

1. Tribuna Jurídica.
 2. Novedades Normativas.
 3. Reseña de Sentencias.
 4. Consultorio Jurídico.
-

Iniciamos en este número una nueva sección, Medicina y Derecho, en la que pretendemos abordar cuestiones de interés para el médico en el campo del Derecho, y dar respuesta jurídica documentada a cuestiones profesionales de gran actualidad.

Esta Sección constará de cuatro apartados. En el primero, Tribuna Jurídica, se abordarán temas generales de interés para el médico desde la perspectiva jurídica. En el segundo, Novedades Normativas, se dará cuenta de las normas jurídicas aparecidas en el trimestre previo, tanto a nivel estatal como de las Comunidades Autónomas. En el tercero, Reseña de Sentencias, se informará de sentencias dictadas por los distintos tribunales competentes en el campo de interés de los pediatras. Por último, el apartado Consultorio Jurídico, donde se dará respuesta técnica documentada a las cuestiones profesionales de actualidad que los lectores tengan a bien plantear.

La Sección Medicina y Derecho será elaborada por Abdón Pedrajas Moreno, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid y abogado con gran experiencia jurídica y docente, que, junto con sus colaboradores, ha acogido con gran interés esta tarea para los lectores de nuestra Revista.

Los lectores interesados pueden enviar sus comentarios, propuestas y consultas a la dirección postal o electrónica de la Revista. Agradeceremos todas las aportaciones que nuestros lectores puedan hacernos llegar.

El Equipo Editorial

1. Tribuna Jurídica

El consentimiento informado y los menores de edad (I)

1.- El marco normativo general

1.-En materia sanitaria, un importante dispositivo, posibilitador del completo desarrollo de la personalidad, lo constituye el derecho del afectado a recibir información sobre los aspectos relevantes de la enfermedad o la salud, en tanto que así se posibilita la autodisposición sobre el propio cuerpo, como una manifestación irrenunciable de la libertad personal. Quien está informado, y solo él, está en condiciones de decidir, de consentir, sobre los aspectos que atañen a su salud o a su cuerpo. En tanto que tenga, además, derecho a ello, la información se convierte en premisa del consentimiento, sistetizándose la salvaguarda de estas prerrogativas en la for-

mulación de lo que se denomina *consentimiento informado*.

2.- Desde la perspectiva jurídica, nos encontramos ante una exigencia del derecho a la salud que, a su vez, es una manifestación de los derechos de la personalidad y de su desarrollo en libertad.

Atendiendo a la **Constitución Española de 1978** (en adelante, CE) la libertad constituye un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), vieniendo los poderes públicos obligados a velar por su efectividad (art. 9.2 CE), apareciendo, además, el desarrollo de la personalidad como un fundamento de nuestro sistema (art. 10.1 CE). Y, dentro de dicho diseño constitucional básico, se encuadran dos concretas manifestaciones que posibilitan y dan sustento al derecho que es objeto de estas reflexiones –el derecho a un consentimiento informado–, a saber: el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE) y el derecho de salvaguardar la seguridad y salud de los consumidores, del que es consecuencia la obligación de los poderes públicos de promover su información y educación (art. 51 CE).

3.- Considerando la legislación ordinaria estatal, nos encontramos que para desarrollar lo que se deduce del diseño constitucional recién expuesto y, probablemente, como una exigencia del de-

ber de buena fe que debe presidir el ejercicio de todos los derechos (art. 7.1 del Código Civil), el legislador ha traducido aquellas previsiones, en diversos mandatos concretos, contenidos en distintas disposiciones, y entre los que cabe resaltar los siguientes:

a) Sin duda, la norma más significativa en materia de consentimiento informado es la **Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad** (en adelante, LGS) que, tras imponer a los poderes públicos el deber de informar a los usuarios de los servicios sanitarios de sus derechos y deberes (art. 9 LGS), concreta, específicamente, el derecho del individuo "*a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento*" (art. 10.5 LGS); pudiendo elegir "*entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención*" (art. 10.6 LGS), excepto en su puestos en que la no intervención suponga un riesgo para la salud pública, en que el interesado no esté capacitado para tomar decisiones, o en que, por la urgencia del caso, no permita demoras. Además, la propia Ley estable-

ce expresamente de derechos que deben ser cumplidos, también, por los servicios sanitarios privados (art. 10.15 LGS).

