de la salud del paciente, pues esa información puede ser de vital importancia para su salud. Surge por tanto el denominado “privilegio terapéutico”, en el que el médico considera que ocultar información al paciente podría ser gravemente perjudicial para su salud. Se produce por tanto el conflicto entre el derecho del paciente a no ser informado y la conciencia del médico, TARODO SORIA indica, que nuestro ordenamiento jurídico decide salvaguardar la conciencia del médico, permitiendo a éste, aun en contra de la voluntad del paciente, proporcionarle la información, descargando en el paciente, titular de los bienes jurídicos en juego (libertad, salud, integridad física y, eventualmente la propia vida), la responsabilidad de decidir sobre su propia salud⁵⁸.

⁵⁷TARODO SORIA. *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Op.cit Pág. 306.

⁵⁸Ibíd. Pág. 307

Otra de las situaciones en las que se informara al paciente incluso cuando él no quiera, es en los casos en que esté en peligro la salud de terceros o la salud de la colectividad, pues su fundamento se encuentra en que todo derecho tiene su límite, y en este caso es la salud pública, pues recordamos que prima más el interés colectivo que el individual.

2.- DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD E INTIMIDAD.

Para entender estos derechos, hay que partir del derecho a la privacidad, que aunque no está reconocido como tal en nuestra Constitución, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia han señalado que este derecho tiene una base constitucional en el artículo 18.1 CE, donde garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y que su regulación normativa se encuentra desarrollada en la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Por tanto, si queremos trasladar este derecho de la privacidad al ámbito sanitario encontramos también su apoyo constitucional en el artículo 18 y en el artículo 43 C. Así, SUÁREZ RUBIO, señala, que la privacidad sanitaria no es un derecho autónomo respecto del derecho a la privacidad de las personas, sino que es una manifestación de este mismo derecho, en su virtualidad expansiva al entorno sanitario, y como tal derecho fundamental encuentra su base en la dignidad humana⁵⁹.

El respeto a la intimidad del paciente exige, que todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios deberán prestar, en las actuaciones sanitarias tales como las exploraciones, cuidados o actividades de higiene, el máximo respeto posible a la intimidad de la persona. En otras palabras, el derecho a la vida privada de los pacientes y sus familiares, debe ser protegido por la administración sanitaria, para evitar que determinados aspectos de su privacidad sean conocidos o perturbados por terceros sin el consentimiento de su titular, y a su vez que se vea respetado el derecho de autodeterminación del propio paciente.

Un contenido negativo del derecho fundamental a la intimidad y al derecho de la propia imagen, en el ámbito sanitario, consiste en que los usuarios de los centros, servicios y establecimientos sanitarios tienen derecho a que en ellos se limite la grabación y difusión de imágenes mediante fotografías, videos u otros medios que permitan su

⁵⁹ SUÁREZ RUBIO, Soledad M^a. *Constitución y privacidad sanitaria*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

identificación como destinatarios de atenciones sanitarias. Debiendo obtenerse para tales actuaciones, una vez explicados claramente los motivos de su realización y el ámbito de difusión, la previa y expresa autorización del afectado o de la persona que corresponda⁶⁰.

Dentro de la esfera de la privacidad sanitaria pero de una forma positiva, el llamado derecho de acompañamiento, que es el derecho a estar acompañado por parte de, al menos, un familiar o persona de su confianza. Encontrándose su límite en los supuestos en los que dicha presencia sea desaconsejable o incompatible con la prestación sanitaria, que ha de recibir el paciente conforme a criterios médicos. Así este derecho de acompañamiento se hace más exigente en determinadas circunstancias como por ejemplo, en el momento del parto donde se vigilará la efectividad del derecho de toda mujer a que se facilite el acceso del padre del bebé o de otra persona designada por ella para asistir.

Cabe destacar, que la relación entre el paciente y el profesional sanitario no se limita únicamente al intercambio de datos o informaciones relativos a la salud, sino que también se revelan datos que forman parte de sus convicciones más profundas, seguramente por esa especial relación de confianza que los une. Es por tanto que no solo se quiere proteger la intimidad de los datos sanitarios del paciente, sino también de su vida íntima personal. En la misma línea, el TC en su sentencia 142/1993, destacaba que los datos obtenidos referidos a las relaciones sociales y profesionales no pertenecen en sí mismos a la esfera de la intimidad, sin embargo, mediante un análisis detallado en y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar, como es el caso del personal sanitario⁶¹.

Así podemos hablar del derecho de confidencialidad, que es la obligación del personal sanitario de guardar el secreto sobre los datos referidos a las creencias de sus usuarios, a su filiación, a su opción sexual, al hecho de haber sido objeto de malos tratos, y a todos aquellos datos o informaciones que tengan especial relevancia en la intimidad personal del paciente. Como venimos recordando ningún derecho es absoluto y todos tienen un límite, así el derecho a la confidencialidad sanitaria tiene su límite en los supuestos de

⁶⁰SEIJAS VILLADANGOS. *Los derechos del paciente*. Op.cit Pág. 34

⁶¹ S.T.C. 142/1993, de 22 de abril. FJ N° 8°.

abusos, maltratos y vejaciones que afecten a personas mayores, mujeres, personas con discapacidad física, psíquica o sensorial y personas con enfermedades mentales.

2.1.- La historia clínica

El artículo 14.1 de la Ley 41/2002, la define como “*el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro*”.

SEIJAS VILLADANGOS, define la historia clínica como el conjunto de documentos en los que está contenida toda la información obtenida en todos los procesos asistenciales del paciente, y que tiene como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente, acumulando toda la información generada en cada episodio asistencial⁶².

Según establece el artículo 18 de la Ley 41/2002, el paciente tiene derecho a acceder a su historia clínica, siendo preciso la conformidad expresa del paciente, manifestada por escrito, cuando sea otra persona la que solicite acceder a la historia clínica. En cambio vemos que el acceso por parte de los profesionales sanitarios será libre cuando estén implicados en el diagnóstico o tratamiento del enfermo.

Lo que tenemos claro, es que la historia clínica guarda una relación importante con la intimidad del paciente, y dada la trascendencia que pueden tener los datos individuales relacionados con la salud, han de estar sometidos a distintos tipos de protecciones jurídicas con el fin de salvaguardar la confidencialidad del paciente.

2.2.- La intimidad del paciente en las nuevas tecnologías.

El cambio tecnológico que ha sufrido la sociedad en estos últimos años, donde predomina hegemónicamente la informática, ha afectado al ámbito sanitario, un ejemplo es la informatización de las historias clínicas de los pacientes con el fin de hacer desaparecer de los hospitales archivos colosales que invaden metros cúbicos, y que

⁶²SEIJAS VILLADANGOS. *Los derechos del paciente*. Op.cit Pág. 35

resultan ser desordenados, confusos y farragosos. Con los documentos informatizados y con la ayuda de internet y las redes aplicadas al ámbito sanitario, todo es más rápido, preciso, limpio y cómodo. Pero la intimidad del paciente ¿se ha visto reforzada? ABERASTURI GORRIÑO indica, que la creación de mayores y más ágiles flujos de información sanitaria acentúa también otros riesgos. Entre ellos cabe destacar el peligro de que los datos se pierdan, se sustraigan, se alteren o se empleen de forma torticera. Ante la nueva dimensión que ha adquirido la información en las sociedades actuales, cada vez hay una mayor concienciación de la ciudadanía en la necesidad de que se le garantice cierto control sobre sus datos⁶³.

Uno de los novedosos métodos en la medicina es la llamada “telemedicina” que se basa en la consulta, diagnóstico e intercambio de información a distancia, así es posible diagnosticar una enfermedad a distancia mediante la comunicación remota. SUAREZ RUBIO aludiendo a este tipo de método señala, que las posibilidades de la telemedicina exigen también un refuerzo en la cultura de la selección informativa y de la confidencialidad. Señala la autora, que los centros sanitarios deberán organizar la información sobre la base de que sea toda accesible pero fácilmente seleccionable, y los profesionales deberán establecer criterios de selección para no ahogarse en la información asequible, por ello estas posibilidades de la telemedicina pueden suponer importantes riesgos para la privacidad sanitaria por su fácil acceso⁶⁴.

Vemos otros ejemplos tecnológicos, como el correo electrónico, los sistemas de telefonía en la red, la videoconferencia, la tele-consulta, el intranet y los *newsgroups* o foros de debate, que no profundizaremos en ellos, pero que producen un cambio importante en la sanidad, haciéndola más eficiente, rápida y segura. Pero esa fácil y rápida accesibilidad a los datos de los pacientes ha supuesto también una gran amenaza a la confidencialidad e intimidad del usuario. La célebre frase “la información es poder” despliega hoy día todo su sentido.

⁶³ABERASTURI GORRIÑO, Unai. *La protección de datos en la sanidad*. Navarra: Aranzadi, 2013. Pág. 26

⁶⁴SUÁREZ RUBIO. *Constitución y privacidad sanitaria*. Op.cit Pág. 237

2.3.- La intimidad corporal.

