

Formar e Informar

EL EJERCICIO MÉDICO LEGAL



**Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la Provincia de Badajoz**

Formar e Informar

EL EJERCICIO MÉDICO LEGAL



Prólogo

Pedro Hidalgo Fernández

Coordinador

Mariano Casado Blanco

Autores

Ricardo De Lorenzo Y Montero
Alfredo Gimeno Aguilera
Pedro Hidalgo Fernández
Federico De Montalvo Jääskeläinen
Juan Calixto Galán Cáceres
Mariano Casado Blanco
Francisco La Moneda Díaz
Manuel Fernández Chavero
Ignasi Pidevall Borrell
Mariona Carbajo Taxonera
Ana Pastor Julián
José Luis Alonso Tejuca

Edita

FUNCOMEBA

*(Fundación Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la provincia de Badajoz)*

Imprime

Zeta impresión. Badajoz

Depósito legal

BA-621-2025

ISBN

978-84-09-78575-9

Queda prohibida, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con la autorización de los titulares de su propiedad intelectual.

ÍNDICE

PRÓLOGO	
Pedro Hidalgo Fernández	7
1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO MÉDICO: GRABACIONES EN CONSULTAS	
Ricardo De Lorenzo y Montero	15
2. EL DEBER DE CUSTODIA Y CONSERVACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA EN EL ÁMBITO DE LA MEDICINA PRIVADA	
Alfredo Gimeno Aguilera	37
3. EL DERECHO DE RESERVA DE LOS MÉDICOS SOBRE LAS ANOTACIONES SUBJETIVAS	
Pedro Hidalgo Fernández	61
4. ALCANCE, REQUISITOS, LÍMITES Y RENUNCIA DEL PACIENTE AL DERECHO SOBRE INFORMACIÓN CLÍNICA	
Juan Calixto Galán Cáceres	75
5. EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN: CRITERIOS, MENORES, DISCAPACITADOS, ENFERMOS MENTALES	
Mariano Casado Blanco	87
6. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA NO REGULADA	
Federico De Montalvo Jääskeläinen	107
7. LOS DATOS SANITARIOS DEL CAUSANTE Y EL TESTAMENTO DIGITAL	
Francisco La Moneda Díaz	121
8. PRUEBA PERICIAL. EL MÉDICO COMO TESTIGO, PERITO Y TESTIGO-PERITO. CONCEPTOS, OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES.	
Manuel Fernández Chavero	141

9. LAS FUNCIONES PÚBLICAS DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES. APUNTES SOBRE EL REGISTRO, EL CONTROL DEL EJERCICIO PROFESIONAL Y LA POTESTAD DISCIPLINARIA	
Ignasi Pidevall Borrell y Mariona Carbajo Taxonera	155
10. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO SANITARIO	
Ana Pastor Julián	167
11. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO EN LA IMPRUDENCIA MÉDICA	
José Luis Alonso Tejuca	185
12. EL MÉDICO ANTE LAS NUEVAS MEDIDAS DE APOYO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD	
Mariano Casado Blanco	197

PRÓLOGO

Pedro Hidalgo Fernández

*Presidente del Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la provincia de Badajoz.*

Formar e informar. Nuestro lema. Nuestra guía en el Colegio de Médicos de Badajoz. Un binomio indisoluble.

Ser médico es una vocación, pero sin duda, también una responsabilidad. Una carga noble, un peso diario. La bata blanca no es un escudo, es un uniforme que exige conocimiento y demanda diligencia. El médico vive en la consulta, su pequeño universo, cuatro paredes y una mesa. Y, nada más y nada menos, la vida, la salud y la enfermedad. Todo se cuece ahí. Lo cotidiano se vuelve legal, y lo habitual se hace litigioso. La medicina no es solo ciencia, es también derecho. Y el médico, un profesional. El paciente, un usuario. Ambos tienen derechos y deberes, derecho y revés.

El Colegio de Médicos de Badajoz edita esta obra. Nuestra casa, vuestra casa, la casa de los médicos. Un servicio más, pero una obligación colegial. Dar servicio, formar y proteger, que a eso nos dedicamos. En esta publicación nos centramos en la práctica diaria, el día a día, el encuentro, el diálogo a veces, el monólogo, muchas. El paciente llega con su dolencia, y su impaciencia. Pacientes impacientes, les llamo yo con cariño. Mientras, el médico con su ciencia, y su prudencia, él solo, con toda su carga, su responsabilidad, su mérito. Ahora está menos solo, así lo pretendemos con este libro.

¿Dónde termina la ética? ¿Dónde comienza la ley? son fronteras difusas, necesitan luz, piden claridad. Este libro emerge de esa necesidad. Una luz en la niebla. Una brújula legal para el médico de hoy. Para el ejercicio de mañana. No es un código farragoso. Es una guía útil. Un manual de cabecera. Conocimiento para la consulta habitual. Para leer, consultar, reflexionar.

Aquí se analizan situaciones, todas ellas vividas y todas ellas posibles. De la teoría a la praxis, del libro al hecho, marcado carácter práctico por si nos encontramos ante dudas sobre sobre la privacidad en la consulta. ¿Puede el paciente grabar la consulta? Es un ejemplo. Son situaciones nuevas, como las medidas de apoyo de personas con discapacidad, que aquí tramamos, y de actualidad, como la objeción de conciencia médica “no legalizada”.

Pero también hablamos de la consulta, del momento crucial, de la visita y la vista, lo que se dice, lo que se escribe y lo que se calla. La historia clínica es nuestro documento estrella, nuestra memoria y nuestro respaldo. Escribir para sanar, escribir para probar. Pero un historial médico no es un diario, es un documento legal, una prueba pericial, un mapa de decisiones, un registro vital. Cuidado con el bolígrafo, mucho ojo con el *clic*.

Hablamos de grabaciones. El móvil en la mesa. La voz furtiva. El recuerdo capturado. ¿Se puede? ¿Se debe? La tecnología avanza. Yo me pregunto: ¿la ley camina detrás? Necesitamos ponernos al día, actualizar la ética y adaptar el derecho.

También abordamos aquí la responsabilidad patrimonial. La economía del error y del terror. El bolsillo de la institución y la tranquilidad del profesional. El susto legal. Curar es lo primero. Cubrir es lo segundo.

Cuánto hemos hablado en el Colegio de Médicos de Badajoz del consentimiento informado, muchos kilómetros para explicar, aclarar y concienciar, no es una firma, es un proceso de diálogo y comprensión mutua, informar para consentir, y luego curar. No solo firmar para seguir, ni se trata de un mero trámite.

Tema de actualidad, que le decía antes: la objeción de conciencia, un derecho inalienable, un límite profesional, conciencia y ciencia, saber decir no y saber cuándo parar.

Este compendio no es mío, es de todos. El Colegio de Médicos de Badajoz lo impulsa, la corporación lo edita, los grandes especialistas lo nutren, son voces autorizadas, porque en nuestra corporación siempre nos ponemos en manos expertas, en mentes lúcidas; abogados, médicos-forenses, juristas y médicos con experiencia legal, una sinergia necesaria, un cuerpo de conocimiento compacto.

El ejercicio médico es una joya, pero hay que pulirla, hay que protegerla y el médico necesita herramientas, para su defensa y tranquilidad y este libro es una de ellas y una lectura obligada, no es una opción, me atrevo a decir que es una necesidad.

No esperes el problema, adelántate al riesgo, prevenir para no curar el daño legal. Con esta publicación puedes conocer tus límites y tus defensas, en un mundo de demandas y desconfianzas, ofrecemos respuestas, certezas y referencias.

Léelo con calma. Consúltalo a menudo. Que sea tu faro, en la tormenta diaria.

Agradezco a todos los que han hecho posible esta obra. A sus autores por su dedicación. Al Colegio por su compromiso.

Y a ti, colega, por tu labor incansable, por tu vocación, por tu valentía diaria.

Formar e informar, la llave del buen ejercicio médico, úsala bien.

Pedro Hidalgo Fernández
*Presidente del Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la provincia de Badajoz*

EL EJERCICIO MÉDICO LEGAL

**EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL
ÁMBITO MÉDICO.
GRABACIONES EN CONSULTAS**

Ricardo De Lorenzo y Montero

Doctor en Derecho.

*Académico Correspondiente de las Reales Academias de
Jurisprudencia y Legislación y Nacional de Medicina de España.*

I. UNAS NECESARIAS PRECISIONES CONCEPTUALES

Conviene comenzar deslindando conceptos fronterizos, pero perfectamente diferenciados, para centrarnos, después, en la figura de la privacidad en la relación asistencial y la eventual responsabilidad de los sujetos participantes en dicho vínculo, en caso de inobservancia de su preservación.¹

PRIVACIDAD. En su concepto como derecho exigible, nos permite excluir determinados aspectos personales de intromisiones ajenas no deseadas. Un club privado o una propiedad privada son realidades conocidas con las que nos encontramos diariamente.

INTIMIDAD. Es la esfera interior de la privacidad, de mayor preservación y a la que dejamos acceder, solamente, a persona de nuestro círculo íntimo. En un club privado únicamente a unas pocas personas las consideramos amigos íntimos. Tiene varias manifestaciones el término intimidad: referida a nuestro cuerpo o a nuestra información, este es el terreno del secreto profesional.

CONFIDENCIALIDAD. Así como la intimidad es un derecho, la confidencialidad es una obligación de preservar la primera y el terreno en el que se hace la confidencia (confides - fe compartida). Secreto profesional es, precisamente, el mantenimiento a cubierto de aquella información íntima de alguien, que conocemos por razón del desempeño profesional.

Vamos a partir del término confidencia, que puede ser interpretado desde dos acepciones diferentes: en su sentido de acción (comunicar algo a alguien reservadamente o en secreto, según el Diccionario de María Moliner²) o en la acepción sustantiva de noticia reservada. En este sentido tiene perfecta inserción en el ámbito sanitario como contenido de la información que aquel posee respecto de los pacientes, de quienes se ha obtenido en la confianza de ellos sobre su preservación. Confidencialidad y confianza tienen, pues, además de una aproximación fonética una base de entendimiento común.

1 Ricardo De Lorenzo y Montero <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/> en *Historia Clínica: Violación de Intimidad acceso indebido a la confidencialidad*. Redacción Médica, 29 de noviembre de 2016. intimidad, privacidad y confidencialidad son conceptos fronterizos, muy próximos, pero perfectamente diferenciables. <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/search?q=intimidad+confidencialidad>.

2 María Juana Moliner Ruiz (Paniza, Zaragoza, 30 de marzo de 1900-Madrid, 22 de enero de 1981) fue una bibliotecaria, archivera, filóloga y lexicógrafa española, autora del Diccionario de uso del español.

Estrechamente relacionado con la confidencialidad aparece otro concepto, no siempre bien deslindado y entendido. Se trata de la intimidad. Define la intimidad Battle Sales³ como “derecho que compete a toda persona a tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida, sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella.”. En realidad esta definición se acerca más a otro concepto próximo pero no idéntico, que es el de privacidad. Intimidad es algo más reservado, aún, que lo privado; es el núcleo interno de lo privado. De su origen en el latín se deduce perfectamente su auténtica significación: *íntimus* es un superlativo, es lo más interior. Debemos traer a colación, aquí, la teoría alemana de las tres esferas⁴ según la cual la vida de las personas queda dividida en: Esfera privada (*privatsphäre*) esfera de la confianza o confidencial (*vertrauenssphäre*) y esfera del secreto (*geheimsphäre*).

Una definición sumamente expresiva del concepto intimidad la formuló el juez Cooley⁵ en 1873. La consideraba “*the right to be let alone*” traducida por algún autor, con finísima percepción de su sentido, como el “*derecho a ser dejado en paz*”. Mazeaud⁶ disiente de esta defensa a ultranza de la intimidad y formula un curioso planteamiento: “*¿Qué tiene que esconder el hombre que vive de acuerdo con la ley? Si nuestra existencia debe de ser transparente ¿no sería deseable que habitáramos una casa de cristal? La casa de cristal no es más que un ideal utópico: no podría albergar más que a una sociedad de robots*”.

El Profesor Sánchez González⁷ con motivo del VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario diferenció, por un lado, entre la vertiente física de la intimidad (no ser observado

3 Georgina Battle Sales, El derecho a la intimidad privada y su regulación. Editorial Marfil, Alcoy (Valencia), 1972.

4 Heinrich Hubmann, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion“. Juristenzeitung (JZ), 1957, pp. 521 ss.

5 M. A. Cooley, Thomas A *Treatise on the Law of Torts or the Wrongs which arise independent of Contract*. Chicago: Callaghan & Co., 1873. En esa obra, al hablar de los derechos de la personalidad y de la protección de la esfera privada frente a intromisiones, Cooley describe la intimidad como “the right to be let alone”.

Más tarde, este mismo concepto fue retomado y desarrollado en el artículo clásico de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy* (1890), en la *Harvard Law Review*, donde citan expresamente a Cooley y hacen de esa fórmula la base del moderno derecho a la intimidad.

6 *La protection de la vie privée*. Kayser. París 1984.

7 Miguel A. Sánchez González. M.A. *Intimidad y Confidencialidad. Su concepto y su importancia*. VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario Madrid 1999 y I Jornada de protección de datos sanitarios en la Comunidad de Madrid. Madrid 2000.

o tocado en la vida privada), por otra parte, la vertiente informacional (no divulgación o difusión de noticias de la esfera privada) y por último la decisional o autonomía sobre las decisiones que afectan exclusivamente a la propia vida. En un sentido más sencillo y acorde con nuestro objeto de estudio la intimidad supone el acceso reservado, bien a la exposición de nuestro cuerpo o partes del mismo, o de pensamientos o información de alguien. En este último sentido encuentra un engarce perfecto con la confidencialidad como barrera que impide el acceso a los datos íntimos.

En un sentido más sencillo y acorde con nuestro objeto de estudio la intimidad supone la reserva de acceso, bien a la exposición de nuestro cuerpo o partes del mismo, o de pensamientos o información de alguien, En este último sentido encuentra un engarce perfecto con la confidencialidad como barrera que impide el acceso a los datos íntimos. Veremos que la única forma de levantar esas barreras es obtener la autorización del titular de esa intimidad, como principio general, o encontrarnos en alguno de los supuestos legales en que se puede actuar sin dicha autorización.