4.- Junto a esta formulación normativa básica, de la que se acaba de dar cuenta y a la que, en buena medida, habré de referirme fundamentalmente en los desarrollos subsiguientes, nuestra legislación postconstitucional contiene **otras diversas previsiones** que conectan directamente con la materia objeto de este comentario. Sin intención de exhaustividad, cabe dar cuenta, como más significativas, de las siguientes:

b) El art. 2.1.d) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece el derecho de éstos a una "*información correcta sobre los diferentes ... servicios*", que les afecten.

c) Los artículos 4 y 6 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Organos, que establecen específicos derechos de información, respectivamente, a favor del donante y del receptor. En desarrollo de dicha Ley, el reciente R.D. 2070/1999, de 30 de diciembre, ha establecido derechos de información adicional a favor de los donantes vivos (art. 9.1.c), en relación con la extracción de órganos de fallecidos (art. 10), y a favor del receptor (art. 15.2).

d) Los arts. 2.2 y 2.3 de la Ley 35/1989, de 22 de noviembre, sobre Reproducción Asistida Humana, que establece derechos de información y consentimiento de los usuarios o donantes, en relación con estas técnicas.

e) El art. 2.c) de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Organos, que regula la información de los donantes. Y el art. 4 de la misma Ley, que establece la obligatoria información y consentimiento de los receptores.

f) Los arts. 60 y 61 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, en relación con la información y consentimiento de los sujetos afectados por ensayos clínicos.

g) Además, con carácter más específico, conectado con el derecho a la información, cabría hacer referencia, entre otra diversa normativa que regula directa o indirectamente la materia objeto de este comentario, al art. 2.4 de la Ley 29/1980, de 21 de junio, de Autopsias Clínicas; el art. 7 del R.D. 1910/1984, de 26 de septiembre, del Ministerio de Sanidad y Consumo, de Receta Medica; o a la Resolución de 28 de abril de 1982, de la Subsecretaría de Sanidad, por la que se autoriza el autotratamiento de los enfermos hemofílicos.

5.- La normativa de las Comunidades Autónomas también ha contemplado expresamente este derecho. Así, por ejemplo, en el art. 5 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, de Navarra; en la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre Derechos de Información concernientes a la Salud y la Autonomía del Paciente y la Documentación Clínica, de Cataluña; o, finalmente, en la muy reciente Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los pacientes, de Galicia, de cuya promulgación se da cuenta en esta misma Sección.

6.- Por lo demás, se trata de un derecho que ha encontrado reconocimiento y protección internacional expresos. Así, entre otros textos internacionales, en el **Convenio de 4 de abril de 1997, para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina**, (hecho en Oviedo, el 4 de abril de 1997) ratificado por España mediante Instrumento de 23 de julio de 1999 y que entró en vigor en nuestro país el día 1 de enero de 2000 (conocido como Convenio de Oviedo).

Se trata de una Norma que, en principio, está llamada a tener trascendencia en muchos aspectos relativos a respeto y dignidad de los usuarios de los servicios

sanitarios y que, además, deberá influir en las normativas internas de los diversos países signatarios del Convenio, en la medida en que, como establece su art. 1, cada parte debe adoptar en su legislación las medidas necesarias para dar efectiva aplicación en lo dispuesto en el Convenio. En su fundamentación, atendiendo a su Preámbulo, se hace expresa mención a la *"necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad"*, estableciéndose, en lo que importa al presente trabajo, diversos preceptos (fundamentalmente, arts. 5, 6, 17 y 20), que afectan al tema del consentimiento informado.