La intimidad no sólo se predica en la protección de los datos de una persona sino que también afecta a toda indagación en el cuerpo, que de acuerdo con el criterio social y cultural existente se considera íntima. Se consideran íntimos no sólo las creencias y valores que una persona tiene, sino también todo lo relacionado con su vida privada y su cuerpo. Hay, pues, una intimidad corporal, directamente relacionada con el ejercicio médico. La intimidad corporal, basada en el pudor y el recato, exige que en las exploraciones, cuidados o actividades de higiene por parte de los profesionales sanitarios correspondientes, sea respetado lo máximo posible.

Así, cuando un paciente acude a un centro sanitario para recibir atención es posible que necesite descubrir su cuerpo, bien para la realización de la higiene diaria en pacientes dependientes, bien porque es necesario palpar, observar o auscultar, ya sea directamente o a través de algún instrumento, como medio para poder realizar un diagnóstico o tratamiento. En estas situaciones, el paciente da su consentimiento implícito o explícito al profesional para el acceso a su cuerpo, pero sin renunciar a su intimidad, lo que obliga a que deba realizarse con el máximo respeto⁶⁵.

Así, al paciente que da su consentimiento para que se acceda a su cuerpo, no se le está excluyendo el derecho a controlar como debe ser ese acceso corporal médico y la posibilidad de negarlo, si no se respeta su intimidad al hacerlo. Para garantizar este objetivo, en la atención sanitaria es necesario cuidar y respetar el espacio físico donde se atiende a los pacientes. En este sentido, se deben establecer mecanismos de separación que permitan la privacidad en los lugares de atención, como, por ejemplo, utilizar biombos o cortinas de separación en habitaciones compartidas por más de un paciente, así como en consultas para separar la zona de exploración y la de consulta. De la misma manera, las puertas de los lugares en que se estén realizando exploraciones se

⁶⁵COMISIÓN DE BIOÉTICA DE CASTILLA Y LEÓN. *Guía de intimidad, confidencialidad y protección de datos de carácter personal*. 2010. [en línea]

<http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/guia-intimidad-confidencialidad-proteccion-datos-caracter-p> Pág. 13

mantendrán cerradas y los profesionales llamarán a las puertas, tanto en las consultas, como en las habitaciones de pacientes para advertir de su presencia⁶⁶.

3.- DERECHO A DECIDIR SOBRE LA PROPIA SALUD.

En nuestro sistema jurídico, el derecho a decidir sobre la propia salud, viene regulado en los capítulos II del Convenio de Oviedo y IV de la Ley 41/2002. Esta misma normativa para garantizar la eficacia de este derecho, establece en su artículo 2.6 que “*todo profesional que interviene en la actividad asistencial respete las decisiones adoptadas libremente y voluntariamente por el paciente*” y que será necesario la obtención del consentimiento previo del paciente para considerar legal una intervención médica.

Se contemplan dos formas de manifestación de este derecho, por un lado “el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles” (art. 2.3 Ley 41/2002); y por otro “el derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley” (arts. 8.5 del Convenio de Oviedo y 2.4 Ley 41/2002)⁶⁷. El derecho pues, de decidir sobre la propia salud está orientado, a que el paciente se le permita adoptar aquellas decisiones que considere más congruentes con sus propias convicciones y que comprende no solo el derecho a tener unas u otras creencias, ideas y opiniones, sino también a comportarse de acuerdo con ellas y no siendo obligado a contradecir a las mismas.

El derecho a decidir sobre la propia salud se inspira en el principio de autonomía del paciente, que LEÓN ALONSO, define como la proyección, en el marco de las relaciones médicas, de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y expresión del respeto a la dignidad de la persona y a su libre desarrollo⁶⁸. Así, cuando un paciente presta su consentimiento o redacta las instrucciones previas está ejerciendo libremente el derecho a decidir sobre su propia salud, y como hemos anotado anteriormente, este derecho conlleva en primer lugar la potestad de elegir entre las opciones clínicas disponibles y, en segundo lugar, la libertad de negarse a la imposición de cualquier tratamiento sanitario, salvo en los supuestos establecidos por la Ley.

⁶⁶Ibíd. Pág.13-14

⁶⁷TARODO SORIA. *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Op.cit Pág. 312

⁶⁸LEÓN ALONSO. *La protección constitucional de la salud*. Op.cit Pág. 173.

Por lo tanto, para que el paciente pueda elegir entre las opciones clínicas disponibles, o negarse a recibir un procedimiento de diagnóstico, pronóstico o terapéutico, hay que partir de la base de una adecuada información, pues parece lógico que sin información el paciente no sabrá que elegir. Dicha información habrá de ser comunicada previamente al paciente, que deberá de ser veraz, comprensible y suficiente para que este pueda reflexionar con calma y decidir responsablemente. Todo ello atendiendo, a que el paciente puede rechazar a ser informado, y como habíamos anotado anteriormente, esto no impide que siga manteniendo su derecho a decidir sobre la propia salud.

Así, podemos decir que el principio de autonomía o el derecho a decidir sobre la propia salud, alcanza su máxima expresión a través de:

- El consentimiento informado.
- La expresión de voluntades o instrucciones previas.

3.1.- El consentimiento informado.

El consentimiento informado, se entiende como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir una información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud, según podemos desprender de lo que define la Ley Básica Reguladora de la autonomía del paciente. SEIJAS VILLADANGOS, lo define como el prestado libre y voluntariamente por el afectado para toda actuación en el ámbito de la salud y resalta que la prestación del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención un deber del médico⁶⁹. En cambio otros autores como TARODO SORIA o MÉNDEZ MATO, no lo consideran como un derecho sino como un acto jurídico de expresión de la voluntad, mediante el que se garantiza la efectividad del derecho a la autonomía de la voluntad. Por tanto, mediante este derecho o acto de expresión de la voluntad, el paciente:

- Ha quedado informado acerca de la afección y sus opiniones al tratamiento.
- Ha comprendido en que consiste el procedimiento medico a recibir.

⁶⁹SEIJAS VILLADANGOS. *Los derechos del paciente*. Op.cit Pág. 40

- Ha sido capaz de decidir que tratamiento desea recibir y dar su consentimiento para recibirlo.

3.1.1.-El consentimiento informado: ¿un derecho fundamental?

A esta cuestión se ha referido el Tribunal Constitucional, como por ejemplo en la sentencia 37/2011 de 28 de marzo, donde el alto tribunal dice, ” *que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas* ”⁷⁰.

Sobre esto también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en la sentencia 3/2001 de 12 de enero, donde dijo “*El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo*”⁷¹.

Ante lo establecido por el Tribunal Supremo, la doctrina se ha llegado a preguntar si el derecho a decidir sobre la propia salud y el derecho a recibir información sanitaria están dentro de la categoría de los “derechos fundamentales y libertades públicas del capítulo II de la Constitución”. La cuestión es compleja, pues no solo determina la aplicación del régimen de especial protecciones y garantías que los derechos fundamentales tienen reservados en nuestra Constitución, sino que también conlleva una serie de consecuencias que afectan a su propia regulación. El trasfondo de esto se encuentra en el alcance de la vía del artículo 10.2 CE. Así, MÉNDEZ MATO señala que la doctrina mayoritaria entiende que la vía del artículo 10.2 CE, no permite incorporar *ex novo*

⁷⁰ S.T.C 37/2011, de 28 de marzo. FJ N° 5.

⁷¹ SSTS 3/2001, de 12 de enero. F.J N° 1°.

derechos fundamentales al catálogo constitucional, pero si incorporar derechos que sirvan para concretar el contenido no explicitado de los ya recogidos en la constitución. De esta forma “el artículo 10.2 se rige en una fórmula de reintegración de los derechos fundamentales, pero solo en la medida en que hace posible el descubrimiento de nuevos aspectos de los mismos”⁷².

Es decir, no es que el consentimiento informado este regulado en la Constitución como un derecho fundamental, sino que el consentimiento que da un paciente para que se realicen actuaciones sobre su cuerpo, se fundamenta como señala SANCHO GARGALLO, en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE); así como en la dignidad de la persona y en el libre ejercicio de la personalidad, consagrados por el art. 10.1 CE como fundamentos del orden político y de la paz social. Y en concreto, deduce del art. 1.1. CE el reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses⁷³.

3.1.2.-Formas de prestar el consentimiento.

Puede adoptar diversas formas:

- Expreso: que a su vez puede ser oral o escrito.
- Tácito: cuando se expresa de forma pasiva o por omisión.
- Implícito: cuando se infiere de los actos que se realizan.
- Presunto: cuando el consentimiento se presume de acuerdo con lo que conocemos de una persona en particular.

Cabe señalar, que con anterioridad, el art. 10.6 LGS no distinguía, y exigía el “consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención”. Lo que no impedía que aplicando el sentido común en la práctica sanitaria podamos advertir actuaciones inocuas y sencillas, en las que no se precisa recabar por escrito el consentimiento informado. Esto va ligado normalmente entre otras prácticas a la prescripción de un tratamiento farmacológico, una exploración médica general, una

⁷² MENDEZ MATO, Juan Carlos. Diversidad religiosa y cultural y bioderecho, *en: La protección de la salud en tiempos de crisis*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. Pag 162

⁷³ SANCHO GARGALLO, Ignacio. Tratamiento Legal y Jurisprudencial del consentimiento Informado. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, abril de 2004, N°2. Pág. 5

radiografía, un vendaje en caso de esguince, una inyección antitetánica. En estos casos se procede con naturalidad y es la falta de oposición del paciente la que determina su asentamiento.