Se confunden, a veces, las violaciones a la intimidad con los accesos indebidos a la confidencialidad, siendo, sin embargo, claramente diferentes: Si alguien accede, fuera de las condiciones de autorización, a un archivo sanitario comete una violación de la intimidad (respecto del titular de la información) y el centro sanitario en donde reside el archivo incurre en un quebrantamiento del deber de confidencialidad por custodia deficiente.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Vamos a abordar el tratamiento de derechos fundamentales, que no son otra cosa que derechos humanos positivizados⁸ en el sentido de aquellos que, derivados de la dignidad de la persona, han sido incluidos por el legislador en la Constitución y con ello dotados de un status especial. Los derechos fundamentales no valen sino lo que valen son sus garantías, en expresión de Hart.⁹

8 Fernando Herrero Tejedor Algar. *La Intimidad como derecho fundamental*. Editorial: Editorial Colex (Editorial Constitución y Leyes, S.A.) Madrid, 1998.

9 H. L. A Hart, *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1963. subrayando que los derechos solo adquieren eficacia práctica en la medida en que existen mecanismos jurídicos y procesales que los garanticen.

En la doctrina española, la frase se ha difundido sobre todo a través del Profesor Gregorio Peces-Barba (Los derechos fundamentales, 1980, y ediciones posteriores), quien la cita expresamente de Hart para enfatizar el vínculo entre derecho sustantivo y garantías procesales.

Nuestra Constitución y la propia Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar¹⁰ recogen la protección del derecho a la intimidad respecto de intromisiones ilegítimas de terceros. Es incuestionable, pues, que existe un derecho a la intimidad, señalado en la normativa citada y respetado en la práctica clínica diaria en términos generales. Pero ¿existe, también, un derecho a la confidencialidad?

Está claro que la intimidad es un presupuesto (o mejor los datos o situación íntima) preceden a la obligación de preservarlos. Hay un destacado sector de autores que entiende que el derecho a la confidencialidad existe solamente en función de determinadas circunstancias y mientras no haya un interés superior que demande su levantamiento¹¹. Se trataría, así, la intimidad de algo axiológico y principialista y la confidencialidad de un concepto utilitarista.

La relación asistencial se desarrolla entre dos sujetos con roles perfectamente diferenciados. El paciente es la parte necesitada de proteger su salud y acude al profesional sanitario para que le ayude con su conocimiento y experiencia.

Ambos tienen una serie de derechos y obligaciones en esa relación bilateral. Vamos a ocuparnos, ahora, de su derecho a la intimidad en el curso de la mencionada relación asistencial, en el concreto caso de la consulta médica. En este episodio cada parte expone su situación y juega su papel, conservando en su memoria el curso de lo sucedido. Pero, por diversos motivos, puede suceder que quieran conservar el contenido de dicho encuentro en forma de grabación.

III. CUALES PUEDEN SER LOS MOTIVOS DE GRABAR LAS CONSULTAS MÉDICAS

En el curso de la relación asistencial, materializada en la consulta médica se produce un intercambio de información entre las dos partes integradoras de la misma, que constituye, precisamente, su razón de ser. Puede ocurrir que además de haber recibido esa información alguna de las partes quiera conservarla ¿Para qué?

10 Ley Orgánica 1/1982, en su artículo 7.4. *Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:... 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*

11 La 'piedra angular' está en el principio de vinculación.

POR PARTE DEL PACIENTE, desde un planteamiento correcto el motivo puede ser no perder información recibida y “repasar” con tranquilidad las instrucciones emitidas por su médico. El paciente puede visualizar el contenido para recordarlo desde su casa, y en conjunción con otros familiares o cuidadores. Pero puede haber motivos, además, subrepticios, como perseguir una baja médica u obtener determinada prueba o medicación. O, simplemente, para poder contar con la grabación como instrumento de presión contra el médico, disponible en determinado momento y ocasión.

POR PARTE DEL MÉDICO. Recoger información recibida en la consulta con su paciente, en un caso clínicamente complicado, por ejemplo, para su estudio posterior a la visita clínica e incluso para su exposición docente o congresual.

Los motores de esta práctica, desde una visión indebida de la misma, son distintos para cada una de estas dos partes. El paciente lo vive desde la cultura de la reclamación, mientras que el médico puede sentirse tentado de utilizar la grabación en refuerzo de la Medicina defensiva¹².

La situación relacional actual, entre el Médico y sus pacientes, puede contener, a veces, una desconfianza mutua, por los motivos expuestos para cada una de las partes: reclamaciones o Medicina defensiva.

En este contexto el uso de dispositivos de grabación, asequibles¹³ y eficaces, está al alcance de cualquiera y su usabilidad se sitúa en parámetros de sencillez. La tentación se encuentra, evidentemente, servida. Tener esa posibilidad nos pone en el camino de utilizarla y este asunto plantea interrogantes en terrenos legales, éticos y deontológicos, que deben ser analizados al objeto de intentar una aproximación acerca de cómo deberían afrontarse aquellas situaciones en las que han sido afectados, por formar parte de grabaciones no informadas durante el desempeño de la asistencia médica.¹⁴

12 R. De Lorenzo Y Montero. <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/> “Medicina defensiva vs. seguridad clínica” <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/search?q=medicina+defensiva> Redacción Médica, 27 de septiembre de 2011

13 El parque de líneas móviles, en España, es mayor que el número de habitantes del país. Alcanzó los 61,1 millones, Comisión Nacional de los Mercados y la competencia. Estadística de octubre 2024.

14 R. De Lorenzo Y Montero. . <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/> «Grabación de conversaciones en consulta del paciente al médico y viceversa” <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/search?q=Grabaci%C3%B3n+de+conversaciones+en+consulta+del+paciente+al+m%C3%A9dico+y+viceversa>. En Redaccion Médica febrero de 2020.

IV. SOPORTE LEGAL DE ESTAS SITUACIONES

Tenemos que partir de nuestra Carta Magna y en concreto del Artículo 18.1¹⁵., que contempla el derecho a la intimidad personal, y el Artículo 18.3¹⁶., en lo que respecta a la protección del secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos como manifestación de los derechos fundamentales referidos.

Desde el punto de vista de la protección de datos, el bien jurídico protegido en estos casos es la preservación de la intimidad de las personas, por lo cual se encuentra relativizada legalmente la posibilidad de obtener grabaciones de voz de otras personas, pudiendo establecerse, ya, que la regla general es, que no está permitido grabar conversaciones ajenas, sin autorización judicial previa, dado que podría producirse una vulneración del derecho a la intimidad y del secreto en las comunicaciones. Sólo pueden hacerlo, con dicho permiso, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Si lo hace un particular puede ser delito del Artículo 197¹⁷ del Código Penal. Es preciso destacar que se considera conducta agravada el citado descubrimiento y revelación de datos de índole sanitaria (*cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior*).

La excepción de las grabaciones sin autorización está en las conversaciones en las que participa quien las graba como interlocutor, en cuyo caso puede predicarse su licitud.

15 Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

16 Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

17 1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Su contenido puede aportarse, incluso, a juicio como prueba (Sentencia Tribunal Supremo 3585/2016). Podemos decir que la jurisprudencia es pacífica al menos en este extremo, como vamos a corroborar más adelante. Se pueden aportar al proceso grabaciones de conversaciones particulares realizadas por uno de sus protagonistas.

El Tribunal Supremo determine, en su sentencia número 145/2023, de 2 de marzo, que la grabación por un tercero de una conversación ajena puede considerarse una prueba lícita, siempre y cuando haya contado con la autorización de uno de los intervinientes para realizar la grabación.

En consecuencia, grabar una conversación propia no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones. El derecho al secreto de las comunicaciones del Artículo 18.3 de nuestra Constitución, es un derecho frente a terceros. Por tanto, no podemos grabar una conversación en la que no participamos, pero el hecho de grabar una conversación en la que somos parte, con el fin de aportar la grabación como prueba en un procedimiento judicial no vulnera ese derecho.

Existe una confusión social generalizada, no obstante, entendiendo que no se puede grabar ninguna conversación sin aceptación de los interlocutores, aunque se haya sido partícipe en la misma, Esto no es así y es lícito hacerlo en aquella en la que se haya sido interlocutor, como acabamos de apuntar. Así fue dictaminado por nuestro Tribunal Constitucional, hace más de cuarenta años, en concreto en su sentencia, de 29 de noviembre de 1984 (STC 11/1984)¹⁸, cuando estableció que solo por el hecho de grabar una conversación “con otros” no se incurre en una conducta contraria al citado artículo. Cuestión distinta sería si la grabación en lugar de utilizarse como prueba en juicio se utilizara para divulgarla a través de otros medios, como puede ser internet, en estos supuestos estaríamos ante un delito de divulgación de secretos, tipificado en el artículo 197 de nuestro Código Penal y castigado con pena de prisión, como hemos visto.

18 *“Respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica, este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan solo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional solo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado”.*

V. VISIÓN JURISPRUDENCIAL

El objeto de la grabación, en el ámbito de la relación médico-paciente puede pertenecer al ámbito de la intimidad del profesional sanitario, no solo del paciente, y en este respecto, se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional: *“...la intimidad protegida en el art. 18.1. de nuestra Constitución, no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en el ámbito doméstico o privado”* (Sentencia 12/2012, de 30 de enero de 2012). [...] *“Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegibles frente a intromisiones ilegítimas es el de las “expectativas razonables” que la propia persona, o cualquier otra en su lugar, pueda tener en esa circunstancia, de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno”* (STC 12/2002 de 30 de enero).

Conforme al criterio de la expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas: [...] *“Una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad”* (SSTC 25/2019, de 25 de febrero y 12/2012, de 30 de enero), en ambas se juzgaba la grabación con cámara oculta en los despachos profesionales, [...] *“La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2. [...], a excepción de que subsista: predominio del interés histórico, científico o cultural, imágenes de personas que ejerzan un cargo público o imágenes de una persona que sean meramente accesorias en el contexto de una información pública, suponen vulneración de su derecho a la intimidad”*.

Por lo tanto, si hacemos extensible lo tratado en los despachos profesionales, a lo tratado en la consulta médica, y atendemos a que el médico actúa desde la intimidad que le permite la confianza de la relación clínica, no solo se grabaría información sobre la salud/enfermedad del paciente, sino que también se grabaría información sobre el consejo profesional del médico desde su propia experiencia personal y profesional, y más teniendo en cuenta que éste se ha comprometido a empatizar con el paciente para que tome la decisión de seguir sus consejos, y de los que dependerá, en muchos de los casos, el éxito final del acto médico.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en lo que respecta a la posible vulneración del derecho a la intimidad, protegida por el art. 18.1 de nuestra Constitución, en el caso del personal médico, no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito

doméstico o privado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada, protegida por el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, a un «círculo íntimo» en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo.

No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada¹⁹. La protección de la vida privada en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en suma, se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social²⁰.

Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública²¹.

La grabación obtenida por una de las partes en la conversación, como hemos apuntado con anterioridad, es válida como prueba y así se declara con rotundidad en la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2024 (rec. 2984/2020), con ocasión de examinar la validez de las conversaciones entre un empresario y un concejal responsable de la adjudicación de los contratos, al haber

19 (STEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; doctrina reiterada en las SSTEDH de 4 de mayo de 2000, Rotaru c. Rumania, § 43, y de 27 de julio de 2004, Sidabras y Džiautas c. Lituania, § 44).

20 (SSTEDH de 22 de febrero de 1994, Burghartz c. Suiza, § 24; y de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 69)

21 (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H.c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58).

grabado aquél lo hablado sin que éste lo supiese. La extensa y minuciosa sentencia, desemboca en la perspectiva que ahora nos interesa, en las siguientes conclusiones²², desde las cuales podemos ver perfectamente expuesto y resumido este asunto. Se recogen aquellas que atañen al objeto que estamos tratando.

- 1º) La utilización en el proceso de grabaciones de conversaciones derivadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.
- 2º) Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.
- 5º) Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes.

Hay, sin embargo, determinados requisitos para que la grabación sea admitida en el ámbito probatorio judicial.

Quien realiza la grabación debe haber sido participante active en la conversación.

La conversación no debe tratar sobre la vida íntima y privada de ninguno de los interlocutores.

El interlocutor que graba no debe provocar la intervención del otro, ni utilizar la coacción o el engaño para hacerle hablar.

Deberá ser nítida y comprensible, es decir, no debe generar dudas en el Tribunal, pues, si la grabación es inaudible o indescifrable, no será admitida. Sí podrán solicitarse medios de ayuda si solamente algunos pasajes no son totalmente claros.

La grabación se aportará en su format original, respetando los requisitos de autenticidad e integridad establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Para ello, es conveniente que se presente un informe pericial que certifique que la grabación no ha sido manipulada, alterada o cortada.

22 Apoyándose en la anterior sentencia de la misma sala penal de 14 de octubre de 2020 (rec. 10475/2018).

Es conveniente también aportar transcripciones escritas de la conversación para que puedan unirse al sumario en soporte documental.

VI. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

La relación asistencial debe entenderse, como alianza terapéutica y como proceso interpersonal entre médico y paciente que asegura un fiel cumplimiento de las indicaciones, prescripciones o recomendaciones por parte del paciente y de honradez por parte del Médico.

La relación médico-paciente encuentra su pilar fundamental en la confianza, según se recoge en el código de Deontología Médica²³, en su artículo 7.1: *“La asistencia medica requiere una relación medico paciente basada en el respeto y la confianza”*, por lo que proceder a la grabación no informada, como consecuencia del quebranto de la buena fe contractual, podría dar lugar a la consecuencia recogida en el artículo 7.5 del citado Código, en el que se recoge que: *“El médico puede suspender la asistencia al paciente si llega al convencimiento de que no existe la necesaria confianza hacia él. En ese caso, lo debe reflejar en la historia clínica, ponerlo en conocimiento de la entidad responsable de la asistencia, comunicárselo al paciente o a sus representantes legales con la debida antelación y facilitar que otro médico se haga cargo del proceso asistencial, transmitiéndole la información necesaria para preservar la continuidad asistencial”*.

En el mismo sentido el artículo 8.4 del Código de Deontología Médica: *“Si el médico entiende que por su situación puede haber conflicto de intereses, deberá inhibirse de la asistencia. En este caso, facilitará que otro profesional se haga cargo del proceso asistencial”*.