El punto de partida en dicha materia, que se establece como regla general, es que, *"una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento"*. Y que para ello *"dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sus riesgos y consecuencias"*, pudiendo en cualquier momento, además, el afectado *"retirar libremente su consentimiento"*. (Art. 5).

Específicamente, en relación con el

tema de los menores, existe una previsión de interés que se expresa en los siguientes términos: "Cuando, según la Ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta solo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada pro la ley.- La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez".(Art. 6.2). Sobre el alcance de esta mención nos remitimos a los comentarios posteriores, en la parte final de este trabajo.

7.-Finalmente, cabe resaltar que se trata de una obligación, la de obtener un consentimiento informado del paciente, que trascendiendo de lo jurídico, se conecta con los deberes éticos de los profesionales médicos, como se deduce del contenido de los arts. 10 a 12 del Código de Etica y Deontología Médica, de 1999.

(Continuará en el próximo número)

Abdón Pedrajas Moreno

Catedrático de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Socio Director del Bufete Abdón Pedrajas

2. Novedades Normativas (DE 15-6-2001 A 15-9-2001)

A.- Normativa estatal Ministerio de Sanidad y Consumo

Reales Decretos

Real Decreto 815/2001, de 13 de julio, sobre justificación del uso de las radiaciones ionizantes para la protección radiológica de las personas con ocasión de exposiciones médicas (BOE 14-7-2001, núm. 168). Por medio de este Real Decreto se obliga a justificar todas las exposiciones a radiaciones ionizantes, teniendo en cuenta el beneficio neto que puedan proporcionar las mismas, con objeto de proteger la salud frente a los riesgos derivados de su uso inadecuado.

Real Decreto 866/2001, de 20 de julio, por el que se crean las categorías y modalidades de médicos de urgencia hospitalaria y de médicos de admisión y documentación clínica en el ámbito de las Instituciones Sanitarias del INSALUD (BOE 6-8-2001, núm. 187). Establece las funciones de ambas categorías médicas y otros aspectos como su jornada, retribución y sistema de selección.

Real Decreto 909/2001, de 27 de julio, por el que se establecen los crite-

rios higiénico-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis (BOE 28-7-2001, núm. 180). Establece medidas de prevención y control de la legionelosis, mediante la adopción de medidas higiénico-sanitarias en aquellas instalaciones que pueden transmitir la legionella.

Resoluciones

Resolución de 13 de junio de 2001, de la Dirección General del Instituto Nacional de la Salud, sobre revisión de precios a aplicar por los centros sanitarios a las asistencias prestadas, en los supuestos cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago o a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (BOE 28-6-2001, núm. 154).

Resolución de 2 de julio de 2001, de la Dirección General del Instituto Nacional de la Salud, por la que se corrigen errores en la de 13 de junio de 2001, sobre revisión de precios a aplicar por los centros sanitarios a las asistencias prestadas, en los supuestos cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago o a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, publicada en el BOE 28-6-2001, núm. 154 (BOE 11-7-2001, núm. 165).

B.- Normativa de las comunidades autónomas

Comunidad Autónoma de Extremadura

Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura (BOE 25-7-2001, núm. 117; Diario Oficial de Extremadura 3-7-2001, núm. 76). Ordena y regula el Sistema Sanitario Público de Extremadura, como parte del Sistema Nacional de Salud, así como el Servicio Extremeño de Salud.

Comunidad Autónoma de Galicia

Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (BOE 3-7-2001, núm. 158; Diario Oficial de Galicia 8-6-2001, núm. 111). Define el concepto de consentimiento informado, regulando sus requisitos subjetivos, objetivos y formales. Establece el concepto de historia clínica y regula su contenido, propiedad y acceso y conservación de la misma.

Ana Isabel Lafuente Cubillo

Abogada. Bufete Abdón Pedrajas

3. Reseña de Sentencias

PENAL: Homicidio por imprudencia grave de los padres que no procuran asistencia médico-higiénica-alimenta-

ria a su hija recién nacida (Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de fecha 18 de septiembre de 2000, RAJ. 2842).