Es por ello por lo que, la Ley básica, en su artículo art. 8.2 advierte que la forma de prestar el consentimiento no siempre debe ser escrita. Es más, la regla general será la oralidad, aunque no se dice si el consentimiento debe ser expreso o tácito.

La necesidad de transcribir por escrito el consentimiento lo regulan la Ley 41/2002 y el Convenio de Oviedo. Para los siguientes casos:

- Intervención quirúrgica.
- Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.
- Y, en general, aplicación de los procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.
- Ensayos clínicos (artículo 16 del convenio de Oviedo).
- Extracción de partes del cuerpo con fines de trasplante (artículo 19 del Convenio de Oviedo).

Tanto el artículo 5 del Convenio de Oviedo, como el artículo 8.5 de la Ley 41/2002, señalan que en cualquier momento la persona afectada puede retirar libremente su consentimiento, exigiendo además que esta revocación sea por escrito.

3.1.3.- Capacidad para prestar consentimiento.

El consentimiento como vemos debe ser prestado por el paciente siempre que tenga la capacidad suficiente. Ahora bien ¿cuándo consideramos que un paciente está totalmente capacitado para permitir realizar cualquier tratamiento o procedimiento sanitario en su cuerpo? ¿Es la capacidad civil la que permite decidir sobre la propia salud? Las repuestas a estas preguntas la hayamos en la capacidad natural, es decir que esta capacidad no la determina la mayoría de edad, o una resolución judicial, sino que hay que atender a la realidad del paciente, caso por caso, si este está en condiciones de decidir en algo que va afectar a su vida, integridad física o libertad religiosa, como es el hecho de someterse a una actuación médica. SANCHO GARGALLO, señala que esta capacidad natural viene definida en la ley en sentido negativo, cuando el art. 9.3

enumera los supuestos en que el consentimiento debe prestarse por representación, por carecer de capacidad para ello, además resalta que esta capacidad es una aptitud intelectual y emotiva necesaria para comprender la enfermedad, y, en general, hacerse cargo de su situación, y al mismo tiempo para poder valorar las distintas alternativas, y optar por la opción que aprecia más conveniente. Qué duda cabe, que para ello es necesario un mínimo de juicio práctico prudencial y al mismo tiempo voluntad o entereza de ánimo⁷⁴.

A) *¿Y un menor de edad tiene capacidad para decidir sobre su salud? -STC 154/2002-*

A tenor de lo expuesto, la respuesta parece ser afirmativa, pues como venimos viendo nuestro ordenamiento jurídico refleja la tendencia de reconocer al menor de edad una cierta capacidad progresiva en el ejercicio de sus derechos; Así el Código Civil en su artículo 162.1.1º otorga al menor de edad la potestad para actuar por sí mismo de acuerdo con sus condiciones de madurez en los actos relativos de la personalidad; de la misma manera la Ley Orgánica 1/1982 *de protección civil del derecho al Honor, a la Integridad personal y a la propia Imagen*, exige que sean lo menores por ellos mismos los que otorguen el consentimiento cuando sus condiciones de madurez lo permitan. Parece por tanto lógico otorgar a los menores de edad la capacidad para poder decidir en algo que afecta a su propio cuerpo, siempre claro está, que intelectual y emotivamente puedan comprender el alcance de la intervención.

En la misma línea se mueve el Tribunal Constitucional, uno de los ejemplos es la STC 154/ 2002 de 18 de julio, que conoce de un recurso de amparo contra una sentencia de la sala 2ª del Tribunal Supremo en la que condenaba a unos padres, Testigos de Jehová, como autores responsables de un delito de homicidio en su modalidad de comisión por omisión. Cuyos hechos los podemos resumir en los siguientes: Un niño llamado Marcos de 13 años de edad, tuvo una caída con su bicicleta el día 3 septiembre de 1994 en la localidad de Ballobar (Huesca), de esta caída, el menor sufrió lesiones sin aparente importancia, pero pasados unos días el estado de salud del menor empeoro, por lo que su madre lo llevó a la Policlínica de Fraga (Huesca) que sanitariamente le correspondía, donde aconsejaron el traslado del menor al hospital Arnau de Lérida, donde detectaron que el menor se encontraba en una situación con alto riesgo hemorrágico prescribiendo

⁷⁴SANCHO GARGALLO. *Tratamiento Legal y Jurisprudencial del consentimiento Informado*. Op.cit Pág. 21.

para neutralizarla una transfusión. Los padres, Testigos de Jehová, pusieron en conocimiento a los médicos que atendían a su hijo que su religión no les permitía la aceptación de una transfusión de sangre y pidieron algún tratamiento alternativo. Al no existir dicho tratamiento, los padres solicitaron el alta médica para trasladar a su hijo a otro centro, el hospital se negó por considerar que con ella peligraba la vida del menor. Por ello el centro hospitalario, solicitó autorización al Juzgado de guardia el cual, autorizó la práctica de la transfusión para el caso de que fuera imprescindible para salvar la vida del menor. Los padres aceptaron la orden del juez y no se opusieron a la transfusión, aceptándola como una voluntad que les era impuesta en contra de la suya y de sus convicciones religiosas. Haciendo uso de la autorización judicial los médicos se dispusieron a realizar la transfusión, pero el menor, de trece años de edad, sin intervención alguna de sus padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral. La repetida negativa de Marcos a recibir sangre y la de sus progenitores a convencerlo de lo contrario, hicieron que los facultativos descartaran la transfusión con ayuda de medios anestésicos (por no considerarlo ni ético ni médicamente correcto) y concedieran el alta voluntaria para el traslado a otro centro, a sabiendas de la inexistencia de un tratamiento alternativo.

El menor fue llevado a diversos hospitales como el Universitario Materno-Infantil de VallD´Hebrón (Barcelona) y el General de Cataluña (centro privado cuyos servicios fueron sufragados por los progenitores del niño). Ante la imposibilidad de administrar efectivamente otro tratamiento, el paciente fue conducido a su domicilio. De aquí, cuando se encontraba en un estado previo al coma, fue trasladado al Hospital de Barbastro (por orden judicial) al que llegó en coma profundo y donde se procedió a la transfusión autorizada por el juez (segunda autorización), sin que los padres de Marcos intentaran impedirla, acatando de nuevo la decisión judicial otorgada el 14 de septiembre. Finalmente, el niño fue trasladado al Hospital Miguel Servet, donde falleció, el 15 de septiembre de 1994⁷⁵.

El caso llegó al Tribunal Supremo y éste condenó a los padres de Marcos a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, la Sentencia del alto Tribunal dice que “los padres, al no

⁷⁵ S.TC 154/2002, de 18 de julio de 2002.: Antecedentes.

autorizar la transfusión de sangre, no evitaron, como les era exigido, un resultado de muerte que, de haber prestado su consentimiento, no se hubiera producido”, de modo que con tal omisión “se generaba una situación equivalente a la causación del resultado típico”. Además, sabedores de que no había tratamientos alternativos al de la transfusión, “el conocimiento y conciencia del máximo grado de probabilidad de que realmente se produjera la muerte de su hijo supone tanto como aceptarla, al rechazar la única alternativa salvadora que existía, aunque les estuviera prohibida por razones religiosas, rechazo que mantuvieron cuando la vida de su hijo aún podía ser salvada”. De ello concluye la Sentencia que “debe afirmarse la presencia del dolo eventual, que no queda excluido por el deseo vehemente de que no se hubiese producido el resultado de muerte”⁷⁶.

Por tanto el Tribunal Constitucional viene a responder a la pregunta de si el menor puede ser titular del derecho a libertad religiosa, sin que el ejercicio de los mismos y su facultad de disponer sobre ellos puedan decidirlo aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o patria potestad. El Tribunal dice que al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física⁷⁷.

Así, Tribunal Constitucional, estima el amparo por considerar que a los padres no les era exigible una conducta distinta a la que desarrollaron, pues de otro modo resultaría contrario a sus convicciones y contravendría su derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16 CE). El trasfondo de la cuestión late, en el reconocimiento al menor de la capacidad natural suficiente para ejercer el derecho a la libertad religiosa y que en uso de la misma resulte relevante su oposición a la práctica de un tratamiento médico, que podemos calificar de normal u ordinario, pero cuya ausencia podía acarrearle la muerte, como así ocurrió. De hecho, los médicos tuvieron en cuenta la oposición del menor, aunque fuera no tanto por reconocer al menor la capacidad de decidir en ese momento, y respetar su voluntad, como por la virulencia con que mostró su oposición, que podía resultar contraproducente para el tratamiento médico.

⁷⁶ *Ibíd.* FJ. N°4.

⁷⁷ *Ibíd.* FJ. N°9.

Por tanto parece haber quedado consolidado, que la capacidad de un menor de edad para prestar el consentimiento de una intervención sanitaria se base en que intelectualmente y emotivamente pueda comprender el alcance de la intervención. Esto es, siempre que gocen de capacidad natural, que corresponderá al médico determinarlo. La Ley 41/2002 establece tres excepciones al ejercicio del derecho a decidir en el ámbito de la sanidad que afectan al menor de edad mayor de 16 años o emancipado o al menor de 16 años que sea capaz intelectualmente y emocionalmente para comprender el alcance de la intervención. Se trata de los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, práctica de ensayos clínicos y prácticas de reproducción humana.