Las grabaciones realizadas de forma oculta desvirtuarían la relación médico-paciente en una relación asimétrica desde el momento en que el paciente podría llevar a cabo grabaciones no informadas y el facultativo estaría obligado a su deber de guardar secreto profesional. La relación médico-paciente es ante todo un encuentro interpersonal, en el que ambas partes deliberan conjuntamente para tomar las decisiones

23 El Código Deontológico médico para el 2024 es el mismo aprobado por el Consejo General de Médicos (CGCOM) en diciembre de 2022, con el objetivo de actualizar las normas éticas y el «contrato social» de la profesión con la sociedad española, buscando mejorar la asistencia sanitaria y la seguridad del paciente. Este documento, sustituye al anterior de 2011,

más correctas, siempre en el marco de los principios de la bioética y los derechos fundamentales de la persona humana, y el temor a posibles repercusiones legales, impedirían que el facultativo actúe con mayor libertad y juicio.

Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex artículo 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex artículo 18.1, garantía ésta que, a contrario, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto).

Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana.

El conflicto surge, evidentemente, cuando una parte quiere grabar y la otra no acepta este hecho, pues si hay acuerdo no hay problema. Estamos analizando el supuesto de que el paciente, por ejemplo, que inicia una grabación ocultando este hecho al profesional. Este es el caso en el que el Médico se siente vigilado, acechado y se rompe esa confianza que debe sustentar la relación asistencial.

Además, la admisibilidad de esta práctica situaría al médico en una posición de desequilibrio, en la que mientras el médico está obligado al deber de secreto profesional, el paciente le induce a engaño y le graba en consulta, vulnerándose el secreto de las comunicaciones médico-paciente, y produciéndose una vulneración del derecho a la intimidad del médico, que es grabado en un lugar ordenado a asegurar la discreción de lo hablado y en el que el médico pierde adicionalmente, el control de sus datos, ya no solo en cuanto a no ser informado de la recogida y su finalidad, sino también, en cuanto a su posible manipulación, y su correspondiente riesgo de vulnerar el derecho al honor del mismo en caso de divulgación alterada del mismo.

En cuanto a las grabaciones al paciente por parte del médico, sin informarle y sin obtener su consentimiento, además de captar extremos netamente profesionales, también podría apropiarse de manifestaciones puramente personales e incluso expresiones de sentimientos del propio paciente, o manifestaciones de sus acompañantes. Extremos todos ellos que excederían del ámbito y propósito de la relación asistencial, particularmente en situaciones dolientes, lo que podría conllevar el incumplimiento de la normativa de protección de datos, si consideramos que la relación medico-paciente en consulta queda fuera del ámbito doméstico y, por ende, dentro del ámbito de aplicabilidad del Reglamento General de Protección de Datos.

A este fin, es de señalar el pronunciamiento de la Agencia Española de Protección de Datos, en el Procedimiento Nº: PS/00402/2018, al considerar que: *“Sólo el hecho de que las grabaciones sean realizadas en el ámbito laboral, en el lugar donde los empleados públicos prestan sus servicios, y sin relación alguna con ellos que exceda de la puramente profesional, parece llevarnos a la conclusión que en el supuesto planteado no es de aplicación la excepción doméstica”*, por lo que quedarían dentro del ámbito de aplicabilidad. A este respecto merece especial consideración el Dictamen 5/2009 en el que se analiza la valoración del ámbito doméstico, aunque aplicado a las redes sociales en línea, señala que, como norma general, en los casos en que los usuarios operen en un ámbito puramente personal, hay que aplicar la “exención doméstica”, en lugar de la normativa de protección de datos y que, por tanto, un individuo que trata datos dentro de esta esfera no tiene por qué cumplir con las obligaciones que tiene un responsable.

No obstante, en el citado Dictamen se recoge la admisión de excepciones, entre las que se encuentra: el garantizar los derechos de terceros, particularmente en relación con datos especialmente protegidos y, es en este ámbito, donde hay que tener en cuenta la información transmitida por el médico en consulta como tercero afectado, pues como hemos fundamentado anteriormente, la información transmitida por el médico parte de la intimidad que le permite la confianza médico-paciente, que le ha podido llevar a compartir opiniones y/o consejos de salud, desde su propia experiencia personal (muy frecuente en el ámbito de atención primaria), y, es en estos supuestos, donde dicha grabación no podría ser realizada, pues supondría un tratamiento ilícito, salvo que el paciente informe al médico conforme a las exigencias del artículo 13 RGPD²⁴, y obtenga su consentimiento, pues en la prueba de sopeamiento sobre la prevalencia de interés legítimo del paciente en recordar lo hablado con el médico, no podríamos afirmar que este fin prevalezca sobre el derecho a la

24 *Cuando se obtengan de un interesado datos personales relativos a él, el responsable del tratamiento, en el momento en que estos se obtengan, le facilitará toda la información indicada a continuación... Además de la información mencionada en el apartado 1, el responsable del tratamiento facilitará al interesado, en el momento en que se obtengan los datos personales, la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente... Cuando el responsable del tratamiento proyecte el tratamiento ulterior de datos personales para un fin que no sea aquel para el que se recogieron, proporcionará al interesado, con anterioridad a dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier información adicional pertinente a tenor del apartado 2.*

protección de datos del facultativo, que en el ámbito de una relación de confianza, le transmite tales datos, y más, teniendo en cuenta las características del medio empleado: especialmente invasivos de la privacidad, pues existen medios menos invasivos que podrían ser utilizados para lograr el mismo fin (por ejemplo su cooperación en cuanto a facilitar las explicaciones adicionales que resulten necesarias, o el traslado de las recomendaciones sobre el papel), y el carácter fácilmente manipulable de dichas grabaciones, con los riesgos que podría conllevar en cuanto a la alterabilidad de los datos y su correspondiente falta de exactitud, y en cuanto al riesgo potencial de divulgación no autorizada de grabación manipulada en lo que respecta al derecho al honor del médico.

VII.- A MODO DE CONCLUSIONES SOBRE LA GRABACIÓN EN CONSULTAS MÉDICAS

Regla general: Si se mantiene una conversación, en la que ambos interlocutores participan de manera espontánea y con buena fe, cualquiera de los contertulios puede grabarla sin que ello entraña violación de “secreto alguno de comunicaciones” ni de “intimidad”.

Excepción: Que en dicha conversación se contengan aspectos familiares o personalísimos, ajenos a la relación asistencial mantenida entre el paciente y el profesional sanitario.

Cosa distinta a la regla general expresada es que lo así grabado se utilice para una difusión ilícita y la grabación sea sólo un presupuesto necesario para la difusión. La contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (artículo 18.1 CE). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.

El hecho de la grabación de conversaciones ajenas, en el sentido cabal de ajeneidad, que hemos expresado con anterioridad y su posterior difusión entra de lleno en la tipificación penal del artículo 197, ya expuesto en su momento, con la importante connotación de que se trata de conducta agravada por la índole de los datos a los que se refiere.

Posible quiebra del principio de confianza. Con independencia de la posibilidad legal para que el paciente lleve a cabo las grabaciones en la consulta que comparte con el médico, este último podría invocar una ruptura del principio de confianza en la relación asistencial y suspender ésta en aplicación de su derecho deontológico en este sentido.

Conviene apuntar que si se pretende aportar la grabación en juicio, hay aspectos a considerar. Bueno es saber lo útil que resulta anunciar en dicha aportación de la grabación como prueba en la demanda contenciosa y poder disponer de los dispositivos precisos para reproducirla (o traerlos a la vista), así como adjuntar una transcripción por escrito de lo grabado (que facilita la consulta por las partes y jueces), y por un principio de precaución, tener siempre en la recámara una pericia que demuestre que la grabación no ha sido recortada o manipulada, por si acaso el perjudicado protesta e impugna tal prueba.

VIII.- LOS LÍMITES DE LA INTIMIDAD EN EL USO DE WATHSAPP²⁵

Voy a concluir estas páginas de exposición, en el trascendental asunto de la intimidad en el curso de la relación asistencial, con unas menciones sobre el uso de moderna tecnología de uso cotidiano no sólo en el espacio privado personal, sino también en el profesional.

Imaginemos que determinado grupo de profesionales tiene un grupo de whatsapp en el que insertan y cruzan mensajes con imágenes, Pueden ser unos traumatólogos que examinan radiografías o unos obstetras respecto de ecografías, imágenes de las que extraen criterio clínico y conclusiones que se intercambian.

¿Es lícita esta conducta de los profesionales? ¿Conculca, en algún modo, la intimidad de los pacientes a quienes pertenecen las imágenes que circulan en el grupo a través de la mensajería electrónica?

Hay varios aspectos a analizar para poder responder a estas preguntas.

Imaginemos que la persona a quien corresponden las imágenes radiográficas es alguien con el que todos tienen relación asistencial. No hay vulneración alguna de la intimidad, pues existe principio de vinculación profesional entre todos los médicos y esta persona. Otra cosa es que pudiera acceder a las imágenes alguna otra persona no “vinculada”, en cuyo caso sí que habría, por parte de esa persona invasión de la intimidad del o de la titular de las imágenes.

25 WhatsApp es una aplicación de mensajería instantánea para teléfonos inteligentes que permite a los usuarios enviar mensajes de texto, fotos, vídeos, documentos, ubicaciones, contactos y realizar llamadas de voz y vídeo a través de Internet.

Conviene destacar que debe contarse con el conocimiento del paciente de esta situación, con independencia de que las imágenes, como radiográficas o ecográficas que son, no permitan la identificación de la persona a quien corresponden.

Una última pregunta conviene formular: ¿Son válidos esos whatsapp como medio de prueba en sede judicial?

Los mensajes a través del medio electrónico mencionado pueden ser capturados y utilizados como medio probatorio, ahora bien, una cosa es que sea un medio de prueba válido y otra su valoración, porque la jurisprudencia advierte de las necesarias cautelas ante tan frágil medio de prueba.

IX.- DEBEN CUMPLIR LOS SIGUIENTES REQUISITOS

Legalidad y licitud: La prueba debe ser obtenida sin vulnerar derechos protegidos, como el secreto de las comunicaciones o la intimidad.

Autenticidad: Se debe demostrar que los mensajes no han sido alterados, manipulados o falsificados.

Integridad: Se debe presentar la conversación completa y no solo fragmentos, para que se pueda verificar el contexto.

Claridad: La información debe presentarse de forma legible y clara para el tribunal.

X.- CÓMO SE PUEDE REFORZAR SU VALIDEZ

Aportación del dispositivo: Poner a disposición del tribunal el dispositivo móvil donde se originaron los mensajes es un método para asegurar su autenticidad y evitar su manipulación.

Informe pericial: Un perito informático puede emitir un informe que certifique la originalidad, autenticidad y la cadena de custodia de las pruebas digitales.

Testimonios de los interlocutores: El interrogatorio de las partes que participaron en la conversación puede ser utilizado para acreditar la autenticidad de los mensajes.

Otras pruebas: Es recomendable complementar la prueba con otros elementos como documentos, testimonios o la aportación del dispositivo móvil.

XI.- CONSIDERACIONES IMPORTANTES

No son prueba definitiva: Por sí solos, los pantallazos no son suficientes para ganar un proceso judicial; deben ser respaldados por otros elementos que otorguen credibilidad a la versión del litigante.

Riesgo de manipulación: Dada la facilidad con la que pueden ser alterados, los tribunales exigen que se refuerce su credibilidad.

Reconocimiento judicial: El Tribunal Supremo español ya reconoció la posibilidad de introducir mensajes de WhatsApp como prueba en procedimiento judicial en 2015

XII.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez-Cienfuegos Álvarez, J. M. *La confidencialidad de los datos relativos a la salud*. En *Derecho Médico Tratado de Derecho Sanitario* (Tomo I). Martínez - Calcerrada, Luis, De Lorenzo, Ricardo Madrid: Constitución y Leyes. Colex 2002
- Atela Bilbao, A., & Garay Isasi, J. (2004). Ley 41/2002 de Derechos del Paciente. Avances, Deficiencias y Problemática. En P. Pérez González & E. Lizárraga Bonelli (Coords.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica*. Thomson-Civitas.
- Battle Sales, G. *El derecho a la intimidad privada y su regulación*. Valencia (Alcoy): Marfil, 1972..
- Cayón de las Cuevas, J. (1993). La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica. *Derecho y Salud*,
- Casado Blanco, M. (2024). Intimidad, confidencialidad y secreto en la relación médico-paciente. En P. Martínez Jiménez, J. M. Rodríguez Vicente, V. Expósito Duque, et al. (Coords.), *Manual de la relación médico-paciente* (pp. 277-288).
- De Cossío Rodríguez, P. (2009). *La confidencialidad de los datos médicos*. En VV. AA., *Derecho y medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- De Lorenzo Aparici, R. (2021). En Davara Fernández de Marcos, E., & Davara Fernández de Marcos, L. (Coords.), *Análisis práctico de sanciones en materia de protección de datos: divididas por conceptos y sectores*. Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- De Lorenzo Aparici, O., & Montalvo, P. *Responsabilidad profesional sanitaria*. Claves prácticas sanitarias. Madrid: Lefebvre.

- De Lorenzo Montero, R. *“Los límites legales del derecho a la intimidad de los datos sanitarios”*. Redacción Médica, 25 mar. 2014.
- De Lorenzo, Montero, R. *“Historia clínica: violación de intimidad y acceso indebido a la confidencialidad”*. Redacción Médica, 29 nov. 2016.
- De Lorenzo Montero, R. *Protección de datos personales en el Derecho Sanitario*. Madrid: Colex, Editorial Constitución y Leyes, S.A. 2009
- De Lorenzo y Montero, R. (2020, 3 de febrero). *Grabación de conversaciones en consulta del paciente al médico y viceversa*. Redacción Médica. Disponible en: <https://www.redaccionmedica.com/opinion/ricardo-de-lorenzo/grabacion-de-conversaciones-en-consulta-del-paciente-al-medico-y-viceversa-5280>.
- De Lorenzo y Montero R., (Año de edición original: 2003) *Derechos y obligaciones de los pacientes: Análisis 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 clínica*. Madrid, Colex (2.ª ed. 2019).
- De Lorenzo Montero, R. (2021). *Las categorías especiales de datos personales y los tratamientos de datos de salud (Comentario al artículo 9 RGPD y disposición adicional 17 LOPDGDD)*. En A. Troncoso Reigada (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales* (Vol. II, pp. 4623-4727). Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Miguel I.; De Lorenzo Aparici R. *Datos Genéticos y relativos a la Salud*. En Colección Claves prácticas Sanitarias Francis Lefebvre. 2021.
- Egusquiza Balmaseda, M. A., Luquín Bergareche, R., Jorqui Azofra, M., & Vidán Peña, J. (2025). *Régimen jurídico de protección de datos de salud en el Espacio Europeo de Datos de Salud (EEDS)*. Madrid: Colex.
- Hernández Herrero, M. (2023). *Medicina defensiva y judicialización: Radiografía del litigio en la sanidad pública*. Madrid: Dykinson
- Herrán Ortiz, A. I. *El derecho fundamental del paciente a la protección de los datos sanitarios en la legislación española*. En *Derecho Médico Tratado de Derecho Sanitario* (Tomo I). Martínez - Calcerrada, Luis, De Lorenzo, Constitución y Leyes. Colex 2002.
- Herrero-Tejedor Algar, F. (1998). *La intimidad como derecho fundamental*. Madrid: Colex (Editorial Constitución y Leyes, S.A.)
- Hubmann H., (1957). *Zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*. *Juristenzeitung*, 12, 329–335.