La indicada resolución desestima el recurso de apelación interpuesto por los padres, contra la Sentencia del Juzgado que les había condenado como autores de un homicidio por imprudencia grave condenando, a cada uno de ellos, a la pena de dos años de prisión. En su recurso, los padres de la recién nacida fallecida mantenían que su muerte se debió a una negligencia de los Servicios Sanitarios.

La Sentencia atiende al resultado de los informes elaborados por el médico forense, mediante los que se acreditó que el cadáver de la menor presentaba diversas infecciones, así como fracturas costales ocasionadas en diversas fechas; lo que unido al hecho de que la menor, a los diez días de haber nacido, tuvo que ser ingresada al hallarse en estado de desnutrición severa, situación en la que permanecía en el momento del fallecimiento; y a que los padres, días antes del fallecimiento, la mantuvieron sin atención médica, a pesar de presentar un prolongado cuadro de fiebre alta, determinando tal situación que su estado se agravase hasta producirse la muerte, configuran el cuadro de circunstancias tenidas en cuenta.

El Tribunal considera que los padres, al tener conocimiento de la situación sin actuar conforme al deber que les era obligado, dada la absoluta dependencia de la menor hacia los mismos, provocaron con su comportamiento el estado que determinó la muerte de la menor.

CIVIL: Inexistencia de responsabilidad por fallecimiento de menor de pediatra titular que es sustituida por facultativo sin dicha especialidad toda vez que el diagnóstico y tratamiento prescrito resultaron adecuados en función de los síntomas del paciente (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de febrero de 2000, RAJ.541).

El Tribunal Supremo desestima la solicitud de indemnización de daños y perjuicios por la muerte de un menor, a quien se le diagnosticó resfriado común, falleciendo como consecuencia de una insuficiencia respiratoria aguda, secundaria a una neumonía bilateral. La demanda se interpuso contra la médico que, en el caso concreto, atendió al niño y, además, contra la médico-pediatra titular, la dirección del centro, el centro mismo de atención primaria, el servicio autonómico de salud y diversas aseguradoras.

La pretensión se fundamentaba, principalmente, en la supuesta negligencia de la pediatra titular y de quien la susti-

tuyó. El TS desestima el recurso interpuesto por la demandante ya que la obligación de indemnizar no puede derivar de la sola falta de especialidad en pediatría, requiriéndose, de forma ineludible, que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realiza el acto médico, descartándose toda responsabilidad más o menos objetiva. En el caso analizado se estimó que tales elementos no concurrían, toda vez que se acreditó que la médico actuante desempeñaba una sustitución de la pediatra titular autorizada por los responsables del área, tenía experiencia por anteriores sustituciones, gozaba de confianza de la pediatra titular y, sobre todo, el diagnóstico y el tratamiento efectuado fueron correctos, en función de los síntomas y la no agravación de éstos entre la consulta y el fallecimiento. Igualmente se señala que no tiene relevancia, en el supuesto examinado, el hecho de que la médico actuante no informara a la demandante de que carecía de la especialidad de pediatría. Se deja constancia, además, de que la demandante sí fue informada por la médico actuante del diagnóstico y tratamiento prescrito a su hijo, conforme a lo establecido en el art.10.5 de la Ley General de Sanidad, el cual solo impone el consentimiento escrito del usuario para el

caso de "cualquier intervención", pero no para el tratamiento prescrito en este caso.