No puede dejarse escapar este momento, para señalar algunas cuestiones que se han planteado algunos autores sobre el caso que hemos tratado:

- ¿Qué derecho debe prevalecer, el derecho a la vida o a la libertad religiosa? cierto es que puede parecer injusta una condena por homicidio a los padres de Marcos que en todo momento intentaron buscar un posible tratamiento que salvase la vida de su hijo, siempre y cuando no se tratase de una transfusión sanguínea. Pero también hemos de preguntarnos, ¿es justo que, por unas creencias religiosas, haya fallecido un niño? LEAL ADORNA, comenta que la misma cuestión fue planteada por algunos magistrados del Tribunal Supremo que fueron consultados cuando se conoció la sentencia del Alto Tribunal: “quienes teníamos perfectamente claro en la práctica judicial que cuando se trataba de la vida de un menor debía prevalecer el derecho a la vida sobre las cuestiones religiosas, y a partir de ahora no lo está”. La autora también se plantea si ¿Habría sido la misma la respuesta del Tribunal Constitucional desde la libertad religiosa, si una niña muere a consecuencia de una ablación de clítoris, sobre la que la interesada, menor, y los padres consienten, porque así lo dicen sus creencias o la religión que practican? Difícil es la respuesta, señala⁷⁸.
- Otros autores como ASENSIO SÁNCHEZ, se preguntan cómo actuará a partir de ahora el Tribunal Constitucional en los supuestos que una menor manifieste cierta posición personal con respecto al aborto, Asensio cree que si la menor manifestara su rechazo al aborto por motivos ideológicos o religiosos, por

⁷⁸LEAL ADORNA, María del Mar ¿Derecho a la vida o libertad religiosa? *Revista internauta de práctica jurídica*. 2003, Nº 12.

analogía el supuesto resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, deben ser tenidos en cuenta, lo mismo que si manifiesta su intención de abortar⁷⁹.

- ¿Hubiera cambiado de opinión el niño Marcos cuando hubiera alcanzado una edad adulta? Es de saber que una persona con el paso de los años va madurando, evolucionando y posiblemente cambiando sus convicciones, ideologías y ¿por qué no? también sus creencias, por eso muchos juristas defienden que debe primar el derecho a la vida sobre el derecho a la libertad de religión. Así, ACEDO PENCO señala que, ningún planteamiento moral ni religioso, y mucho menos tratándose de un menor, puede hacer abdicar a cualquier Estado social y democrático de derecho, de sus más elementales principios, como es, salvaguardar el derecho a la vida. Ningún postulado religioso, (católico, evangelista o judío), puede justificar que una persona fallezca por la abstención de los padres en proporcionar la transfusión sanguínea a su hijo menor, por mucho que él mismo la rechazase, pues su juicio no estaba formado y no tenía libertad para decidir, y destaca que si permite la muerte de un menor por no realizarse una simple transfusión sanguínea, bien podría llegar a justificar cualquier conducta depravada, discriminatoria, lesiva o descabellada, pero recogida en textos sagrados para sus creyentes⁸⁰.

3.1.4.- Prestación del consentimiento por representación.

Encontramos unos supuestos donde el paciente no tiene capacidad para consentir una intervención sanitaria, es decir no está en pleno uso de su autonomía para decidir sobre su salud, por lo que precisará de alguien que le represente para consentir dicha intervención. Este tipo de consentimiento lo regula el artículo 9 de la Ley 41/2002, donde establece los supuestos en los que entra en juego este consentimiento. El apartado cinco de este artículo dice “*La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que*

⁷⁹ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel. *Patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006. Pág. 131.

⁸⁰ ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho al honor y libertad de expresión, asociaciones, familia y herencias: cuestiones jurídicas actuales*. Madrid: Dykinson, 2007. Pág. 176.

atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

Los supuestos que menciona el artículo 9, son los siguientes:

1) *Menores de edad, sin juicio suficiente (art. 9.3.c)*

Este artículo señala que *“cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos”*; *“Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”* A tenor de este artículo se desprende que la Ley 41/2002, establece unas fronteras atendiendo a la edad para determinar el grado de participación de las decisiones, si tiene más de 12 años tendrá que ser escuchada y si tiene 16 o esta emancipado se debe permitir que decida por sí mismo, salvo que la actuación sanitaria sea de grave riesgo, donde la opinión de los padres habrá de tenerse en cuenta. Para todos los casos en los que el menor no tenga capacidad ni emotiva ni intelectual, el consentimiento se prestará por quienes ejerzan la representación legal: los padres, no privados de la patria potestad; en su defecto, el tutor o defensor judicial; y si el menor fue declarado en desamparo, la entidad pública correspondiente que asuma la tutela automática (art. 172 CC).

2) *Mayores incapacitados*

Aquí podemos hablar de dos tipos, por un lado la incapacidad legal, que son aquellos casos en los que el juez les ha declarado incapaces, y es uno de los supuestos donde se otorga el consentimiento por representación 9.3.b. Y por otro lado la llamada incapacidad real, que la regula el artículo 9.3.a. *“Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”* es

decir, no pueden prestar el consentimiento por sí mismos, no sólo los incapacitados, sino también quienes no tengan capacidad real, aunque no haya sido declarada judicialmente.

3.1.5.- Efectos del consentimiento informado.

El consentimiento informado trae consigo que el paciente asuma un conjunto de riesgos y consecuencias asociadas a la intervención médica, esto no quiere decir que el médico o los facultativos que intervengan queden excluidos de responsabilidad, pues estos responderán por los daños de una actuación negligente o por el mal funcionamiento del centro o servicio médico. Así la STSJ Navarra 22/2001, de 27 octubre, señala que, “*La consecuencia fundamental de su otorgamiento es la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes o asociadas a la intervención de que haya sido previamente informado, siempre que no resulten imputables al negligente proceder del facultativo interviniente o al mal funcionamiento del centro o servicio médico en que se practica*”⁸¹ Como vemos, la existencia de un consentimiento informado no libera al facultativo de responsabilidad, pudiendo incluso incurrir en un delito de homicidio o lesiones por imprudencia profesional (arts. 142.3 del Código Penal), con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de tres a seis años en el caso de homicidio causado por imprudencia profesional, y 152.3 CP, con pena de tres meses hasta tres años de prisión, según la gravedad de la lesión causada por imprudencia profesional e inhabilitación de uno a cuatro años.

Así, la ausencia de consentimiento determina la asunción de los riesgos por el facultativo y, consecuentemente, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse. Esto es, si no existe consentimiento informado el médico se hace cargo de todos los daños que resulten de su intervención.

Podemos concluir en decir que el consentimiento informado, consta de dos partes, una la autorización del paciente en ejercicio de su derecho de decidir sobre su propia salud, y la segunda, que ese consentimiento se otorga con posterioridad a recibir una información por parte de los facultativos sanitarios, del conjunto de los riesgos que

⁸¹ STSJ Navarra 22/2001, de 27 octubre .FJ 3º

pueda producir toda intervención sanitaria. Así, es el paciente el que se responsabiliza de su propio cuerpo. ¿Pero qué sucedería si hay consentimiento sin información? ¿Quién sería el responsable, el paciente o el médico?

A) Consentimiento desinformado.

Esta figura del consentimiento pero con falta de información, es denominada como consentimiento desinformado, en la que la sentencia 22/2001 de 27 de octubre, Tribunal Superior de Justicia de Navarra, sistematiza los requisitos que deben concurrir para que un consentimiento desinformado dé lugar, para los facultativos y el centro médico, a la responsabilidad de indemnizar los daños sufridos por el paciente, y podemos resumir en los siguientes:

- Que el paciente haya sufrido un daño personal cierto y probado. El daño es presupuesto fundamental de cualquier clase de indemnización⁸².
- Que el daño sufrido sea consecuencia de la intervención médica practicada y materialización de un riesgo típico o inherente a ella. Y señala el Tribunal, el daño no sólo ha de mostrarse vinculado causalmente a la intervención, sino que ha de ser traducción de un riesgo típico o asociado a ella del que el paciente debió ser informado previamente a su realización como premisa para la obtención de su consciente y libre consentimiento⁸³.
- Que del riesgo --finalmente materializado en daño-- no hubiera sido el paciente informado previamente al consentimiento de la intervención⁸⁴.
- Que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio, pues, en tal caso, sería apreciable la responsabilidad pero por culpa o negligencia en la actuación (responsabilidad penal por delito de homicidio o lesiones por imprudencia profesional médica) o en la organización del servicio y no por la falta de consentimiento informado⁸⁵.

⁸² STSJ Navarra 22/2001, de 27 octubre. FJ 4º a)

⁸³ *Ibíd.* FJ 4º b)

⁸⁴ *Ibíd.* FJ 4º c)

⁸⁵ *Ibíd.* FJ 4º d)

Ante esto, SANCHO GARGALLO señala, que existen algunos supuestos en que los tribunales valoran la situación de inconsciencia, derivada de la insuficiencia de información acerca de los posibles riesgos de una intervención médica, como un daño moral grave en sí mismo, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención, de modo que el alcance de la indemnización vendrá determinado por la valoración de este daño moral, y no por la cuantificación del daño corporal⁸⁶.