- Manjón Rodríguez, J. B. (2022). *“Asistencia sanitaria y grabaciones subrepticias: beneficios y riesgos desde una perspectiva ético-jurídica”*. Derecho y Salud, 32 (Extraordinario), 161-170. Análisis directo sobre si un paciente puede grabar, límites de uso y doctrina (STC 11/1984; STS 678/2014).
- Mazeaud, P. (1984). *La protection de la vie privée*. París: Kayser
- Montalvo Jääskeläinen F. (2018). “Una reflexión jurídica sobre el ojo clínico y la responsabilidad en tiempos del Big Data”. Razón y Fe, 278(1436), 323-334.
- Montero Delgado, J. A. (2018). WhatsApp y datos de salud: Una realidad incómoda. Revista Española de Comunicación en Salud, 9(1), 104–106. <https://doi.org/10.20318/recs.2018.4246>
- Mazeaud, P. (1984). *La protection de la vie privée*. París: Kayser.
- Ortega, A. (2011). *Derecho Sanitario*. Madrid: Editorial CTO Medicina.
- Rodríguez Izquierdo, R. (2009). *La información sanitaria y la historia clínica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sánchez González, M. Á. (2000). *Intimidad y confidencialidad: su concepto y su importancia*. p. 56). Madrid: Mapfre.
- Sancho López, M. *Responsabilidad sanitaria: Fundamentos y conflictos de competencia*. Navarra: Thomson Reuters Proview.
- Terribas Sala, N. (2008). *Confidencialidad de los datos sanitarios: de la norma a la práctica médica*. En S. Adroher Biosca (Dir.), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* (pp. 791–806). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Tomillo Urbina, J. L. *Derecho y salud como realidades interactivas*. Navarra: Aranzadi.
- Troncoso Reigada, A. (2019). Protección de datos en el ámbito de la historia clínica. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, (2), 1-36. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/07/1463.pdf>

EL DEBER DE CUSTODIA Y CONSERVACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA EN EL ÁMBITO DE LA MEDICINA PRIVADA

Alfredo Gimeno Aguilera

Fiscal de la Audiencia Provincial de Badajoz.

I.- INTRODUCCIÓN

Debo comenzar por mi agradecimiento al Colegio de Médicos de Badajoz, a su Junta Directiva, y especialmente a su Presidente, Doctor Hidalgo, por volver a contar conmigo en esta inmensa labor de publicación y formación continuada que permanentemente implementan con sus colegiados, con los Médicos, con la Profesión Médica, que tan loable vocación y desempeño desarrollan diariamente, preservando nuestras vidas y nuestra salud, los bienes jurídicos más esenciales del ser humano, y profesión que tan cercana me es por motivos familiares.

En esta nueva petición de colaboración, he de abordar el estudio de la historia clínica, materia sobre la que existen abundantes estudios, publicaciones y artículos doctrinales, además de jurisprudencia, si bien, he observado discrepancias y divergencias en algunas cuestiones clave que se hace necesario abordar, más aún desde la perspectiva del deber de custodia y conservación de la misma y las consecuencias derivadas de su incumplimiento o desatención por los centros sanitarios, conllevando accesos no autorizados tanto por el propio personal del centro como por terceros, inexactitudes en su contenido que generen perjuicios, cesión de datos no amparados legalmente, o negativas injustificadas de acceso o información tanto al titular de los datos como a sus familiares o representantes legales.

II.- REGULACIÓN LEGAL

La historia clínica, como documento relativo a los procesos asistenciales de los pacientes, encuentra su regulación en diversos textos legales.

En primer lugar, en nuestro Texto Constitucional, cuando ya regula en su artículo 43 el derecho a la protección de la salud como un principio rector de la política social y económica, así como en sus artículos 148 y 149 al referirse a la sanidad como una competencia autonómica, sin perjuicio de las competencias del estado central en materia de sanidad exterior, productos farmacéuticos y, sobre todo, en materia de bases y coordinación general de la sanidad.

Desde esta perspectiva, surge la Ley 14/1985, de 25 de abril, General de Sanidad, donde en sus artículos 9 y 10 ya regula, como derechos de los pacientes, los de información y confidencialidad en el tratamiento de sus datos relacionados con la salud.

De esta Ley General, y del reparto constitucional de competencias, surge la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente, donde, de forma

ya expresa y concreta, se regula la historia clínica en sus artículos 14 a 19, definiéndola, estableciendo su uso y contenido, así como desarrollando su acceso, conservación y custodia.

Del mismo reparto constitucional de competencias, deriva la dispersa regulación autonómica sobre derechos de los pacientes, que han venido a desarrollar la Ley de Bases estatal ya mencionada 41/2002, como, por ejemplo, la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura, regulando también la historia clínica en sus artículos 31 a 36, sobre la base del respeto a las bases establecidas por el estado central.

Todo ello sin perjuicio de que, a la vista de la consideración de los datos relativos a la salud como datos personales protegidos, la historia clínica esté íntimamente relacionada con la legislación relativa a la protección de datos, esto es, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, así como el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

III.- ASPECTOS CONSTITUCIONALES

Considerando la historia clínica como un conjunto documental que contiene datos relativos a la salud, el tratamiento de los mismos, se configura como un auténtico derecho fundamental, y así, nuestro Texto Constitucional, dentro del Título I relativo a los derechos y deberes fundamentales, en su artículo 18 establece:

1. *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*
4. *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*

En el mismo sentido, el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, establece:

1. *Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.*
2. *Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legí-*

timo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

El Tribunal Constitucional señaló en su Sentencia 94/1998, de 4 de mayo, que nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; de esta forma, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención.

Por su parte, en la *Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre*, lo considera como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

La era tecnológica en la que nos encontramos, comporta inevitablemente el registro electrónico de la historia clínica y su tratamiento informático, lo que en consonancia con la consideración de la protección de su contenido como derecho fundamental, deriva el conocido como “*habeas data*” o libertad informática, configurado como un auténtico derecho a la autodeterminación informática, en el sentido de decidir qué datos personales pueden ser obtenidos y tratados por otros, así como el derecho a controlar el uso de esos datos recogidos y tratados informáticamente, o como señala la *Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998 de 13 de enero o la Sentencia del Tribunal Supremo 319/2018 de 28 de junio*: la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención.

Este “*habeas data*”, ha tenido su reconocimiento y plasmación legal en el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, dedicado precisamente a esta última garantía, y regulando tanto el derecho a la seguridad digital, el derecho de rectificación en internet, el derecho de actualización de informaciones digitales, derecho a la intimidad digital, así como el derecho al olvido, en clara conexión con los derechos de acceso, rectificación, oposición o supresión de datos a la historia clínica por parte del paciente, derivados de los artículos 15 a 21 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de protección de datos personales ya mencionado.

IV.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto al *concepto de historia clínica*, existe una expresa regulación legal en el artículo 14.1 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente:

La historia clínica comprende 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.

A continuación, su artículo 15 establece:

- 1. La historia clínica incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente.*
- 2. La historia clínica tendrá como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud.*

Acabando el precepto con la regulación de lo que debe ser su contenido mínimo, incluyendo todos los datos de la salud del paciente referidos a los procesos asistenciales recibidos.

De esta concepción y contenido, se deriva la *naturaleza eminentemente médica* del documento, siendo médica su elaboración y complemento, y por tanto su autoría material e intelectual, médico el análisis del documento, y compartida médico-paciente la finalidad del mismo pues, la facilitación de la asistencia sanitaria tiene como destinatarios tanto al médico que en cada estado del tratamiento tiene que conocer actualizado el estado de salud del paciente, como a este último, al objeto de preservar su salud bajo la optimización de la información y los recursos asistenciales.

Sin embargo, en cuanto a su *naturaleza jurídica* propiamente dicha, resulta trascendente su catalogación como documento público o privado, incluso dentro de la naturaleza pública, la consideración como público estricto o como meramente oficial o administrativo. Y ello es así porque, en caso de que se incorpore la historia clínica a un proceso judicial, su valor probatorio puede pasar de hacer prueba plena del hecho, acto o estado de las cosas que documenten (documentos públicos), de presumirlos como ciertos pero admitir prueba en contrario (documentos administrativos u oficiales), o de someterse a las reglas de la sana crítica o libre valoración de la prueba (documentos privados), todo ello sobre la base de los artículos 317 a 327 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que definen los documentos y establecen su valor probatorio.

Hay que tener en cuenta, además, la transcendencia penal que su naturaleza jurídica puede tener en la posible comisión de un Delito de Descubrimiento y Revelación de Secretos de los artículos de los artículos 197 a 201 del Código Penal, o de un Delito de Falsedad Documental de los artículos 390 a 396 de dicho Cuerpo Legal, sin perjuicio de la responsabilidad penal del centro sanitario como persona jurídica que pudiera derivarse de los artículos 31bis y 31ter del mismo.

Parece que la consideración como *documento público* queda totalmente descartada, tanto se trate de una historia clínica gestionada por centros sanitarios públicos como privados pues, de la lectura del artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se evidencia que para los mismos se requiere fe pública en su expedición para la acreditación de su contenido, sin que ninguno de los profesionales o personal sanitario que pueda intervenir en su gestión o elaboración gocen de la misma, quedando reservada a Notarios, Registradores, Letrados de la Administración de Justicia, y excepcionalmente, a funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de la administración.

En cuanto a su posible consideración como *documento oficial o administrativo*, esto es, expedidos y firmados por funcionarios o empleados públicos, en el ejercicio de sus funciones públicas y conforme a su legislación específica, pero sin tener atribuida la facultad de dar fe pública, desde luego queda descartado para las historias clínicas gestionadas por centros sanitarios privados, y en cuanto a los centro públicos, parece que tampoco la Ley de Enjuiciamiento Civil le otorga esta naturaleza pues, su artículo 319 determina que, la legislación que los regule, debe expresamente otorgarle el carácter de documentos públicos, lo que no ocurre en la regulación ya antedicha de los artículos 14 a 19 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente.

Sin embargo, en la jurisdicción penal (*STS 08/11/1999, STS 10/10/1997 o STS 835/2003, 10 de junio*), la conceptualización de documento oficial es algo más abierta que en la civil pues, sobre la base de que la esencia de esta jurisdicción es el descubrimiento de la verdad material por encima de la formal, otorga también la consideración de documento oficial a todo los documentos que provienen de la administración para satisfacer las necesidades del servicio o función pública, así como los que provienen de organismos en que esté prevista una intervención o inspección por parte de la administración pública: pasaporte, carné de identidad, permiso de conducir, matrículas, números de bastidor, tacógrafo, o recetas médicas, teniendo perfecto encaje la historia clínica cuando sea gestionada por centros sanitarios públicos, no así los privados.

Todo ello, a pesar de que la *Sentencia del Tribunal Supremo 298/214 de 10 de abril*, de soslayo, califica la historia clínica como documento público y no oficial, sin analizarlo ni entrar en el fondo de su naturaleza pues, lo que realmente discierne es la alteración de la historia clínica de un centro sanitario público en cuanto a las anotaciones subjetivas y su trascendencia, y sobre la base no muy correcta de equiparar documentos públicos y oficiales por el sólo hecho de provenir de la administración y de que penológicamente no tiene consecuencias la alteración de uno u otro.

Llegados a esta conclusión, *en la jurisdicción civil, así como en la social y administrativa* por aplicación supletoria (artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la conclusión legal que parece más plausible es la consideración de la historia clínica como *documento privado*, tanto sea gestionada por centros sanitarios públicos como privados, como aparece regulado en los artículos 324 a 327 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, por tanto, sometido al principio de libre valoración o de las reglas de la sana crítica, con la posibilidad de tanto de impugnar su autenticidad como de ser contradicho por prueba en contrario.

En la jurisdicción penal, presidida por la búsqueda de la verdad material y, sobre todo, por el principio de libre valoración de la prueba (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sin la existencia de normas imperativas sobre dicha valoración, habrá que diferenciar entre historias clínicas gestionadas por centros sanitarios públicos, otorgándole la naturaleza de *documento oficial*, de las gestionadas por centros sanitarios privados, en los que predomina la *naturaleza privada del documento*.

Ciertamente, las consecuencias penales de dicha diferente naturaleza serán mínimas ya que, en el Delito de Descubrimiento y Revelación de Secretos de los artículos 197 a 201 del Código Penal, la conducta consiste en el acceso no autorizado legalmente a datos relativos a la salud o su difusión o revelación a terceros (artículo 197 del Código Penal), produciéndose una agravación de la pena de prisión y añadiendo una pena de inhabilitación cuando la conducta la realice un funcionario público (artículo 198 del Código Penal), por tanto, cuando se produzca respecto de una historia clínica gestionada por un centro sanitario público. La diferente naturaleza jurídica sí tendrá más relevancia en los Delitos de Falsedad Documental de los artículos 390 a 396 del Código Penal pues, en la alteración de historias clínicas gestionadas por centros sanitarios privados, se necesita probar que la conducta se ha realizado en perjuicio del paciente, sin que dicho elemento subjetivo se requiera a los centros públicos, castigándose la alteración objetiva.

V.- TITULARIDAD

Esta cuestión resulta trascendente a efectos de *identificar al posible perjudicado* en el caso de producirse conductas no permitidas legalmente respecto de las historias clínicas de las que, además, pueda derivarse un perjuicio ya que, aunque la acción típica sea el acceso y cesión no autorizados de datos relativos a la salud de un paciente, en la que claramente el perjudicado será este último, también pueden desarrollarse otras conductas que conlleven otros afectados: como el acceso y cesión no autorizados tanto de las anotaciones subjetivas como de datos de terceros que no sean el paciente, o como la vulneración de las medidas de seguridad de una historia clínica informatizada descubriendo y cediendo sus contraseñas y claves de acceso.