SOCIAL: Retribuciones básicas del personal estatutario de la Seguridad Social. Sujeción a lo establecido en el RD Ley 3/1987 de 11 de septiembre. Ineficacia de condicionamientos impuestos por instrucciones, resoluciones o bases de convocatorias. (Sentencia del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, de fecha 14 de enero de 2000, RAJ.399)

Se plantea por el demandante, facultativo de la Seguridad Social, su derecho a percibir las diferencias de sueldo, en virtud de la garantía de una retribución global establecida en las bases de convocatoria del concurso mediante el cual accedió a una vacante, argumentando que, conforme a la propia doctrina del TS, las bases de la convocatoria pública a la que se opta constituyen ley entre las partes, por lo que no pueden variarse unilateralmente las condiciones económicas que se ofrecieron para la adjudicación de la plaza. El TS desestima la pretensión del recurrente, reiterando anterior doctrina unificada, toda vez que el art.2.2.del RD Ley 3/1987 impone para las retribuciones básicas el principio de correspondencia entre el nivel

retributivo y el grupo profesional, por lo que no puede admitirse que el funcionario de un determinado grupo perciba las retribuciones de otro superior aunque realice funciones de ese grupo y cuente con la titulación requerida, porque las retribuciones básicas se establecen en atención al grupo de clasificación y no a las funciones desarrolladas y porque la titulación relevante es la que corresponde al grupo y no la que puede tener el funcionario con carácter personal. La función desarrollada y el puesto de trabajo desempeñado solo afectan o inciden en los complementos y no en la retribución básica. Los criterios de legalidad y de jerarquía normativa impiden que disposiciones de rango inferior al RD Ley 3/ 1987 puedan eliminar la eficacia reguladora de éste, ya se trate de las bases de convocatoria de un concurso o, como ya se señaló en STS de 13 de noviembre de 1998, de instrucciones o resoluciones de las Comunidades Autónomas que han asumido el Servicio de Salud. Dado que el señalado RD Ley es una norma estatal con rango jerárquico de ley, entender lo contrario supondría, además, el compromiso de fondos públicos al margen de la legalidad.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:
Selección de medicamentos para su financiación por el Sistema Nacional de

Salud (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2000, RAJ. 10045).

La indicada sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos contra la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 6-4-1993, por la que se desarrolla el RD 83/1993 de 22 de enero, que regula la selección de los medicamentos, a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud. Reiterando la postura sostenida en anteriores sentencias, mediante las cuales se mantuvo la validez del RD 83/93, el TS desestima la pretensión de la indicada Corporación, consistente en sustentar la nulidad de la Orden de 6-4-93. A tales efectos el TS considera que dicha Orden no vulnera el art.36 de la Constitución -en cuanto que la libertad de prescripción de los médicos pertenece al contenido esencial de la libertad de ejercer la profesión- al estimar que los derechos constitucionales no son absolutos. La limitación que impone la norma discutida, conforme a la Sentencia que se comenta, solo afecta a los médicos que prestan sus servicios en el sistema público de salud y no al ejercicio libre de la profesión. De establecerse y mantenerse un sistema público de salud, conforme a lo prevenido en el art.43 de la propia Constitución,

asequible a todos en condiciones de igualdad, como derecho básico de todos los ciudadanos, dicho compromiso para ser real y efectivo, debe prestarse en función de los recursos públicos disponibles. Por otra parte, la normativa discutida obedece a la política de uso racional de los medicamentos, auspiciada por el OMSalud y la normativa comunitaria (Directiva 89/105).

Tampoco admite la Sentencia de que se da cuenta la vulneración de lo establecido en el art.106 de la LGSS, según el cual los facultativos pueden "prescribir libremente las formulas magistrales y las especialidades farmacéuticas reconocidas por la legislación sanitaria vigente que sean convenientes para la recuperación de la salud", toda vez que la Ley del Medicamento considera derogado dicho precepto en todo lo que se oponga a lo previsto en el art.94 de ésta norma. Modificación que, en cualquier caso, no impide que los facultativos puedan prescribir medicamentos no financiados por el sistema, lo que sin duda queda confiado a la decisión del paciente.