3.1.6.- Dispensa de recabar el consentimiento informado.

Aun partiendo del principio de autonomía del paciente y, por ende, de su derecho a elegir entre las distintas alternativas terapéuticas existentes y a rechazar el tratamiento propuesto, la normativa sanitaria afronta la realidad de situaciones en las que la asistencia médica se presta en ausencia, o incluso en contra, de voluntad válida jurídicamente imputable al enfermo. El artículo 9.2 regula unos supuestos donde los facultativos sanitarios podrán llevar a cabo intervenciones clínicas sin necesidad de contar con el consentimiento del paciente, siempre que dichas intervenciones sean indispensables en favor de la salud de este.

Las situaciones de excepción a la exigencia de consentimiento son las siguientes:

- 1) Cuando la intervención suponga un riesgo para la salud pública (9.2.a). Este mismo precepto se remite a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, *de medidas especiales en materia de salud pública*, donde en su artículo segundo regula que *“Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.* Por tanto, el consentimiento del paciente no será necesario si: se producen situaciones sanitarias urgentes y que se aprecien indicios de la existencia de un peligro sanitario para la población.
- 2) Cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones y no existan familiares o personas allegadas a él o estos se negasen a prestarlo, de forma que

⁸⁶ SANCHO GARGALLO. *Tratamiento Legal y Jurisprudencial del consentimiento Informado*. Op cit. Pág. 16.

ocasionen un riesgo grave para la salud del paciente y siempre que se deje constancia por escrito en la historia clínica del paciente.

- 3) Ante una situación de urgencia que no permita demoras por existir el riesgo de lesiones irreversibles o de fallecimiento y la alteración del juicio del paciente no permita obtener su consentimiento. En este caso, estamos ante un supuesto típico que se produce en las urgencias de un hospital en las que como consecuencia de un accidente o una agravación brusca de la enfermedad, entra el paciente sin conciencia suficiente para comprender lo que le ocurre y decidir la intervención médica. Y como consecuencia también de esa urgencia, es imposible recabar un consentimiento por representación.

Sobre este tema ARUEGO RODRÍGUEZ opina, que la previsión normativa de los supuestos de «urgencia vital» constituiría una suerte de cláusula de cierre a cuyo través el legislador afronta el hecho de que, en ocasiones y atendidas las circunstancias fácticas y personales concurrentes, es preciso acometer intervenciones en la salud para evitar daños a la integridad o incluso la pérdida de la vida, sin que el individuo afectado tenga la posibilidad de expresar su conformidad o disconformidad. Nótese que, pese a la confusión a que en ocasiones induce la terminología utilizada, en estos supuestos queda excluida por definición la posibilidad de obtener el consentimiento informado del paciente, que, como se sabe, es un proceso que comprende diversos momentos y que posee sus propios tempos⁸⁷.

SEIJAS VILLADANGOS señala, que en estos supuestos, se pueden llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada, pero tan pronto como se haya superado la situación de urgencia, deberá informarse al paciente, sin perjuicio de que mientras tanto se informe a sus familiares y allegados⁸⁸.

⁸⁷ ARUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de "urgencia vital". *Revista española de derecho constitucional*. 2008, Nº 82 Págs. 73-74.

⁸⁸SEIJAS VILLADANGOS. Los derechos del paciente. Op.cit Pág. 41.

CAPÍTULO V.- DERECHO A RECHAZAR EL TRATAMIENTO MÉDICO.

1.- CONCEPTUALIZACIÓN.

En los últimos años, las relaciones médico-asistenciales han sufrido grandes transformaciones, basadas en el reconocimiento y respeto a los derechos del paciente; unos derechos que, entre otros, delimitarían un espacio de autonomía o libre decisión en el ámbito sanitario. La autonomía del paciente, es uno de los principios básicos informadores de la vigente normativa sanitaria; principio que, entre otros, se plasma en la necesidad de obtener su consentimiento libre e informado con carácter previo a toda actuación en el ámbito de salud. El derecho a decidir sobre la propia salud, como habíamos comentado anteriormente, no solo engloba el derecho a decidir sobre las alternativas clínicas existentes sino también a negarse a recibir un determinado tratamiento.

En este espacio de autodeterminación consciente y libre, donde se mueve el derecho a negarse a recibir un tratamiento médico, trae consigo numerosos interrogantes y tensiones, debido a la relación que guarda con ciertos derechos fundamentales, como son el de la vida y la integridad física y moral, la libertad religiosa e ideológica y el derecho a la intimidad.

En este epígrafe, queremos examinar algunas de las manifestaciones de este espacio de autodeterminación del paciente, en concreto, el rechazo a un tratamiento médico; con la finalidad, a raíz del intenso debate social y doctrinal generado por algunos recientes supuestos de hecho, de responder a la pregunta de si con arreglo al ordenamiento jurídico español, el paciente adulto y capaz, puede rechazar o solicitar un tratamiento médico de soporte vital. Se trata, sin embargo, de un derecho al que la jurisprudencia constitucional española no ha dado una respuesta clara, pues el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado de forma definitiva sobre la posibilidad de que una persona se oponga a ser tratada medicamente con independencia de las consecuencias que de ello puedan derivarse para su propia salud o incluso para su vida.

2.- RÉGIMEN JURÍDICO

Este derecho de negarse a recibir un tratamiento médico viene regulado en el apartado cuarto del artículo dos de la Ley 41/2002, *“Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito”*. En estos casos de negación, el médico responsable deberá informarle de la existencia de otros tratamientos alternativos y si estos están disponibles.

Tal y como regula el artículo 21 de la Ley 41/2002, de no existir procedimientos alternativos disponibles o de rechazarse todos ellos se propondrá al paciente la firma de la hoja del alta voluntaria, tal hoja define SEIJAS VILLADANGOS, como el documento por el que el paciente, o responsable legal del mismo, deja constancia de su decisión en contra de la opiniones de los médicos que le atienden, de abandonar el centro sanitario donde permanece ingresado, asumiendo las consecuencias que de tal decisión pudieran derivarse⁸⁹. Si el paciente se opone a la correspondiente firma se prevé el alta forzosa, *“la dirección del centro, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley”*. Sin embargo, en caso de que el centro pueda prestar tratamientos alternativos, aunque sean de carácter paliativo, aceptados por el paciente, no se producirá el alta forzosa. Si sigue persistiendo la negativa del paciente, tras oír a este, se pondrá en conocimiento del órgano judicial competente quien decidirá sobre la situación de alta forzosa del paciente.

Por tanto la voluntad del paciente, a elegir, rechazar o abandonar un determinado tratamiento propuesto por el médico, debe ser igualmente respetada, incluso cuando el inicio del tratamiento pudiera ser decisivo para evitar un mal mayor o incluso la muerte. De esta forma, el médico no tiene la obligación, ni puede lícitamente seguir tratando a un paciente en contra de su voluntad.

3.- LIMITES AL RECHAZO DE UN TRATAMIENTO MÉDICO.

Cuando un paciente decide rechazar un tratamiento médico, en ejercicio de su derecho a decidir sobre su propia salud, el médico no se encuentra legitimado para inferir en esa decisión tan personal del paciente que ha adoptado de una forma válida, desligando al

⁸⁹ SEIJAS VILLADANGOS. *Los derechos del paciente*. Op.cit Pág. 47

médico de los deberes y obligaciones de salvaguardar respecto al bien jurídico reconocido en el artículo 15 de la Constitución.

Ahora bien, la legislación sanitaria impone unos límites al paciente sobre su derecho a negarse a recibir un tratamiento médico, concretamente, en los que se exceptúa el principio general de autonomía del paciente y que son aquellos que afectan a la salud pública y los casos de urgencia vital

Así, el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, excepciona el derecho a negarse al tratamiento, regulando que el personal sanitario *“podrá llevar acabo la intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento”* en dos supuestos. En primer lugar cuando exista riesgo para la salud publica *“a casusa de razones establecidas por la Ley”*. En segundo lugar *“cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización”*, supuesto en el que el legislador establece que, si las circunstancias lo permiten, se consultará *“a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”*⁹⁰.

Vemos por tanto que el derecho a rechazar un tratamiento médico, como todo derecho no es absoluto y tiene sus límites, y que en determinados supuestos el paciente va a recibir el tratamiento aun cuando él se niegue. Sin embargo, podemos apreciar que estos límites que establece la legislación sanitaria pueden suponer una restricción, al derecho fundamental a la integridad física y moral, pero el Tribunal Constitucional, ha considerado estas actuaciones como legítimas en cuanto a que satisfacen una serie de requerimientos formales encaminados a preservar otro bien jurídico, con protección constitucional, como es la vida humana⁹¹.

Así el Tribunal Constitucional en la sentencia 120/1990 dice que, el derecho a la vida es un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de

⁹⁰ Por su parte, el artículo 8 del Convenio de Oviedo prevé que, cuando *“debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada”*

⁹¹ El artículo 26 del Convenio de Oviedo prevé, como regla general, que los derechos que consagra no admitirán más restricciones *“que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas”*.

libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho⁹².