De esta manera, la titularidad de la historia clínica *no ha sido abordada ni ha sido resuelta por nuestra legislación vigente*, ni por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente, que no lo regula en sus artículos 14 a 19, ni por la Ley Orgánica 3/2018 ni el Reglamento (UE) 2016/679 de 5 de diciembre, que se refiere tan sólo al tratamiento de datos personales.

Comparto con el Profesor Don Ricardo de Lorenzo y Montero el acierto de su no regulación pues, ciertamente, habría generado más problemas que soluciones ya que, en la mayor parte de los conflictos derivados de la historia clínica, confluyen derechos tanto del paciente y sus familiares y allegados, como derechos del médico o del centro sanitario encargado de su gestión, conservación y custodia.

Llegados a este punto, parece que habrá que *distinguir entre el contenido y el continente de la historia clínica*: en cuanto al continente, es decir, el archivo o soporte informático que contiene la historia clínica, la titularidad corresponderá al centro sanitario que lo gestione, a la vista de los deberes de conservación y custodia que le confieren los artículos 17 y 19 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente, así como a sus deberes en relación con los datos relativos a la salud como responsables del tratamiento en virtud de la Ley Orgánica 3/2018 y el Reglamento (UE) 2016/679 de 5 de diciembre. Todo ello sin perjuicio de que, cuando se trate de profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual, la titularidad del continente de la historia clínica le corresponderá a él, al ser considerado como responsable del tratamiento y, por tanto, con los deberes de conservación y custodia de la misma. Concluyendo que, en caso de sustracción del soporte que contenga la historia clínica, del ataque a sus medidas de seguridad, o del descubrimiento o cesión a terceros de sus contraseñas o claves de acceso (artículos 197bis y 197ter del Código Penal y artículos 1902 y siguientes del Código Civil) será

considerado como perjudicado el centro sanitario, o el profesional sanitario individual, que gestionen la historia clínica de sus pacientes, pudiendo reclamar penal y civilmente contra los responsables.

Respecto del *contenido de la historia clínica*, se hace necesario diferenciar entre los datos de la salud relativos al paciente, de los datos de terceros que consten en la misma, así como de las anotaciones subjetivas de los profesionales que participen en su elaboración, tal y como se deriva del derecho de acceso a la historia clínica regulado en el artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente. Por tanto, parece que existe una titularidad compartida en cuanto a los múltiples datos que puede contener una historia clínica pues, todos ellos, son datos personales al amparo del artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679 de 5 de diciembre, si bien, las consecuencias de su tratamiento o cesión no consentida no serán las mismas ya que, los datos relativos a la salud sí que están previstos expresamente en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 de 5 de diciembre como datos personales cuyo tratamiento resulta prohibido, activando por tanto para el paciente la acción de indemnización prevista en su artículo 82, mientras que los datos profesionales de terceros o las anotaciones subjetivas no tienen dicha consideración, sin perjuicio de que su tratamiento o cesión no autorizados permitan activar las acciones penales derivadas de los Delitos de Descubrimiento o Revelación de Secretos, o de Falsedad documental, o incluso las acciones civiles por responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y siguientes o 1902 y siguientes del Código Civil, según el responsable del posible perjuicio sea el centro sanitario encargado de la gestión o un tercero ajeno al mismo.

Cuando se trate de un *profesional sanitario que desarrollen su actividad de manera individual*, actuando en su propio nombre y en relación directa con el paciente, confluyen en el mismo la titularidad en cuanto al continente de la historia clínica, ex artículo 17.5 de la Ley 41/2002, como la titularidad del contenido respecto a sus datos profesionales y a sus anotaciones subjetivas previstas en el artículo 18 de la citada Ley, considerándose perjudicado penal y/o civil por la sustracción/alteración/cesión del soporte que contenga la historia clínica y sus medidas de seguridad, así como por el acceso/cesión no autorizados o alteración de sus anotaciones subjetivas.

VI.- DEBER DE CONSERVACIÓN Y CUSTODIA

El deber de conservación de la historia clínica ha sido abordado expresamente en el artículo 17 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente:

1. *Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial.*

No obstante, los datos de la historia clínica relacionados con el nacimiento del paciente, incluidos los resultados de las pruebas biométricas, médicas o analíticas que en su caso resulten necesarias para determinar el vínculo de filiación con la madre, no se destruirán, trasladándose una vez conocido el fallecimiento del paciente, a los archivos definitivos de la Administración correspondiente, donde se conservarán con las debidas medidas de seguridad a los efectos de la legislación de protección de datos.

2. *La documentación clínica también se conservará a efectos judiciales de conformidad con la legislación vigente. Se conservará, asimismo, cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Su tratamiento se hará de forma que se evite en lo posible la identificación de las personas afectadas.*

Sin perjuicio del derecho al que se refiere el artículo siguiente, los datos de la historia clínica relacionados con las pruebas biométricas, médicas o analíticas que resulten necesarias para determinar el vínculo de filiación con la madre del recién nacido, sólo podrán ser comunicados a petición judicial, dentro del correspondiente proceso penal o en caso de reclamación o impugnación judicial de la filiación materna.

3. *Los profesionales sanitarios tienen el deber de cooperar en la creación y el mantenimiento de una documentación clínica ordenada y secuencial del proceso asistencial de los pacientes.*
4. *La gestión de la historia clínica por los centros con pacientes hospitalizados, o por los que atiendan a un número suficiente de pacientes bajo cualquier otra modalidad asistencial, según el criterio de los servicios de salud, se realizará a través de la unidad de admisión y documentación clínica, encargada de integrar en un solo archivo las historias clínicas. La custodia de dichas historias clínicas estará bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario.*
5. *Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen.*

6. Son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contienen datos de carácter personal y, en general, por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

El deber de custodia de la historia clínica está regulado en el artículo 19 de la Ley 41/2002: El paciente tiene derecho a que los centros sanitarios establezcan un mecanismo de custodia activa y diligente de las historias clínicas. Dicha custodia permitirá la recogida, la integración, la recuperación y la comunicación de la información sometida al principio de confidencialidad con arreglo a lo establecido por el artículo 16 de la presente Ley.

De estos dos preceptos podemos extraer las siguientes consecuencias:

1. *La obligación de conservación y custodia* de las historias clínicas recae en los centros sanitarios, públicos o privados, que las gestionen, o en los profesionales sanitarios que ejerzan su actividad de manera individual, considerándose responsables del tratamiento de los datos relativos a la salud de sus pacientes en los términos del artículo 4.7 del Reglamento (UE) 2016/679 de 5 de diciembre, debiendo determinar los fines y medios del tratamiento de estos datos, así como sus medidas de seguridad técnicas y organizativas derivadas del artículo 32 de dicho Reglamento, activándose contra ellos la acción de responsabilidad por daños y perjuicios prevista en el artículo 82 del citado Reglamento, si bien el artículo 17.4 de la Ley 41/2002 deja recaer la responsabilidad inmediata de la custodia en la dirección del centro sanitario.

En este sentido, en junio de 2021, la Agencia Española de Protección de Datos elaboró en una guía la gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamiento de datos personales, previendo una serie de controles de disminución de riesgos sobre el tratamiento, medidas de gobernanza, medidas de protección desde el diseño, o medidas de seguridad para la protección de derechos y libertados.

2. *El tiempo de conservación*, se establece en un mínimo de 5 años desde el alta de cada proceso asistencial, con la excepción de la reclamación judicial de la historia clínica, de los datos relativos al nacimiento del paciente que determinen el vínculo de filiación materna que se conservarán en los archivos de la administración, así como cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud previstas en Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad,

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, o Real Decreto-Ley 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Todo ello, además de los diferentes plazos de conservación que nos encontramos en la legislación autonómica sobre derechos de los pacientes, que amplían el mismo hasta 20 años, como en Cataluña y Navarra, o incluso por tiempo indefinido, como en Galicia.

VII.- CONSECUENCIAS DERIVADAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Partiendo de que el deber de conservación y custodia de las historias clínicas recae en los centros sanitarios, públicos o privados, que las gestionan, y en el profesional sanitario que desarrolla su actividad de manera individual, actuando en su propio nombre y en relación directa con el paciente, tal y como establecen los artículos 17 y 19 de la Ley 41/2002 ya citados, considerándose todos ellos responsables del tratamiento de los datos relativos a la salud de sus pacientes en los términos del artículo 4.7 del Reglamento (UE) 2016/679 de 5 de diciembre, con las obligaciones de seguridad derivados del artículo 32 de dicho Reglamento y de los artículos 28 y siguientes de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se derivan múltiples consecuencias como resultado de la infracción o desatención de dichas obligaciones.

1. Responsabilidad en el Orden Social.

El artículo 8.11 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, considera como infracción muy grave *“Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.”*, estableciendo en su artículo 40 una sanción de multa desde 7.501 a 225.018 euros.

Por tanto parece que, en el caso de que se acceda y cedan a terceros, de forma no autorizada legalmente, datos del personal y profesionales sanitarios que intervienen en la elaboración y gestión de las historias clínicas, incluso de las anotaciones subjetivas ya referidas, podría activarse, por parte del trabajador, esta acción de responsabilidad social contra el centro sanitario que haya infringido

sus obligaciones de conservación, custodia y seguridad, considerándose, como ya decíamos, cotitulares junto al paciente del contenido de los datos personales, correspondiendo su investigación a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que inicie el expediente sancionador sobre la base del artículo 39.6 del Texto citado, y el ejercicio de la potestad sancionadora a la autoridad laboral estatal o autonómica que corresponda, con base en el artículo 48 de este Real Decreto Legislativo.

2. Responsabilidad Disciplinaria.

El artículo 54.d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, prevé como causa de despido disciplinario *“la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.”*

El artículo 95.e) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, establece como falta muy grave *“la publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función”*, previendo en su artículo 96.1.a) la separación del servicio como posible sanción.

La consecuencia laboral y funcionarial será, para los trabajadores y funcionarios que traten indebidamente los datos de la salud de los pacientes gestionados por los centros sanitarios en los que desarrollen sus funciones, la posibilidad de despido disciplinario y de separación de servicios.

Todo ello, como veremos, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que directamente se puedan dirigir contra ellos, por los perjuicios sufridos por los pacientes, o por el propio centro sanitario, derivados del acceso indebido y cesión a terceros de los datos relativos a la salud del paciente o incluso su alteración, así como del apoderamiento o transgresión de las medidas de seguridad del soporte que contenga la historia clínica que pertenece al centro sanitario.

La posibilidad de doble sanción, penal y administrativa, contra el funcionario que haya podido realizar una conducta indebida en relación con el tratamiento de los datos relativos a la salud, y la no afectación del principio *“non bis in idem”*, vendrá determinada por el diferente bien jurídico que pueda verse quebrantado en la configuración de la infracción en ambas jurisdicciones.

3. Responsabilidad Administrativa.

La infracción del deber de seguridad en la custodia y conservación de la historia clínica, que deriva del artículo 32 Reglamento (UE) 2016/679, puede desplegar una responsabilidad administrativa contra los responsables del tratamiento, esto es, contra los centros sanitarios, públicos o privados, que las gestionan, y contra el profesional sanitario que desarrolla su actividad de manera individual, ex artículo 70 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

La autoridad administrativa encargada de la exigencia de esta responsabilidad, y de la imposición de sanciones, es la Agencia Española de Protección de Datos, con base en los artículos 63 y siguientes de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.

Los artículos 70 a 78 de la citada Ley, establecen el régimen sancionador, clasificando las infracciones en muy graves, graves y leves, destacando los criterios de graduación y atenuación de las sanciones previstos en su artículo 76.

El artículo 83 Reglamento (UE) 2016/679 establece las cuantías de las multas a imponer derivadas de la infracción del artículo 32, pudiendo llegar a 10 millones de euros como máximo, o tratándose de una empresa, hasta el 2% del volumen de negocio anual total del ejercicio financiero anterior.

Como todo derecho sancionador, sigue rigiendo el *principio de presunción de inocencia*, debiendo ser el denunciante y la autoridad administrativa sancionadora, los que prueben el incumplimiento de sus obligaciones en materia de custodia y seguridad de la historia clínica por parte del centro sanitario encargado de su gestión, pudiendo este último presentar una contraprueba o explicación racional y convincente tendente a justificar su conducta (*Sentencia Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo de 8 de octubre de 2003*).

En este sentido, la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 26/09/2024 en el asunto C-786/21* permite la exoneración de responsabilidad para el responsable del tratamiento por la adopción de medidas inmediatas para paralizar la infracción de las medidas de seguridad preestablecidas por él mismo.

Así mismo, las *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos C-683/21 y C-807/21*, han establecido que, sólo cabe sancionar al responsable del tratamiento, si la infracción se ha cometido de forma culpable, es decir, de forma intencionada o negligente. También que, cuando el responsable del tratamiento sea una persona jurídica, como es el caso de los centros sanitarios públicos o privados, su responsabilidad proviene de las infracciones de sus representantes, directores,

gestores o cualquier otra persona que actúe en el marco de su actividad empresarial y en su nombre, incluso aunque no se pueda comprobar que la infracción ha sido cometida por una persona física identificada.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de fecha 20/10/2009, sanciona a una Mutua encargada de la prevención de riesgos laborales de dos empresas diferentes, por la transmisión por dicha Mutua entre dichas empresas de la historia clínica de un trabajador al que le hizo un reconocimiento médico en la primera de ellas, entendiendo que, el artículo 22.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995, tan sólo permite a dichas Mutuas transmitir la información de aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo derivado del reconocimiento médico efectuado para cada una de las empresas en concreto, pero no de datos derivados de la historia clínica y del reconocimiento médico efectuado anteriormente para otra empresa diferente.

Finalmente, *la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, de fecha 05/02/2021*, analiza el acceso a la historia clínica derivado de reclamaciones planteadas en vía judicial, tal y como prevé el artículo 16 de la Ley 41/2002 y el artículo 9.2.f) del Reglamento(UE) 2016/679, permitiéndolo en las reclamaciones extrajudiciales que tengan un origen directo en el proceso asistencial entre el paciente y el facultativo, en las comunicaciones de los centros sanitarios a las compañías aseguradoras de los datos de la salud de los pacientes reclamantes en virtud del artículo 16 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980 que obliga al tomador a comunicar tanto el siniestro como a proporcionar informaciones que afecten a la indemnización, como en las reclamaciones planteadas por vía judicial sobre la base de una autorización judicial limitativa de derechos fundamentales ex artículo 18 de la Constitución para que los centros sanitarios aporten dichas historias clínicas, incluso cuando aportadas por las partes sean admitidas como medio de prueba.