Por último, se desestima igualmente la infracción del principio de igualdad que recoge el art.14 de la Constitución, en cuanto que ciudadanos no atendidos por la sanidad pública sí podrían utilizar

todos los medicamentos. En este sentido el TS sostiene que, precisamente, en base a lo establecido en el art. 41 y 43 de la Constitución un sistema público de salud en condiciones de igualdad impone y aconseja que se vele por los recursos públicos disponibles, siempre limitados, que desde una obligación de generalidad hagan efectivo el derecho a la salud.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: Incompatibilidad del ejercicio de actividades privadas concertadas por el personal sanitario del Sector Público. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2001, dictada en interés de ley).

La Sentencia estima el recurso en interés de ley interpuesto por el Abogado del Estado, frente a la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 19 de diciembre de 1999 que, por su parte, estimaba el recurso interpuesto por un particular frente a la Resolución dictada por el Ministerio para las Administraciones Públicas, que no había autorizado la compatibilidad entre una actividad en un Hospital Público (Servicio de Nefrología del Hospital 12 de octubre de Madrid) y una actividad privada, concertada en otra clínica (Departamento de

Hemodiálisis de la Clínica La Luz de Madrid). La Audiencia Nacional consideraba que al no acreditarse que los mismos pacientes hubieran sido tratados en el Hospital Público y en el Privado por el mismo personal sanitario y por causa del mismo proceso patológico, no existía incompatibilidad de funciones del personal sanitario, dado que ésta debe ser real y efectiva, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Sin embargo, el Tribunal Supremo hace suyo el criterio del Abogado del Estado y distingue entre actividades privadas para las que no se puede reconocer la compatibilidad, porque su desempeño puede entrañar con carácter general alguna colisión con el puesto público (con independencia de que éste se produzca en cada caso concreto - considerando como tal las actividades a que se refieren los arts. 11 y 12 del Real Decreto 598/1985-) y aquellas otras actividades privadas no incluidas en esos preceptos, y para las que se puede reconocer la compatibilidad, si se cumplen los requisitos establecidos y que deben ser analizados por el órgano competente.

Dado que la actividad privada a la que se refiere el supuesto de hecho es una actividad privada concertada, incluida en el art. 11.8 del citado Real

Decreto, el Tribunal Supremo dispone que basta con que la incompatibilidad sea abstracta o potencial, genéricamente considerada, sin que la Ley otorgue un margen al intérprete para valorar si en el supuesto enjuiciado hay razones para apreciar o no la incompatibilidad, fijando, por tanto, la siguiente doctrina legal: "en el caso del sector sanitario del sector público, el ejercicio de las actividades privadas concertadas a que se refiere el art. 11.8 del Real decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas Dependientes, será siempre incompatible, sin que proceda valorar otras circunstancias que puedan darse en cada caso concreto".

Covadonga Fernández Álvarez

Abogada. Socia Directora Adjunta

Bufete Abdón Pedrajas

4. Consultorio Jurídico

A.- Planteamiento

"Los médicos tienen la obligación básica de ofrecer la mejor atención a los pacientes en base a dos criterios: según los mejores y más actuales criterios científicos comúnmente aceptados, y en

segundo lugar, utilizar correctamente todos los recursos necesarios disponibles en cada caso. En el caso de la sanidad pública, la Administración tiene la obligación de disponer de todos los medios técnicos y humanos necesarios para que cada médico pueda cumplir su función. Uno de estos requisitos imprescindibles es el tiempo. Se necesita "tiempo" para atender a los pacientes. Si una decisión administrativa de las Gerencias conlleva tener que atender a demasiados pacientes en cada jornada, y por tanto no disponer del tiempo mínimo imprescindible para cada paciente ¿podemos oponernos a este tipo de decisiones? ¿Cómo plantearla?"

B.- Cuestión

Posibilidades de oponerse, y, en su caso, determinación de los procedimientos para ello, a las eventuales decisiones de las gerencias que determinen la obligación de atender a demasiados pacientes y, por derivación, la imposibilidad de que el pediatra pueda dedicar el mínimo tiempo necesario a la atención de cada uno de ellos.