En esta línea, ARUEGO RODRÍGUEZ destaca, que la licitud de la asistencia sanitaria no consentida se situaría, así, en el contexto del significado y naturaleza atribuido por el juez de la Constitución al derecho fundamental a la vida: una vez caracterizado como expresión de un valor superior del ordenamiento jurídico y delimitado en términos estrictamente negativos, se legitima la imposición del tratamiento médico en aras de su preservación. Esta conclusión, además, sería coherente con la afirmación de que el reconocimiento de un derecho a la propia muerte contravendría el contenido esencial del derecho fundamental a la vida⁹³. Es decir, que la imposición de un tratamiento médico al paciente, aun cuando este se ha negado a recibirlo, no será ilícito y será constitucionalmente válido, por estar encaminado a preservar otro bien jurídico protegido, que es, la vida humana.

4.- DELIMITACIÓN SUBJETIVA.

4.1.- Rechazo del Tratamiento médico por parte de personas ancianas.

En los últimos años en nuestro país el de un avance económico, tecnológico y sobre todo en los distintos campos de la medicina, han hecho que se aumente considerablemente la esperanza de vida de las personas, hasta tal punto de que venimos considerando que una persona “anciana” o “de la tercera edad” es aquella que tiene 65

⁹² S.T.S 120/1990, de 27 de Junio. FJ N°7.

⁹³ ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español. *Revista para el Análisis del Derecho*.2009, N° 8. Pág. 19

años o más, un límite que era inimaginable hace unos años. Esta mayor longevidad de las personas, lleva asociadas de que sufran unas patologías más crónicas, tanto físicas como mentales; esto puede suponer inconvenientes desde un punto de vista terapéutico, pero también a la hora de que estas personas tengan que tomar decisiones de importancia, pues puede que la edad avanzada reduzca la capacidad mental de la persona. Llevado al campo sanitario recordamos, que para poder decidir sobre la propia salud es necesario tener capacidad natural, es decir estar capacitado psicológicamente y mentalmente para que el paciente rechace un tratamiento que está claramente indicado en su caso y no consiga argumentar los motivos con claridad, o se base en ideas y presupuestos excesivamente irracionales.

Vamos a exponer un caso clínico, de una de las situaciones que se producen día a día en los hospitales. “Un varón de 79 años que ingresó en el Servicio de Urología de forma programada para someterse a una cirugía de próstata. Al ingreso, se detectó una bradicardia asintomática, por lo que se suspendió la cirugía hasta su valoración por el Servicio de Cardiología. A partir de ese momento, el paciente comenzó a presentar una actitud de negativa frente a la toma de la medicación. Por dicho motivo se solicitó una valoración psiquiátrica. Los motivos que daba el paciente para tomar tal decisión eran: ‘ya soy demasiado mayor’ y ‘los fármacos no son necesarios y no me van a ayudar en nada’. A pesar de explicarle en varias ocasiones la necesidad de un tratamiento y las implicaciones y consecuencias de no tomarlo, el paciente se reafirmaba en su situación. Es de destacar que el paciente no mostraba rechazo a la realización de pruebas complementarias e intervenciones, tanto del Servicio de Psiquiatría como del de Cardiología, pero no se pudo conseguir la aceptación para la toma de medicación. Debido a ello, y al bajo riesgo vital en el momento de la hospitalización, se decidió finalmente el aplazamiento temporal de la cirugía prostática y se recomendó, tras el alta hospitalaria, el seguimiento ambulatorio por parte de los Servicios de Psiquiatría o Geriátrica del deterioro cognitivo frontotemporal”⁹⁴.

⁹⁴ DR. NEGRIN BARRANCO DE LA BALLENA. *Negativa a recibir tratamiento: una situación difícil que requiere una valoración multidimensional*. Dra. Luz Marina Guerra Cazorla. Hospital Universitario de Gran Canaria. Viguera Editores SL, 2010. [en línea]
www.viguera.com/sepg/pdf/revista/0201/0201_0053_0056.pdf

La relación de los médicos con las personas de la tercera edad poseen el mismo carácter legal de los demás pacientes, siéndoles de aplicación todos los derechos y obligaciones regulados en la Ley 41/2002. De esta forma el artículo 5.2 de la Ley 41/2002, indica que “el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”.

En los casos donde el paciente presente sus capacidades mentales mermadas la solución es simple, pues la decisión estará basada en las normas del consentimiento por representación; el problema se dificulta como el caso anteriormente expuesto, donde el paciente presenta una dependencia de carácter funcional no severa, pero mantiene un nivel cognitivo calificado como válido desde el punto de vista médico y legal, pero la normativa sanitaria les trata de igual manera que a los demás usuarios del sistema, incluso con una mayor protección, visto desde una perspectiva médica. Así el Código deontológico en su artículo 13 dispone que, *“cuando el médico trate a pacientes incapacitados legalmente o que no estén en condiciones de comprender la información, decidir o dar un consentimiento válido, deberá informar a su representante legal o a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho”, “el médico deberá ser especialmente cuidadoso para que estos pacientes participen en el proceso asistencial en la medida que su capacidad se lo permita”*.

4.2.- Rechazo de un tratamiento médico por parte de un menor.

Como ya expusimos anteriormente, el menor de edad tiene capacidad suficiente para decidir sobre su propia salud. Recordamos que la edad no puede suponer, por sí misma una restricción de derechos, pues el menor de edad tiene derechos que no deben ser limitados por la mera circunstancia de su minoría de edad y esto es una cuestión que los facultativos sanitarios tienen que tener en cuenta.

La Ley 41/2002, entiende que a partir de los 16 años el menor de edad tiene capacidad para prestar por sí mismo el consentimiento a una intervención médica, pero antes de esa edad permite que el menor pueda prestar su consentimiento si «es capaz intelectual

y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención»⁹⁵, es decir, recurre a las condiciones de madurez del menor. Aunque la Ley no regula con total especificidad la mayoría de edad sanitaria, sí se deduce la misma, según lo dispuesto en el artículo 9.3. Apartado C de dicha Ley.

A tenor de lo expuesto, nos podemos plantear una pregunta ¿tiene un menor de edad el derecho de rechazar un tratamiento médico vital? Pues bien, en el supuesto de los menores inmaduros no plantea dudas, pues la decisión de rechazar el tratamiento, la tendrán sus progenitores. Los problemas surgen cuando el que rechaza ese tratamiento es un menor de edad maduro.

Si el menor de edad tiene menos de 16 años, habrá que evaluar si este está intelectualmente y emocionalmente capacitado para tomar una decisión tan importante como es la de rechazar un tratamiento, madurez que será evaluada por el médico. Sin embargo algunos autores como OJEDA RIVERO, considera muy difícil evaluar y determinar la madurez de estos menores, señalando que los test de los que disponemos actualmente no nos permiten realizar esta labor. Los últimos estudios recientes han demostrado que los adolescentes no han completado su desarrollo cerebral, desmintiendo así la creencia que se tenía hasta no hace mucho de que la arquitectura cerebral estaba definida al llegar a la pubertad, su impulsividad y su búsqueda de sensaciones intensas a corto plazo serían, según estos estudios, rasgos de su conducta solo aparentes, provocados en el fondo por su incapacidad para apreciar la verdadera trascendencia de sus elecciones⁹⁶. Sin duda, los adolescentes son también muy sensibles a las consecuencias sociales de sus decisiones y evitan las acciones que les podrían causar perjuicios en el ámbito social, rasgos de su personalidad que limitan de manera significativa su autonomía.

⁹⁵ Igualmente la propia Convención de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y que en vigor el 2 de septiembre de 1990 es considerado como el primer instrumento internacional que reconoce a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos. Así establece en el artículo 12. 1. “*Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*”.

⁹⁶ OJEDA RIVERO, Rafael. El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo. *Revista para el Análisis del Derecho*. 2015, N°3. Pag.12-13

Pero consideramos, que esta opinión es infundada, pues la relativa inmadurez de los adolescentes no nos autoriza a imponerles nuestras convicciones morales, ni convierte en irrelevantes sus decisiones. Por tanto opinamos, que si un menor de 16 años demuestra un grado de madurez, aun siendo difícil de determinarla, habrá que respetar su decisión, de otro modo se estaría violando su derecho de autodeterminación sanitaria.

El problema de evaluar la madurez, parece que desaparece si este tiene más de 16 años, momento a partir del cual la Ley establece que “no cabe el consentimiento por representación”. No obstante, en caso de grave riesgo los padres deben ser informados y su opinión tenida en cuenta en la decisión sobre el tratamiento (Art.9.3.C). Parece justificado, en consecuencia, que cuando su vida esté en juego la ley exija el concurso de terceras personas en la decisión sobre su tratamiento, o bien retrase la plena competencia hasta la mayoría de edad.

4.3.- Rechazo de un tratamiento médico por parte de un adulto capaz.

Una vez analizado de si los menores tienen el derecho a rechazar un tratamiento médico, cabe ahora analizar, los supuestos más generales que se producen con respecto a este derecho, que son, los de si una persona adulta, capaz y en una decisión libre y personal, puede rechazar un tratamiento médico aun cuando dicha decisión afecte inevitablemente su muerte. Cabe señalar, que con respecto a estos sujetos hay un silencio del Tribunal Constitucional, lo que hace más difícil analizar el alcance constitucional de estas situaciones.