4. Responsabilidad Civil.

El artículo 82 del Reglamento (UE) 2016/679, establece el derecho de las personas que hayan padecido una infracción en el tratamiento de sus datos personales a ser indemnizados por los daños y perjuicios materiales e inmateriales sufridos.

Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos C-300/21, C-340/21, C-456/22, C-667/2, C-687/21, C-741/21, C-590/22, C-182/22, C-189/22, C-507/23 y C-200/23, establecen que no existe un derecho automático a ser indem-

nizado por infracción de la normativa, sino que se requiere, además, que el afectado haya sufrido daños y perjuicios, así como una relación de causalidad entre la infracción y los daños y perjuicios; en clara consonancia la responsabilidad extracontractual regulada en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.

Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos C-300/21, C-200/23, C-300/21, C-667/2, C-687/21, C-741/21, C-590/22, C-182/22, C-189/22, C-507/23 y C-200/23 determinan que, los conceptos de daños y perjuicios materiales o inmateriales derivados del artículo 82 del Reglamento, se rigen por el derecho de la Unión, mientras que la cuantificación de la indemnización rige conforme al derecho nacional de cada Estado miembro. Por ello, para que el daño sea indemnizable, habrá de acreditarse su existencia y consecuencias negativas, incluso aunque haya una pérdida de control sobre los datos personales durante un breve período de tiempo si el afectado demuestra unos mínimos daños y perjuicios, pero no habrá lugar a ello por un riesgo meramente hipotético del uso por terceros si se demuestra que nadie no autorizado tuvo conocimiento de datos personales. Además, establecen el carácter compensador y no punitivo de las indemnizaciones, lo que implica no tener en cuenta el grado de culpa o negligencia del responsable del tratamiento, o la actitud o motivación del mismo.

Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos C-667/2, C-741/21, C-182/22, C-189/22 y C-200/23, examinan la inversión de la carga de la prueba de manera que, cabe evitar la responsabilidad acreditando la falta de relación de causalidad, como en los ataques por cibercriminales probado el cumplimiento de las reglas de seguridad impuestas por la normativa nacional y comunitaria; no así cuando la infracción deriva de culpa o negligencia de una persona que actúa bajo su autoridad.

5. Responsabilidad Penal.

En esta jurisdicción, debe destacarse que existe un *concepto autónomo de documento* en el artículo 26 del Código Penal, como “*todo soporte material que exprese o incorpore datos hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*”, lo que coincide con el concepto legal de historia clínica del artículo 14.1 ya citado de la Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente, integrando también el concepto de documento electrónico regulado en el artículo 3 del Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de junio de 2014 como “*todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, texto o registro sonoro, visual o audiovisual*”.

Desde esta perspectiva, podemos encontrarnos, en primer lugar, con los posibles *Delitos de Falsedad Documental* de los artículos 390 a 396 del Código Penal, cuando se produce una alteración en la realidad de la historia clínica, manipulando su contenido en cuanto a los datos de la salud del paciente, de los datos del personal y profesionales sanitarios que intervienen en su elaboración, o incluso de sus anotaciones subjetivas, considerándose todos ellos posibles perjudicados en cuanto cotitulares de su contenido.

Cobra especial importancia las reflexiones que realizábamos sobre la naturaleza jurídica de la historia clínica ya que, en la alteración de historias clínicas gestionadas por centros sanitarios privados (artículos 395 y 396 del Código Penal), lo que supone su consideración como documento privado, para la exigencia de responsabilidad penal al autor de la falsificación, se requiere probar, además, que la conducta se ha realizado en perjuicio del paciente, con ese ánimo y con esa intención. Mientras que en la manipulación de historias clínicas gestionadas por centros sanitarios públicos (artículos 390 a 392 del Código Penal), otorgándole la naturaleza de documento oficial, no se requiere probar esa intención de perjudicar al paciente para la exigencia de responsabilidad penal, bastando la constancia objetiva de dicha alteración en cuanto a los datos que conforman su contenido. Todo ello, además de la posible responsabilidad civil exigible al autor por los posibles perjuicios causados, con base en el artículo 116 del Código Penal, incluso responsabilidad civil subsidiaria del centro sanitario cuando la falsedad se cometa en sus instalaciones por parte de su personal, ex artículo 120.3º del Código Penal.

Desde luego, no está prevista para estos delitos la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, esto es, de los centros sanitarios públicos o privados que gestionen la historia clínica, sobre la base de los artículos 31bis y 31ter del Código Penal ya que, se trata de delitos de propia mano, delitos comunes, en los que difícilmente se pueden introducir medidas de vigilancia y control en los modelos de organización y gestión.

En cuanto a los *Delitos de Descubrimiento y Revelación de Secretos* de los artículos de los artículos 197 a 201 del Código Penal, nos encontramos con una multiplicidad de posibles conductas, autores y afectados, pudiendo consistir en el acceso no autorizado legalmente a datos relativos a la salud o su difusión o revelación a terceros (artículo 197 del Código Penal), produciéndose una agravación de la pena de prisión y añadiendo una pena de inhabilitación cuando la conducta la realice un funcionario público (artículo 198 del Código Penal), por tanto, cuando se produzca respecto de

una historia clínica gestionada por un centro sanitario público. También pueden consistir en la sustracción del soporte que contenga la historia clínica, del ataque a sus medidas de seguridad, o del descubrimiento o cesión a terceros de sus contraseñas o claves de acceso (artículos 197bis y 197ter del Código Penal). Por tanto, en estas conductas, la naturaleza jurídica de la historia clínica, como documento privado u oficial, tan sólo tendrá relevancia para la agravación de las penas cuando se cometa en un centro sanitario público y su autor sea funcionario público, pero la conducta típica se comete y el tipo básico se aplica a todas las historias clínicas, gestionadas tanto por centros sanitarios públicos como privados.

Respecto a la primera de las modalidades, el acceso no autorizado a datos relativos a la salud de los pacientes, datos de los profesionales o anotaciones subjetivas, así como su difusión o revelación a terceros (artículos 197 y 198 del Código Penal), *la Sentencia del Tribunal Supremo 532/2015, de 23 de septiembre*, aclara cual es el *objeto del delito* ya que, establece que la protección penal se aplica a todos los datos que figuren en ficheros automatizados, públicos o privados, de carácter personal o familiar, considerándolos datos reservados a todos, y dentro de los mismos, hay datos identificados como sensibles, los que afectan de forma más relevante a la privacidad, como los datos relativos a la salud, que conllevan una tutela penal reforzada, mediante la aplicación de un tipo penal agravado y previsto en el apartado quinto del artículo 197 citado.

Sin embargo, aunque el objeto del delito sean todos los datos que figuren en ficheros automatizados, sí será relevante la distinción entre datos sensibles (relativos a la salud) y no sensibles (datos de los profesionales o anotaciones subjetivas), no sólo por la aplicación del tipo penal agravado aludido, sino también porque, como establecen las *Sentencias del Tribunal Supremo 234/1999, de 18 de febrero; 138/2009 de 30 de diciembre; 476/2020, de 25 de septiembre; 178/2021, de 1 de marzo; y 250/2021, de 12 de marzo*, el tipo penal requiere la causación de un perjuicio, analizando caso por caso, y distinguiendo cuando las circunstancias concretas produzcan un perjuicio determinado al titular de los datos o a un tercero, de cuando se produzca respecto de datos sensibles en los que el perjuicio va ínsito por la simple conducta del acceso no autorizado, como ocurre con el singular carácter de los datos relativos a la salud, que forman parte de la estricta intimidad de la persona.

Por otro lado, la *Sentencia del Tribunal Supremo 479/2023, de 19 de junio*, aclara que la conducta típica no consiste en acceder a ficheros, registro o soportes informáticos, sino el acceso a datos de carácter personal o familiar de una persona que

se encuentren registrados en los mismos, lo que requiere probar a qué datos concretos se ha accedido para poder exigir o no la responsabilidad penal de los preceptos citados, descartándola por la simple posibilidad de acceso sin poder concretar a qué datos se ha accedido, o cuando se accede a datos de conocimiento público y de difícil ocultación, como la simple existencia de una baja médica pero sin acceder a la causa médica que justifica la baja.

En cuanto a la posible *responsabilidad penal de la persona jurídica*, estos es, de los centros sanitarios públicos o privados que gestionen la historia clínica a la que se ha accedido, está expresamente prevista en el artículo 197 quinquies del Código Penal, pero sobre los parámetros del artículo 31bis del mismo Cuerpo Legal, es decir, que el autor sea representante legal, administrador o personal o profesional sanitario dependiente laboral o administrativamente del centro sanitario privado o público encargado de la gestión de la historia clínica, además de que el delito se cometa por cuenta y en beneficio directo o indirecto de los centros sanitarios, y que los mismos no hayan introducido medidas de vigilancia y control en los modelos de organización y gestión. Para el caso de que así se acredite, se prevén penas de multa, así como posibles penas de disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de realizar actividades futuras o inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas.

Respecto a la posible *responsabilidad civil de la persona jurídica, derivada del delito*, reiterar lo antedicho en los Delitos de Falsedad Documental en cuanto a la responsabilidad subsidiaria del centro sanitario cuando el delito se cometa en sus instalaciones por parte de su personal, ex artículo 120.3º del Código Penal.

Pero, además, habrá que entender que existe una responsabilidad civil directa cuando el delito afecte a datos relativos a la salud ya que, como decíamos, los datos relativos a la salud están previstos expresamente en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 de 5 de diciembre como datos personales cuyo tratamiento resulta prohibido, activando por tanto para el paciente la acción de indemnización prevista en el artículo 82 del Reglamento, si bien sobre los parámetros mencionados de que el paciente haya sufrido daños y perjuicios efectivos, así como que exista una relación de causalidad entre la infracción de reglas de seguridad impuestas por la normativa nacional y comunitaria y los daños y perjuicios sufridos.

Cuando el delito afecte a los datos de los profesionales o de terceros que intervienen en el tratamiento de la historia clínica, o a las anotaciones subjetivas, aunque no están previstos expresamente en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 de 5

de diciembre como datos personales cuyo tratamiento resulta prohibido, ni activen, por tanto, la acción de indemnización prevista en su artículo 82 del Reglamento, sí que todos ellos se consideran datos personales al amparo del artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679 de 5 de diciembre y, por tanto, objeto del delito como establecía *la Sentencia del Tribunal Supremo 532/2015, de 23 de septiembre*. En estos casos, el perjudicado no será el paciente, sino dichos profesionales, por lo que cabe que activen no sólo la responsabilidad penal y civil directa contra el autor del delito, sino también, la responsabilidad civil contra el centro sanitario encargado de la gestión de la historia clínica, tanto la responsabilidad civil subsidiaria ya mencionada cuando el delito se cometa en sus instalaciones por parte de su personal, ex artículo 120.3º del Código Penal, como la responsabilidad civil directa por responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y siguientes o 1902 y siguientes del Código Civil, con los mismos criterios que la acción de indemnización prevista en su artículo 82 del Reglamento: que el profesional haya sufrido daños y perjuicios objetivables, y que exista una relación de causalidad entre la infracción de las medidas de seguridad y dichos daños y perjuicios.

En cuanto a la segunda de las posibles conductas, la sustracción del soporte que contenga la historia clínica, del ataque a sus medidas de seguridad, o del descubrimiento o cesión a terceros de sus contraseñas o claves de acceso (artículos 197bis y 197ter del Código Penal), parece que el perjudicado por las mismas será el centro sanitario público o privado encargado de su gestión, o el profesional sanitario individual que gestione la historia clínica de sus pacientes, recordando la reflexiones que hacíamos en cuanto a la titularidad de la historia clínica, en este caso, sobre su continente, es decir, el archivo o soporte informático que contiene la historia clínica, a la vista de los deberes de conservación y custodia que les confieren los artículos 17 y 19 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente, así como a sus deberes en relación con los datos relativos a la salud como responsables del tratamiento en virtud de la Ley Orgánica 3/2018 y el Reglamento (UE) 2016/679 de 5 de diciembre.

No cabrá aquí plantearse una posible responsabilidad penal del centro sanitario público o privado, con base en el artículo 197quinquies del Código Penal, ni una responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.3º del dicho Cuerpo Legal, o una responsabilidad civil directa del artículo 82 del Reglamento (UE) 2016/679 o de los artículos 1101 y siguientes o 1902 y siguientes del Código Civil ya que, serán ellos los directamente perjudicados por la conducta delictiva, de manera que, tanto a los centros sanitarios como al profesional sanitario individual que gestionen las his-

torias clínicas cuyos soportes hayan sido sustraídos, o cuyas contraseñas o claves de acceso hayan sido descubiertas o cedidas a terceros, serán a los que les corresponda el ejercicio de las acciones civiles y penales contra los directamente responsables, además de la responsabilidad disciplinaria (laboral o administrativa) que pudiera derivarse cuando el autor del delito sea trabajador o funcionario de dichos centros sanitarios.

Todo ello, sin perjuicio del posible *Delito de Daños Informáticos* de los artículos 264 y 264bis del Código Penal exigible el autor del ataque a las medidas de seguridad/claves/contraseñas del soporte informático que contenga la historia clínica si, además, se borran, deterioran, suprimen o hacen inaccesible los datos o programas informáticos que la constituyen, agravándose la penalidad si el daño informático alcanza unas dimensiones tales que genere un grave peligro para la seguridad del Estado o la salud de la población.

VIII.- BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Española de 1978.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.
- Ley 14/1985, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Real Decreto-Ley 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de junio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Sentencia Tribunal Constitucional 94/1998, de 4 de mayo.
- Sentencia Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre.
- Sentencia Tribunal Constitucional 11/1998, de 13 de enero.
- Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, 319/2018, de 28 de junio.
- Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de fecha 08/11/1999.
- Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de fecha 10/10/1997.
- Sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, 835/2003, de 10 de junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 298/214, de 10 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 532/2015, de 23 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 234/1999, de 18 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 138/2009, de 30 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 476/2020, de 25 de septiembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 178/2021, de 1 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 250/2021, de 12 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 479/2023, de 19 de junio.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 26/09/2024 en el asunto C-786/21.
- Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos C-683/21 y C-807/21.
- Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos C-300/21, C-340/21, C-456/22, C-667/2, C-687/21, C-741/21, C-590/22, C-182/22, C-189/22, C-507/23 y C-200/23.
- Sentencia Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 8 de octubre de 2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de fecha 20/10/2009.
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, de fecha 05/02/2021.
- Informes 98/2020, 112/2019, 289/2017, 23/2007, 199/2005 y 585/2004 del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos.
- DOLORS GIMÉNEZ PÉREZ (2001) *“La historia clínica: aspectos éticos y legales”*. Revista Calidad Asistencial.
- JUAN SISO MARTÍN (2013) *“Historia clínica, su significado en la asistencia sanitaria”*. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia.