C.- Respuesta

Las Gerencias tienen reconocida por la legislación sanitaria las competencias de organización, dirección, control y

gestión de los servicios de asistencia en sus respectivos ámbitos de actuación. Esta competencia supone la materialización en nuestro ámbito del principio de jerarquía, inherente a toda organización unitaria encaminada a un determinado fin, en este caso, la prestación de los servicios de atención sanitaria.

No obstante este planteamiento general, debe significarse que en las relaciones estatutarias del personal médico de la Seguridad Social rigen los principios que regulan las relaciones del personal técnico al servicio de la Administración. En este sentido, el principio de jerarquía al que anteriormente se ha aludido queda relativamente atenuado respecto de dicho personal médico, en cuya actuación, como es obvio, los criterios de adecuación a las exigencias técnicas y científicas tiene trascendental relevancia.

Pues bien, efectuadas las precedentes consideraciones, hay que significar que, si bien no se nos especifica en la consulta el contenido de las decisiones adoptadas por las Gerencias que estarían produciendo el efecto limitador del tiempo medio de atención a los pacientes, tales decisiones cuentan con la presunción de legalidad. Se tratará, en principio, de decisiones organizativas que, dictadas por las Gerencias en ejercicio de sus competen-

cias funcionales, tendrán por presumible finalidad obtener el máximo rendimiento de los limitados recursos sanitarios existentes. Así, los principios de eficacia y eficiencia en la actuación administrativa ampararían la legalidad de la finalidad de las señaladas decisiones. Éstas, además, estarían dictadas, en principio, dentro del ámbito competencial de las propias Gerencias.

Por tanto, no parece que, dejando al margen su viabilidad procedimental, la eventual impugnación de estas decisiones pudiera tener éxito, salvo que se tratara de decisiones notoriamente contrarias al ordenamiento jurídico o, quizá, cuando resultaran patentemente contrarias a la prestación de los servicios sanitarios, por imponer conductas radicalmente opuestas a la adecuada práctica de la medicina.

Adoptando una perspectiva general y abstracta para afrontar los problemas que, en la línea objeto de consulta, puedan derivarse de las órdenes e instrucciones de las Gerencias, que pueden tener un muy variado contenido material, hay que señalar, en primer término, que el margen de discrecionalidad de los órganos administrativos, a la hora de establecer directrices de organización y funcionamiento respecto de la estructura de ellos dependiente, es amplio.

Se presume, además, que dichos órganos, jerárquicamente superiores, tienen conocimientos organizativos, datos sobre la disponibilidad actual y futura de recursos materiales y humanos, e informes sobre las necesidades prestacionales, también presentes y futuras, de la población, que les permiten adoptar, en el ejercicio de sus potestades organizativas, decisiones fundamentadas desde ese punto de vista organizativo. Así, las decisiones organizativas de las Gerencias, se presumirán más sólidas y más oportunas que las que, frente a ellas, puedan proponer órganos o personas dependientes jerárquicamente de dichas Gerencias.

Es posible que esas decisiones de las Gerencias, que aunque fundamentadas pueden no resultar oportunas, tengan como consecuencia alguna disfunción en la misma organización a la que van dirigidas o en el servicio que ésta presta. Pero, al menos en teoría, nada garantiza que la no puesta en práctica de esa decisión, o la adopción de otra diferente, solucionen la eventual disfunción o no supongan la aparición de problemas añadidos. Nos movemos, por tanto, en ámbitos en los que la discrecionalidad de la Administración, como labor de ponderación de intereses diferentes, de medios y de necesidades, que lleva a la adopción de una decisión determinada,

resulta prevalente. Salvo que se tratara de decisiones contrarias al ordenamiento jurídico, lo que no se presumirá, los órganos jurisdiccionales, y antes los administrativos, no entrarán a conocer de eventuales impugnaciones de las decisiones adoptadas por las Gerencias.