Para analizar esta cuestión, plantearemos un supuesto que fue resuelto por el Consejo Consultivo de Andalucía, el caso fue el siguiente:

“El 21 de noviembre de 2006, la paciente doña Inmaculada Echevarría Ramírez solicitó mediante escrito dirigido al equipo médico responsable de su atención, y a la Consejería de Salud, la suspensión del tratamiento con ventilación mecánica que venía recibiendo en los últimos 10 años en el Hospital San Rafael de Granada, por parte de la Unidad de Ventilación Mecánica Domiciliaria del Hospital Universitario San Cecilio de Granada, suspensión que conducirá, con casi total probabilidad, al fallecimiento de la paciente, a causa de la avanzada enfermedad muscular irreversible que padece. El Consejo

Consultivo de Andalucía, a fecha de 27 de febrero de 2007 dictamino ajustada a derecho la petición de la paciente, la que falleció finalmente el 14 de marzo de 2007”⁹⁷.

La cuestión que se planteó dicho consejo fue, si el derecho a rechazar el tratamiento y el respeto a la autonomía del paciente pueden verse limitados o excepcionados en este caso por una posible colisión con otros elementos de nuestro ordenamiento jurídico⁹⁸.

Como señala la normativa sanitaria vigente que, tal y como se ha mostrado, exige como regla general que toda intervención en el ámbito de la salud se realice con el consentimiento de la persona afectada y otorga al paciente los derechos a rechazar un tratamiento médico y a retirar en cualquier momento el consentimiento previamente otorgado. Así, tal y como se indicó, existen básicamente dos situaciones en las que es legítimo intervenir en el ámbito de la salud de la persona sin necesidad de contar con su consentimiento. En primer lugar, cuando existe un riesgo para la salud pública (artículos 9.2 a) de la Ley 41/2002) En segundo lugar, “Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización” (artículo 9.2 b) de la Ley 41/2002). Pero en el caso de Inmaculada, no planeaba ningún problema de salud pública y se trataba de una decisión personal de una persona capaz, la duda era si resultaba aplicable la segunda excepción; es decir si este caso, estábamos ante un supuesto de urgencia vital.

En esta línea, ARUEGO RODRÍGUEZ indica, que la clave para una interpretación constitucionalmente adecuada de los supuestos de urgencia vital, radica en determinar si el sistema constitucional de derechos fundamentales tolera la imposición de una asistencia médica en contra de la voluntad del sujeto cuando no están en juego derechos o bienes constitucionales. Señalando el autor, que toda restricción de los derechos fundamentales del individuo cuya justificación radicara en la preservación de sus propios derechos e intereses estaría constitucionalmente proscrita; en otras palabras, cuando su conducta no comprometiera otros bienes o valores constitucionales ajenos a su esfera jurídica⁹⁹.

⁹⁷ Dictamen Consejo Consultivo de Andalucía, N° 90/2007, de 27 de febrero: Antecedentes.

⁹⁸ Dictamen Consejo Consultivo de Andalucía, N° 90/2007, de 27 de febrero: FJ N°1. Pág. 2

⁹⁹ ARUEGO RODRÍGUEZ. *La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y de los denominados supuestos de “urgencia vital”*. Op.cit Pág. 22

Por tanto a tenor de lo expuesto, consideramos que la excepción de la urgencia vital no se cumple, pues la decisión de D^a Inmaculada de negarse a recibir el tratamiento, no afectaba a bienes jurídicos ajenos. Y que por tanto, el derecho a decidir Inmaculada sobre su salud, no podrá ser objeto de otras restricciones, que las que, previstas por Ley constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas¹⁰⁰.

Así, el Consejo Consultivo, determina, que en base a la regulación sanitaria, han concebido el principio de autonomía de la voluntad del paciente en unos términos tan amplios que no dejan lugar a dudas sobre la posibilidad de que la falta de consentimiento para una determinada intervención o asistencia, la revocación del mismo o el rechazo de un determinado tratamiento sean decisiones lícitas, aun cuando puedan acarrear situaciones que comprometan gravemente la salud del paciente y lleven incluso a la muerte¹⁰¹. El Consejo considera, que las normas jurídicas analizadas permiten que cualquier paciente que padezca una enfermedad irreversible y mortal pueda tomar una decisión como la que ha adoptado D^a Inmaculada¹⁰².

En estas circunstancias, el Consejo entiende que se trata de una petición amparada por el derecho a rehusar el tratamiento y su derecho a vivir dignamente, sin estar exceptuada por ninguna de las previsiones legales específicamente examinadas¹⁰³.

En definitiva, la idea capital subyacente a tal regulación normativa es que las prestaciones sanitarias no se pueden imponer contra la voluntad del paciente consciente y libre que las rechaza, aunque se trate de una situación de riesgo para la vida.

¹⁰⁰ Artículo 26 del Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina, de 4 de abril de 1997.

¹⁰¹ Dictamen Consejo Consultivo de Andalucía de 27 de febrero N° 90/2007: FJ N°1. Pág. 48

¹⁰² *Ibíd.* Pág. 49.

¹⁰³ *Ibíd.* Pág. 50

CONCLUSIONES

Primera.- A mediados del siglo XX, finalizada la Segunda Guerra Mundial, se comienzan a crear instrumentos jurídicos internacionales para proteger la salud; a la cabeza la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, donde se consagra el derecho a la salud y a la asistencia médica. Con la instauración del Estado social y democrático de derecho, son muchas constituciones las que reconocen entre los derechos sociales este derecho a la salud. En cambio, otras constituciones no regulan específicamente este derecho, sino que lo hacen dentro del marco de la seguridad social, estableciendo así una separación entre formulación y tratamiento del derecho a la salud.

Segunda.- Aunque a lo largo de la Constitución española de 1978 se alude a la salud como en el derecho a la vida o a la integridad física es, específicamente, en el artículo 43 donde se reguló; la tramitación constituyente de este artículo fue ciertamente pacífica, pues apenas sufrió cambios desde la primera redacción del Anteproyecto hasta la versión definitiva que sería aprobada por la Comisión Constitucional del Senado, reconociendo el derecho a la protección a la salud. Queremos señalar, que el consenso que hubo para la aprobación del artículo 43 fue en gran medida por la indeterminación y ambigüedad que presentaba su redacción.

Tercera.- La ubicación que se otorgó al artículo 43 en nuestra Carta Magna fue dentro del Capítulo III del Título I, bajo la rúbrica “Principios rectores de la política social y económica”. Ciertamente es, que esta específica ubicación ha traído debates doctrinales en si los derechos regulados en el Capítulo III del Título I, recogen derechos fundamentales. A partir del estudio elaborado, entendemos, que es el artículo 53 el que establece el diferenciado sistema de garantías de los derechos contenidos en este título; así de la literalidad del artículo 53, interpretamos que el Capítulo III no reconoce derechos subjetivos en sentido estricto, sino meros mandatos al legislador. Manifestamos pues, que el artículo 43 funciona como una garantía institucional, que a diferencia de lo que pasa con los derechos fundamentales donde los titulares son los individuos, en la garantía institucional el titular es la institución. De esta forma los poderes públicos habilitarán las medidas preventivas y los servicios necesarios para hacer efectiva la protección a la salud.

Cuarta.- El derecho reconocido por artículo 43 CE, encuentra su desarrollo legislativo de forma específica en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, norma básica en el sentido previsto por el artículo 149.1.16 de la Constitución. Manifestamos que tal y como dispone esta Ley, la titularidad del derecho a la salud, corresponde a todos los españoles y a todos los ciudadanos extranjeros que tuvieran establecida su residencia en territorio nacional; para los no residentes, o españoles fuera del territorio se aplicará lo establecido por la leyes o convenios internacionales. Sin embargo, a causa de la crisis económica que ha sufrido nuestro país en los últimos años, se aprueba el Real Decreto-ley 16/2012, que modificó la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en orden a restringir el acceso a la prestación sanitaria.

Quinta.- El Estado social, como hemos manifestado, tiene una relación directa con la protección de la salud y la asistencia sanitaria; atención integral dentro de un modelo de descentralización política. En este sistema compete al Estado las bases y la coordinación general de la sanidad, la sanidad exterior y las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales y la legislación de los productos farmacéuticos. Por su parte, las Comunidades Autónomas a través de sus estatutos de autonomía, han asumido competencias en materia sanitaria. Así, tal y como se desprende de la Ley 16/2003, entre los retos del actual Sistema Nacional de Salud está el de compatibilizar la igualdad básica de las personas como pacientes dentro de un mapa de descentralización en la gestión sanitaria, propio del modelo autonómico.

Sexta.- El del mandato constitucional regulado en el artículo 43, se ha visto plasmado un elenco de derechos y deberes de los pacientes con respecto a los poderes públicos, desarrollados por la Ley General de Sanidad, y ampliados por la Ley 41/2002. Esta normativa se extiende a todos los centros, servicios o establecimientos ya sean públicos o privados.

Séptima.- Todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios están obligados a proporcionar a los pacientes toda la información necesaria, veraz y completa sobre las atenciones sanitarias prestadas. Pues la necesidad de informar al paciente, es entendida como una fase previa al ejercicio del derecho a decidir sobre su propia salud. Como alternativa al derecho a la información, está el derecho del paciente a no ser informado, aunque esta decisión no afectará a la obligación de recabar el consentimiento previo de una intervención sanitaria.