- JUAN SISO MARTÍN (2017) *“Historia clínica, su importancia en el proceso de responsabilidad sanitaria y su valor como medio probatorio”*. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia.
- RICARDO DE LORENZO Y MONTERO (2018) *“Propiedad de las historias clínicas.”*. [Https://redaccionmedica.com](https://redaccionmedica.com)
- JAVIER CASAL TAVASCI *“El régimen sancionador previsto en el RGPD y en la LOPDGDD”*. [Https://protecciondata.es](https://protecciondata.es)
- GARRIGUES (2024) *“¿Cuándo existe derecho y cuándo no a una indemnización de daños y perjuicios por infracción de la normativa de datos personales según el TJUE?”*. [Https://garrigues.com](https://garrigues.com)
- MISERICORDIA CAVALLER VERGÉS (2024) *“El concepto autónomo de responsabilidad civil en el ámbito de protección de datos personales en la era digital: análisis del artículo 82 del Reglamento 2016/679”*. Revista de Derecho Europeo.
- MARIA JOSÉ SANTOS MORÓN (2024) *“Reflexiones en torno a la jurisprudencia del TJUE sobre la acción indemnizatoria del art. 82 RGPD (asuntos C-300/21; C-340/21; C-456/22; C-667/21; C-687/21; C-741/21)”*. Cuadernos de Derecho Transnacional.
- SUSANA ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2025) *“La protección de los datos personales en la historia clínica”*. Tirant Lo Blanch.

EL DERECHO DE RESERVA DE LOS MÉDICOS SOBRE LAS ANOTACIONES SUBJETIVAS

Pedro Hidalgo Fernández

Médico.

Presidente del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz.

En el capítulo anterior se ha hecho extensa referencia a 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 clínica (conocida igualmente como Ley de Autonomía del paciente -LAP-), norma que fue aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 31 de octubre de 2002, y publicada el 15 de noviembre de 2002¹ entrando en vigor el 16 de mayo de 2003. Como igualmente se ha reflejado, se trata de una norma de gran importancia, pues de esta deriva el gran avance que tuvieron los derechos del paciente.

Además, su articulado vino a reforzar el derecho a la protección de la salud, recogido en el artículo 43 de la Constitución Española² y dio igualmente una respuesta específica a cuestiones que su antecedente, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad³, no trataba o lo hacía de una forma insuficiente, respecto a determinados derechos, como el de información y documentación sanitaria, así como el derecho a la información epidemiológica, el consentimiento informado, la historia clínica, y un largo listado de cuestiones.

Quizás por ello y a fin de exponer el tema de las *“anotaciones subjetivas”* como documento incluido la historia clínica, aunque una cuestión de interés es que en el artículo 15 de la Ley no se relaciona como *“Contenido de la historia clínica de cada*

-
- 1 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. Jefatura del Estado. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002
 - 2 El Artículo 43 de la Constitución Española de 1978 se centra en el derecho a la protección de la salud. En términos sencillos, este artículo establece que todos los ciudadanos tienen derecho a gozar de una buena salud y a recibir la atención médica necesaria para mantenerla. Este artículo también menciona que las autoridades públicas deben ser las encargadas de garantizar el acceso a la atención médica, así como de desarrollar políticas de prevención y promoción de la salud. Su objetivo es asegurar que todas las personas, independientemente de su situación socioeconómica, puedan recibir el cuidado médico apropiado y la información necesaria para llevar un estilo de vida saludable. En resumen, el Artículo 43 de la Constitución Española de 1978 establece el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una salud adecuada y a acceder a los servicios y la atención médica necesarios para su mantenimiento. Además, hace hincapié en la responsabilidad de las autoridades públicas en la promoción de la salud y el deporte para asegurar el bienestar de la población.
 - 3 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Jefatura del Estado. BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

*paciente*⁴, pero aun así, para poder comprender la redacción de este capítulo es preciso hacer referencia a tres artículos de la citada norma.

Así el artículo 3, define la *historia clínica* como “*el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial*”.

En segundo lugar, el artículo 15 indica que: “*la historia clínica incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente*”.

Y en tercer lugar y de manera específica, el artículo 18.3⁵ hace referencia al *derecho del paciente para disponer de su historia clínica*, incluyendo en su inciso final la posibilidad de que los profesionales sanitarios se opongan al derecho del paciente a la reserva de sus *anotaciones subjetivas*. Realmente, esta redacción no está suficientemente clara y por ello se han generado, y lo siguen haciendo, muchas dudas e incluso conflictos médico-legales, centrado cuestiones esenciales como: ¿qué se

4 El contenido mínimo de la historia clínica será el siguiente:

- a) La documentación relativa a la hoja clínico estadística.
- b) La autorización de ingreso.
- c) El informe de urgencia.
- d) La anamnesis y la exploración física.
- e) La evolución.
- f) Las órdenes médicas.
- g) La hoja de interconsulta.
- h) Los informes de exploraciones complementarias.
- i) El consentimiento informado.
- j) El informe de anestesia.
- k) El informe de quirófano o de registro del parto.
- l) El informe de anatomía patológica.
- m) La evolución y planificación de cuidados de enfermería.
- n) La aplicación terapéutica de enfermería.
- ñ) El gráfico de constantes.
- o) El informe clínico de alta.

5 El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas

consideran anotaciones subjetivas? y ¿hasta dónde tiene el paciente derecho de acceso a estas anotaciones y si el médico delimitada o no la información que puede poner a disposición del paciente?

Pero antes de adentrarnos en el desarrollo de lo expuesto, es oportuno definir lo que se entiende por *anotaciones subjetivas*, algo que realmente no resulta sencillo, pero para poder partir de algún concepto, tomamos como definición básica la que nos aporta De Lorenzo y Aparici⁶, indicando que se trata de *“impresiones personales del médico sobre actitudes del paciente que no han sido contrastadas de una manera objetiva”*.

Como se indicaba anteriormente, la propia Ley 41/2002 no la define, aunque sí hace extensa reseña a la misma. Quizás por eso al ser la definición legal bastante indeterminada e imprecisa, da lugar a interpretaciones muy distintas, sobre lo que se consideran o no *anotaciones subjetivas*.

Revisando las legislaciones autonómicas⁷ en esta materia, encontramos referencias contradictorias, ya que algunas normas hacen referencia acerca de la trascendencia clínica que tienen las anotaciones subjetivas y por el contrario otras indican lo contrario, como trataremos de exponer seguidamente.

La primera legislación que incluyó la definición de *“anotaciones subjetivas”* fue Extremadura, por medio de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente⁸, en su artículo 32.4.d, indicando que: *“A los efectos de lo dispuesto en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, se entenderán por anotaciones subjetivas las impresiones de los profesionales sanitarios, basadas en la exclusiva percepción de aquellos, y que, en todo caso, carecen de trascendencia para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente, sin que puedan tener la consideración de un diagnóstico”*. Como se puede resaltar en esta redacción se destaca que las ano-

6 De Lorenzo Y Aparici, O. “Problemática de las anotaciones subjetivas de la Ley 41/2002”. Comunicación XII Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario, 2006.

7 La Ley 41/2002 establece el marco general para la autonomía del paciente en toda España. Sin embargo, las comunidades autónomas tienen competencias en sanidad, lo que les permite desarrollar leyes propias que complementan y detallan aspectos como el consentimiento informado, las voluntades anticipadas o los cuidados paliativos. Estas leyes responden a las particularidades demográficas, culturales o sanitarias de cada región, y son especialmente relevantes para los profesionales sanitarios que ejercen en entornos públicos o privados dentro de esas comunidades.

8 Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente. Comunidad Autónoma de Extremadura. DOE núm. 82, de 16 de julio de 2005

taciones subjetivas son parte de la historia clínica, tal y como se recoge en el artículo 32.4.d, sobre contenido de la misma⁹ y que se trata de datos que tienen interés para la asistencia sanitaria, pero a la vez son «reservadas» y «personales», y por tanto no se entregan al paciente como parte del acceso a su historia clínica.

Años más tarde, en Galicia¹⁰ y mediante el Decreto 29/2009, de 5 de febrero¹¹ incluyó en su artículo 21 una nueva definición de “*anotación subjetiva*”: “*se entiende por anotaciones subjetivas las valoraciones personales, sustentadas o no en los datos clínicos de que se disponga en ese momento, que no formando parte de la historia clínica actual del/de la paciente o usuario/a, puedan influir en el diagnóstico y futuro tratamiento médico una vez constatadas*”¹². En esta se puede extraer una cuestión ciertamente significativa y es el no considerar a las anotaciones subjetivas como parte de la historia clínica.

Del mismo modo se manifestaron las legislaciones tanto de Castilla-La Mancha¹³,¹⁴ como del País Vasco¹⁵,¹⁶, las cuales, en su articulado, consideran que se trata de va-

9 Artículo 32 Contenido.

10 <https://www.delorenzoabogados.es/blog/definiciones-y-anotaciones-subjetivas>. [acceso el 23 de septiembre de 2025]

11 Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica. DOG Núm. 34, 18 de febrero de 2009 Pág. 3.292[acceso el 20 de septiembre de 2025]

12 A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende por anotaciones subjetivas las valoraciones personales, sustentadas o no en los datos clínicos de que se disponga en ese momento, que no formando parte de la historia clínica actual del/de la paciente o usuario/a, puedan influir en el diagnóstico y futuro tratamiento médico una vez constatadas.

El personal sanitario deberá abstenerse de incluir expresiones, comentarios o datos que no tengan relación con la asistencia sanitaria del/de la paciente o que carezcan de valor sanitario.

13 Decreto 24/2011, de 12 de abril, de la documentación sanitaria en Castilla-La Mancha. (DOCM 74 de 15-04-2011)

14 Artículo 21. Anotaciones subjetivas. 1. *A los efectos previstos en el presente Decreto, se entenderán por anotaciones subjetivas las impresiones de los profesionales sanitarios no sustentadas directamente en datos objetivos o pruebas complementarias y que, en todo caso, resulten de interés para la atención sanitaria al paciente y que expresamente sean calificadas como tales por el profesional que las realiza.* 3. *Los profesionales sanitarios deberán abstenerse de realizar en las historias clínicas anotaciones que carezcan de interés para el manejo de los problemas de salud por el mismo u otro profesional.*

15 Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica. Boletín Oficial del País Vasco nº 65, 29 de marzo de 2012.

loraciones personales que tienen interés para la atención sanitaria del paciente y que pueden influir en el diagnóstico y futuro tratamiento médico una vez constatadas, añadiendo ambas que los profesionales sanitarios deberán abstenerse de incluir expresiones, comentarios o datos que no tengan relación con la asistencia o que carezcan de valor sanitario. En estas igualmente no se considera como contenido de la historia clínica, pero sí establece lo que no debe incluirse como tales anotaciones subjetivas.

E igualmente se manifiesta Navarra, indicando que por *anotaciones subjetivas* se entienden las impresiones o valoraciones personales de los profesionales sanitarios no sustentadas directamente en datos objetivos o pruebas complementarias y que, en su criterio, resulten de interés para la atención sanitaria del paciente. Se considerarán anotaciones subjetivas únicamente aquellas que puedan encuadrarse en algunos de los siguientes apartados: - Valoraciones sobre hipótesis diagnósticas no demostradas - Sospechas acerca de incumplimientos terapéuticos - Sospechas de tratamientos no declarados - Sospechas de hábitos no reconocidos - Sospechas de haber sido víctima de malos tratos - Comportamientos insólitos.

Ante esta disparidad, ¿qué solución se puede tomar? Si revisamos nuevamente la Ley 41/2002 y más concretamente su artículo 15.¹⁷, indica que la historia clínica debe incluir toda aquella *“información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente”*. Y por tanto siguiendo el tenor de esta expresión, todo aquello que no tenga esta consideración no debería incluirse, por parte del médico, en la historia clínica del paciente.

En este sentido, diremos que en épocas pasadas las *anotaciones subjetivas* eran utilizadas con cierta frecuencia por parte de los médicos, pero en la actualidad se ha pasado a una auténtica limitación o incluso a una evitación en cuanto a su utilización

16 Artículo 7. 4.– *Se entenderán por anotaciones subjetivas las impresiones o valoraciones personales de las y los profesionales sanitarios no sustentadas directamente en datos objetivos o pruebas complementarias y que, en su criterio, resulten de interés para la atención sanitaria de la persona paciente.*

17 Artículo 15. Contenido de la historia clínica de cada paciente. 1. *La historia clínica incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente. Todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada.*

e inclusión, sin poder establecerse una generalización, pues no se puede obviar que muchas veces estas impresiones subjetivas son de esencial importancia para el conocimiento veraz del estado de salud del paciente, al contener impresiones tanto de los médicos como de otros profesionales sanitarios, encargados del proceso asistencial, que se sustentan en un conjunto de informaciones relacionadas directamente con el cuadro clínico del paciente, de las cuales algunas tienen auténtico apoyo en datos objetivos.

Pero para concretar un poco el contenido de este capítulo, plantearemos dos cuestiones, relacionadas con las *anotaciones subjetivas*, que a mi modo de ver son las que generan especiales conflictos a los médicos:

1. ¿Las anotaciones subjetivas forman parte de la historia clínica?
2. ¿El paciente tiene derecho de acceso a las anotaciones subjetivas?

1. ¿Las anotaciones subjetivas forman parte de la historia clínica?

La historia clínica es un continuo, pero sin olvidar que cada acto médico que se refleja en ella es un acto único en sí mismo del cual se hace responsable, tanto el médico como el profesional sanitario que lo realiza. Pero paralelamente, es un todo indivisible en referencia a los datos que se reflejan en ella, los cuales merecen como elemento esencial el mantenimiento de la confidencialidad, tanto desde el punto de vista legal como ético-deontológico.

Aunque ya hemos hechos referencia normativa al respecto, realmente entendemos que todo lo que se incluye en la historia clínica, forma parte de la misma.

Cierto es que se trata de un documento con un matiz diferente al resto de los documentos que se incluyen en una historia clínica. Su utilización se suele destinar a casos muy particulares como pacientes conflictivos, o para tratamientos con patologías mentales, donde se evidencian o incluso se plantean problemas en la relación médico-paciente, o bien se objetivan detalles sobre la posible falsedad en la información que aporta el paciente, o incluso la falta de adherencia a un determinado tratamiento por parte de este, así como posible información que aportan terceras personas y que deben ser conocidos por el médico responsable del proceso asistencial, por su trascendencia, pero no es adecuado que el paciente conozca su origen. Por ello, y aunque estas anotaciones queden registradas en la propia historia clínica, deben hacerse con las debidas precauciones, utilizando documentos que estén bien diferenciados, tanto si se trata de una historia clínica en papel o bien si está informatizada, procurando que esté debidamente protegido y al que sólo pueda tener acceso el médico que las haya generado.