En todo caso, el personal al servicio de la Seguridad Social tiene unos deberes, más morales que jurídicos, de colaboración con sus superiores y de cooperación al mejoramiento de los servicios. Estos deberes ampararían, como es lógico, que se dirigieran a las Gerencias eventuales comunicaciones en las que se constatará la existencia de disfunciones organizativas o prestacionales o en las que se propongan medidas para mejorar el funcionamiento del servicio. No obstante, debe subrayarse que en ningún caso las Gerencias estarán vinculadas por esas comunicaciones, ya que, de nuevo, la labor de ponderar su trascendencia o la virtualidad de adoptar las medidas propuestas, a la vista de los medios existentes, corresponderá a dichos órganos en el ejercicio de sus competencias organizativas.

Desde otra perspectiva, debe apuntarse, con carácter general, que los principios científicos y técnicos de la profesión médica pueden determinar que, en alguna ocasión, directrices dictadas por

órganos jerárquicos superiores no puedan ser aplicadas al caso concreto con el que se enfrenta el profesional. En tales casos, la inaplicación de la directriz pudiera estar justificada y no constituir ningún tipo de desobediencia, siempre y cuando tal inaplicación se encuentre debidamente fundamentada y no exista un modo menos gravoso que la inaplicación de la directriz para dar solución al supuesto concreto que se plantee.

Finalmente, a pesar de que ya se han apuntado las dificultades impugnatorias que surgirían frente a eventuales decisiones administrativas de naturaleza organizativa, hay que significar que si algún éxito pretendiera obtenerse desde un punto de vista jurídico, las hipotéticas impugnaciones habrían de dirigirse contra decisiones de las Gerencias que resultaran contrarias al Ordenamiento Jurídico.

Así, la pauta general de inviabilidad jurídica de la impugnación de las decisiones organizativas de las Gerencias encontraría excepciones respecto de aquellas decisiones que supusieran el quebranto de derechos constitucionales (v.gr. una decisión que efectuara diferenciaciones en la atención a niños y niñas, que resultaría abiertamente discriminatoria), que quebrantarán la legalidad ordinaria (v.gr. imponiendo un sistema retributivo contrario al previsto normati-

vamente) o que estuvieran afectadas de desviación de poder, es decir, que se dictarán apartándose claramente del fin que legalmente las justificaría.

En cualquier caso, las instrucciones y, sobre todo, las órdenes de las Gerencias, deben ser cumplidas por el médico, sin perjuicio de que se procediera a efectuar, previa la siempre aconsejable valoración jurídica, la correspondiente impugnación.

Esta hipotética impugnación debería plantearse utilizando los procedimientos administrativos adecuados en función de la decisión de que se trate y, finalmente, de no obtener respuesta estimatoria en vía administrativa, habría de plantearse la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Únicamente en el infrecuente supuesto de que una eventual decisión de la Gerencia quebrantara el Ordenamiento Jurídico de manera abierta pero, además, afectando a bienes protegidos penalmente (hipótesis de una orden que implique la realización de una conducta manifiestamente delictiva) o quebrantando abierta y flagrantemente derechos constituciona-

les de las personas, podría el médico oponerse materialmente al cumplimiento de las órdenes recibidas, sin esperar a plantear la correspondiente impugnación por los cauces procesales adecuados. Desde luego, en estos casos, es necesario dejar constancia de la fundamentación que lleva al médico a incumplir la decisión en el supuesto concreto de que se trate y, en la misma línea, resulta aconsejable, si la urgencia de las circunstancias no lo impidiera, una evaluación de la situación de hecho desde una perspectiva jurídica, a fin de centrar, desde ese punto de vista y con la intención de proteger la situación del facultativo, el análisis del supuesto de hecho que se trate.

Ivan López García de la Riva

Abogado. Bufete Abdón Pedrajas

Esta sección de Medicina y Derecho ha sido realizada por Bufete Abdón Pedrajas. Abogados Asociados. Pº de la Castellana, 70, 3º (Madrid). Tºno.: 91 590 39 94, Fax. 91 590 39 98 email: abogados.abdonpedrajas@canaldata.es