Octava.- La privacidad de los pacientes debe ser protegida por la administración sanitaria, para evitar que determinados datos personales sean conocidos o modificados por terceros sin consentimiento de su titular. Una tarea que se ha visto en peligro con la aparición de las nuevas tecnologías, pues los novedosos cauces de la información, hacen de esta más accesible y elevan las posibilidades de que los datos de los pacientes se pierdan o se sustraigan con mayor facilidad.

Novena.- El derecho constitucional a la salud se configura de una forma directa como un derecho de libertad, otorgando al paciente la capacidad para decidir sobre su propia salud, permitiéndole adoptar aquellas decisiones de acuerdo a sus creencias, ideas y opiniones. El derecho a decidir sobre la propia salud, alcanza su máxima expresión a través del consentimiento informado con el principal objetivo de que el paciente asuma un conjunto de riesgos y consecuencias asociadas a una intervención médica; un instrumento jurídico por el que de una forma expresa, presunta o implícitamente un paciente libre y voluntariamente consiente una actuación que va afectar a su salud. En principio, toda persona capaz, emotiva e intelectualmente estable puede otorgar un consentimiento previo a una intervención médica, pues en el caso contrario la decisión la tomará quien mantenga una relación de parentesco o de hecho con el paciente incapacitado. La situación se complica en el caso un menor de edad y de si puede decidir sobre su propia salud; nuestro Tribunal Constitucional en diversas sentencias como la 154/2002, deja claro que la capacidad de decisión no va relacionada con la edad, sino que habrá que atender a la madurez y a los rasgos intelectuales y emocionales del menor, pues si este los presenta no parece haber ningún motivo justificable para negar al menor tan importante decisión.

Décima.- El derecho a decidir sobre la propia salud no solo engloba decidir sobre las alternativas clínicas existentes sino también negarse a recibir un tratamiento médico. El problema que plantea esta negación es que si con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico un adulto capaz puede rechazar un tratamiento vital para su salud. Sobre este asunto hay un silencio de nuestro Tribunal Constitucional. Pero entendemos al igual que la doctrina, que la decisión de un paciente consciente y libre de rechazar un tratamiento vital es perfectamente constitucional y lícita. Siempre cuando no se cumplan los límites establecidos por la Ley, pues de otra forma se estaría atacando a su derecho de libertad de decisión y al derecho de vivir dignamente.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA:

ABERASTURI GORRIÑO, Unai. *La protección de datos en la sanidad*. Navarra: Aranzadi, 2013.

ACEDO PENCO, Ángel. *Derecho al honor y libertad de expresión, asociaciones, familia y herencias: cuestiones jurídicas actuales*. Madrid: Dykinson, 2007.

ARRUEGO RODRÍGEZ, Gonzalo. El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español. *Revista para el Análisis del Derecho*. 2009, N° 82.

ARUEGO RODRÍGEZ, Gonzalo. La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de "urgencia vital". *Revista española de derecho constitucional*. 2008, N° 82.

ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel. *Patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos, 2006.

BANDO CASADO, Honorio Carlos. Evolución histórica de la protección de la salud en España: desde 1812 hasta la Ley General de Sanidad de 1896. *Estudios sobre consumo*. 1986, N°8. Madrid.

BASILE, Silvio. *Los "valores superiores", los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*. Madrid: Civitas, 1981.

BORRAJO DACRUZ, EFREN. *Comentario al artículo 43 de la Constitución. Comentarios a las leyes políticas, tomo IV*. Madrid: Edersa, 1983.

De Lorenzo y Montero, Ricardo. Las desigualdades sanitarias. *Redacción de Medicina*. 2009, Numero 1070.

DEL REY GUANTER, Salvador. *El Derecho a la Protección a la salud: Notas sobre su entramado constitucional*. Barcelona: Universidad PonpeuFabra, 1998.

GÓMEZ ABEJA, Laura. *El derecho a rechazar el tratamiento médico: análisis de los antecedentes desde una perspectiva constitucional*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2014.

JIMENEZ DE PARGA Y CABRERA, Manuel. *El derecho Constitucional a la Protección de la Salud*. Conferencia - Universidad Rey Juan Carlos, Madrid: Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid, 2004.

LEAL ADORNA, María del Mar. ¿Derecho a la vida o libertad religiosa? *Revista internauta de práctica jurídica*. 2003, Nº 12.

LEÓN ALONSO, Marta. *La protección constitucional de la salud*. 1ª edición. Madrid: La Ley, 2012.

MENDEZ MATO, Juan Carlos. Diversidad religiosa y cultural y bioderecho. *La protección de la salud en tiempos de crisis*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

MONEREO PÉREZ, JL. *La Europa de los derechos: Estudio sistemático de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*. 1ª edición. Madrid: Comares, 2012.

OJEDA RIVERO, Rafael. El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo. *Revista para el Análisis del Derecho*. 2015, Nº3.

ROMEO MALANDA, Sergio. Leyes autonómicas en materia de derechos de los pacientes. *Bioética & debat: Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*. 2006, Nº44.

SANCHO GARGALLO, Ignacio. Tratamiento Legal y Jurisprudencial del consentimiento Informado. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, abril de 2004, Nº2.

SEIJAS VILLADANGOS, Mª Esther. Derechos de los Pacientes, Derechos con Fundamento: fundamento constitucional. VVAA. *En Homenaje al Profesor Antonio Torres del Moral*. Madrid: UNED, 2012.

SEIJAS VILLADANGOS, Mª Esther. *Los derechos del paciente*. Madrid, Boletín oficial del Estado, 2006.

SUÁREZ RUBIO, Soledad Mª. *Constitución y privacidad sanitaria*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.

TARODO SORIA, Salvador. *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2005

LEGISLACIÓN:

INTERNACIONAL:

Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de la O.N.U. el 10 de diciembre de 1948.

Constitución Portuguesa de 1975.

Constitución Venezolana de 1999.

EUROPEA:

Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina, de 4 de abril de 1997.

Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

ESTATAL:

Constitución Española de 1978.

Ley 14/1986, de 25 de abril, Ley General de Sanidad.

R.D 1575/1993, 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en el INSALUD.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica..

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad.

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

AUTONÓMICA:

Ley 1/993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario, de Castilla y León.

Ley 4/ 1994, de 26 de julio, de Salud, de la Región de Murcia.

Ley 11/ 1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria en la Islas Canarias.

Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud de Extremadura.

Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud, de Aragón.

Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, de la Rioja.

Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario, de la Región de Murcia.

Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre los derechos y deberes en materia de salud, de Castilla La Mancha.

Ley Orgánica 6/2015, de 13 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/ 1980, de financiación de las Comunidades Autónomas y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad financiera.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional, sentencia número 120/1990 de Tribunal Constitucional, de 27 de Junio.

Tribunal Constitucional, sentencia número 36/1991, de 14 de febrero.

Tribunal Constitucional, sentencia número 142/1993, de 22 de abril.

Tribunal Supremo (sala de lo Civil), sentencia número 3/2001, de 12 de enero.

Tribunal Constitucional, sentencia número 37/2001, de 28 de mayo.

Tribunal Superior de Justicia de Navarra, sentencia número 22/2001, de 27 octubre.

Tribunal Constitucional, sentencia número 154/2002, de 18 de julio de 2002.

Tribunal Constitucional, sentencia número 6/2015, de 22 de enero de 2015.

OTRAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ DE MIRANDA Y TORRES, Fernando. Los derechos de los ciudadanos. II Congreso Nacional de Derecho sanitario: Sistema Nacional de Salud. Asociación Española de Derecho Sanitario, 2004. *[En línea]* www.aeds.org/congreso2_04php

COMISIÓN DE BIOÉTICA DE CASTILLA Y LEÓN. Guía de intimidad, confidencialidad y protección de datos de carácter personal. 2010. *[En línea]* <http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/guia-intimidad-confidencialidad-proteccion-datos-caracter-p>

Dictamen Consejo Consultivo de Andalucía, N° 90/2007, de 27 de febrero.

DR. NEGRIN BARRANCO DE LA BALLENA. Negativa a recibir tratamiento: una situación difícil que requiere una valoración multidimensional. Dra. Luz Marina Guerra Cazorla. Hospital Universitario de Gran Canaria. Viguera Editores SL, 2010. *[En línea]* www.viguera.com/sepg/pdf/revista/0201/0201_0053_0056.pdf.

ESCOBAR ROCA, Guillermo. Algunos problemas del Derecho a la Salud, a la luz de la teoría general de los Derechos Fundamentales, Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España

coordinado por José Luis Cascajo Castro, Manuel José Terol Becerra, Antonio Domínguez Vila, Vicente J. Navarro Marchante, 2012.

GUERRERO ZAPLANA, José. Diez años de la Ley 41/2002. [*En línea*]
<http://publico.blogs.lexnova.es/2012/11/14/diez-años-de-la-ley-412002/>.

VVAA. Informe Desarrollo Autonómico, Competitividad y Cohesión Social en el Sistema Sanitario. Consejo Económico y Social. Madrid. 2010.