En definitiva, nadie puede dudar de que se trata de un tipo de información escrita, relacionada con el proceso asistencial, pero que debe tener la consideración de “reservada” y «personal» que siendo parte de la historia clínica, quede fuera del contenido de la misma para que el paciente o personas autorizadas no puedan tener acceso ni conocimiento. De esta manera, la información queda como una cuestión privativa del médico y/o del profesional sanitario derivada de una actividad subjetiva del mismo.

Aunque, entendemos y defendemos que las *anotaciones subjetivas* son parte de la historia clínica, hay autores como, Hernando, Seoane y Asís¹⁸, que aportan una serie de peculiaridades aclaratorias al respecto:

1. No son juicios clínicos, sino «*anotaciones personales clínicas*», que se distinguen con mayor o menor claridad de los resultados de las exploraciones, el juicio diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento, pues no surgen de la observación de un hecho biológico o de su evolución y no plantea alternativas diagnósticas o decisiones clínicas; por lo tanto, no pueden ser objeto del derecho del paciente de disponibilidad.
2. Son impresiones personales del médico, fruto de su labor deductiva, sobre el paciente o incluso sobre su entorno, de carácter inicial en el *iter* de la relación asistencial y que han de poseer trascendencia clínica; son, por tanto, juicios de valor que no tiene por qué conocer el paciente.

Profundizando un poco más en este asunto y desde la óptica legal, en el RD 1093/2010, de 3 de septiembre¹⁹, Anexo VIII, hace clara referencia al “*Conjunto de datos de la historia clínica resumida*” en el apartado “*Observaciones subjetivas del Profesional*” y dice que: «*La única justificación de este campo es recoger valoraciones del profesional siempre que sean de auténtico interés para el manejo de los problemas de salud por otro profesional. Solo deberán ser reseñadas aquellas anotaciones que sean encuadrables en alguno de los siguientes apartados: – Valoraciones sobre hipótesis diagnósticas no demostradas – Sospecha acerca de incumplimientos terapéuticos. – Sospecha de tratamientos no declarados. – Sospecha de*

18 Hernando P, Seoane JA, Francisco de Asís J. a reserva de las anotaciones subjetivas: ¿derecho o privilegio?. Revista de Calidad Asistencial. Vol. 21. Núm. 1. Pp:31-38 (enero 2005).

19 Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud. BOE Núm. 225 jueves 16 de septiembre de 2010.

hábitos no reconocidos. – Sospecha de haber sido víctima de malos tratos – Comportamientos insólitos”.

Por su parte autores tan relevantes en el ámbito del Derecho Sanitario como Sánchez Caro y Abellán²⁰ indican que anotaciones subjetivas los *“comentarios o impresiones personales que puede hacer el médico en un momento determinado, siempre que tengan trascendencia clínica, pues en otro caso no deberían incluirse en el historial”*. Cuestión que puede resultar compleja de entender, desde la vertiente médica, pues esos comentarios e impresiones se recogerán, por parte del médico, al considerarse importantes para el proceso asistencial, aunque con las debidas precauciones éticas y deontológicas, ya que se trata, en palabras de Romeo Casabona y Castellano Arroyo²¹, de *anotaciones subjetivas* del médico con relación a las reacciones y actitudes del paciente, que son de especial importancia en algunos casos.

En este sentido y desde el ámbito médico-legal, el siempre recordado Prof. Villanueva indicaba que quizás para tratar esta problemática sea preciso hacer referencia a que no caben anotaciones subjetivas del médico en las que se falte o denigre la dignidad del enfermo. Enrique Villanueva²², y señalaba que el médico cuando las redacte *«deberá guardar las normas éticas y estéticas que regulan la relación médico-paciente, guardando las reglas del decoro, decencia y sin humillar la dignidad del paciente»*.

2. ¿El paciente tiene derecho de acceso a las anotaciones subjetivas y tiene el médico obligación de entregarlas anotaciones?

Cuando el paciente quiere ejercitar su derecho de acceso a su historia clínica, y, por tanto, obtener copia de la misma, nos planteamos si ¿el paciente tiene derecho de acceso a las anotaciones subjetivas y si tiene el médico obligación de entregarlas?

20 Sánchez Caro J., Abellán F. derechos y Deberes de los pacientes. Ed Comares, 2003, p. 75.

21 Romeo Casabona, CM. y Castellano Arroyo, M. (1993); La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y el acceso a la historia clínica.

22 Enrique Villanueva Cañadas (1940-2021) fue un médico forense y catedrático español en la Universidad de Granada. Considerado como referente en la medicina forense en España, abrió la Medicina Legal moderna a otros campos como la Genética o la Toxicología médica

La materia que exponemos, hace referencia a dos cuestiones esenciales, como son el *deber* de información del paciente y la *conservación* de datos de salud que tienen relevancia sobre el estado de salud del paciente.

La Ley 41/2002 establece en su artículo 18.1²³ que el paciente en casi la totalidad de los casos tiene derecho de acceso y disposición, la citada norma legal permite que accedan a ella los profesionales de la salud que tengan relación directa con el diagnóstico y tratamiento, el personal administrativo y al personal que tenga que hacer vigilancia y control, entre otros.

Aún así, hay que tener presente que al indicar que “*en casi la totalidad...*” implica que este acceso a la información del paciente no significa el acceso a toda la información que consta en el mismo por parte del titular, pues existen determinados datos que, al menos, en las más de las veces y mientras sea posible, deben quedar apartados o reservados.

En definitiva, que, aunque esa información sea del paciente no es él quien la tiene bajo su custodia. Esto se debe a que al ser la información de salud una recopilación de datos sensibles con finalidad compleja, necesita cuidados especiales para su conservación y por ello queda regulada de una manera muy exigente.

El artículo 18.3 de la LAP²⁴ concreta una serie de limitaciones al derecho de acceso de información clínica del paciente. Una de factor objetivo (estado de necesidad terapéutica²⁵) y otra de carácter subjetivo que es el correspondiente al referido artículo.

23 Artículo 18. Derechos de acceso a la historia clínica. 1. El paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos.

24 Art. 18.3. El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas

25 Artículo 5. 4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave

La propia Agencia Española de Protección de Datos²⁶ en relación a las anotaciones subjetivas estableció hace algunos años que se trata de: *“.....toda aquella documentación o registro que en su origen no esté soportada o acompañada de un registro de hechos medibles y por tanto constatable, estimando como “información objetiva” todo aquel contenido en los informes médicos, de enfermería y exploraciones complementarias realizadas”*. Cuestión que es importante si se tiene en cuenta que quien realmente valora al paciente y, por tanto, puede apreciar las circunstancias de cada caso es el médico.

Este pronunciamiento de la Agencia Española de Protección de Datos, determina que la acreditación de que nos encontramos ante una anotación subjetiva le corresponde realizarla al médico responsable del proceso y nunca a la institución sanitaria.

Por otra parte y en palabras de Ricardo De Lorenzo²⁷, el acceso del paciente a su historia clínica tiene dos límites. El primero, el derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en el documento y que se hubieran recogido en interés terapéutico del enfermo. En segundo término, el derecho de los profesionales que han participado en la elaboración del historial, de retirar sus anotaciones subjetivas.

Abundando en lo anterior, Gil Membrado²⁸ indica al respecto que: *“se trataría, por lo tanto, de impresiones subjetivas del profesional sobre el enfermo o sobre su entorno con trascendencia clínica y, que por ello, deben integrarse a la HC del paciente, pero que a diferencia de los resultados de las exploraciones, el juicio diagnóstico, el pronóstico, el tratamiento, etc... no constituyen parte del juicio clínico sino que son juicios de valores respecto a los que el paciente tiene restringido el acceso”*.

En definitiva, el médico no tiene la obligación de entregar las anotaciones subjetivas de la historia clínica al paciente, aunque si una copia del resto de la historia clínica, pudiendo suprimir o no hacer entrega de las anotaciones subjetivas al paciente, que a veces son consideradas como las valoraciones personales del médico.

26 Resolución R/00633/2004 AEPD, de 26 de mayo.

27 <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/2009/03/definiciones-y-anotaciones-subjetivas.html>. [acceso el 20 de septiembre de 2025]

28 Gil Membrado C (2010). La Historia Clínica. Deberes del responsable del tratamiento y derechos del paciente. Ed. Comares. Granada. España.

Todo ello da lugar, por una parte, a que es totalmente recomendable que el médico tenga claramente delimitada la información que sí puede ponerse a disposición del paciente de aquella privada que integra las anotaciones subjetivas. Y, por otra parte, que el paciente no puede exigir al facultativo la entrega de dichas valoraciones personales.

ALCANCE, REQUISITOS, LÍMITES Y RENUNCIA DEL PACIENTE AL DERECHO SOBRE INFORMACIÓN CLÍNICA

Juan Calixto Galán Cáceres

Fiscal del Tribunal Supremo.

I.- ALCANCE DE LA INFORMACIÓN CLÍNICA

Ciertamente el contenido, la extensión y la adecuación de la información que proporcione el facultativo a su paciente determina la relevancia y la corrección de lo que normativa, doctrina y jurisprudencialmente representa el consentimiento informado en la actividad sanitaria.

Ríos de tinta e infinidad de alocuciones verbales, a la vez que decenas de sentencias y resoluciones de los jueces y tribunales de nuestro país se han emitido desde la entrada en vigor de la llamada Ley de la autonomía del paciente y documentación clínica (Ley 41/2002) que entró en vigor el 16 de mayo del año 2003.

Con más de 22 años de vigencia debemos reafirmar ahora el paradigma del espectacular cambio de la relación médico-paciente en el antes y el después del derecho de la información que debe proporcionar el facultativo respecto de sus actos médicos y alternativas de tratamiento a la persona necesitada de su atención profesional.

Mi humilde participación en esta loable iniciativa editorial del Colegio de Médicos de Badajoz (como en tantas ocasiones) parte de una previa y doble consideración que entiendo necesaria realizar a estos efectos, en primer lugar, soy consciente de que todo lo que concierne al consentimiento informado del paciente es un tema tan recurrente y ampliamente debatido que resulta complicado aportar ideas originales o complementarias a la materia que tan amplia difusión afortunadamente ha tenido y sigue teniendo entre juristas y facultativos, por lo que, y forzado por la imperativa pequeña extensión de esta aportación, acudiré a los basamentos de la estructura más esencial de la información clínica y en menor medida, pero inevitablemente del propio consentimiento informado del paciente, y en segundo lugar, me resulta imprescindible analizar la problemática y casuística de estas cuestiones a través del abordaje jurisprudencial que matiza y clarifica numerosos aspectos en la exigencia conforme a ley del contenido de la información clínica, el modo de comunicarla y la actitud del paciente en los supuestos conflictuales que de modo tan abundante se presentan en las diversas instancias jurisdiccionales.

Jurídicamente la información clínica y el consentimiento informado son un binomio inseparable, de tal forma que la calidad y la corrección de la primera determinarán una prestación adecuada del consentimiento del paciente, o lo que es lo mismo, la información no apropiada e insuficiente del médico sobre el proceso asistencial consecuentemente derivará en un consentimiento defectuoso y anómalo para el paciente, que en muchas ocasiones genera conflictos indeseados que finalmente se resuelven en la vía judicial.

La información asistencial viene regulada de modo expreso en el artículo 4 de la mencionada ley 41/2002, y para no repetir el texto literal del precepto, significamos que se confiere como un derecho general del paciente en el ámbito de su salud con el compromiso del médico de facilitar toda la información disponible salvo que por ley esté exceptuado, y que esta información general se proporcionará con carácter general de modo verbal advirtiéndolo al paciente de la finalidad naturaleza riesgos y consecuencias de la intervención. Igualmente, en cuanto al modo de expresar la información el párrafo segundo exige que la misma sea cierta y comunicada de modo comprensible y adecuado para el paciente al que ayudará a tomar la decisión que corresponda respetando su voluntad, y finalmente incide que esa obligación de informar atañe tanto al médico responsable como a todos aquellos que intervenga durante el proceso asistencial.

II.- REQUISITOS DE LA INFORMACIÓN CLÍNICA

Las exigencias necesarias para integrar una adecuada información asistencial las acabamos de mencionar en el apartado anterior y con carácter sintético se centra en la necesidad de hacerlo de modo verbal al paciente dejando constancia en la historia clínica de cuál es la finalidad la naturaleza los riesgos y las consecuencias de la intervención, e igualmente necesita que sea verdadera, lo que supone que debe ser completa y no sesgada, ni recortada de modo parcial, con independencia de la finalidad que pueda atribuirle el médico, incluso aunque los realizase de buena fe con el propósito de no asustar o intimidar al paciente, ya que en el propio artículo que acabamos de mencionar se recoge que toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada, en cuyo caso si las características o el tenor de la información presentan un carácter muy pernicioso para el paciente, de modo que incluso tuviera tener un efecto directo negativo para su salud, en algunos casos, incluso puede ser conveniente que el facultativo pueda advertir de esta posibilidad al propio paciente, aunque con carácter general será la propia habilidad y experiencia del médico la que hará posible que en cualquier circunstancia el paciente pudo haber cumplido su facultad legalmente concedida para ser correctamente informado y continuar con normalidad el propio proceso asistencial.

Con carácter destacado, y en los albores del consentimiento informado, queremos mencionar la STS de la Sala 3ª de 4 de abril del 2000, (de lo contencioso del Tribunal Supremo) que precisamente es anterior a la Ley 41/2002 y aunque la misma ha sido superada como luego veremos en cuanto al alcance de la información clínica. En

este caso que el paciente resultó parapléjico en el marco de una intervención quirúrgica, nos dice la Sala al respecto: *“El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.* Esta doctrina ha sido reiterada en la STS de 19 de septiembre del año 2012.

El proceso reflexivo me induce a pensar que las afirmaciones que entonces realizaba el Tribunal Supremo, en realidad, apuntan a la necesidad de transmitir una información adecuada como verdadera y completa, que ciertamente no tiene que ser excesiva, y si incidir en los beneficios en relación con los riesgos que exige la intervención médica en cada caso concreto, y en realidad este es el criterio que jurisprudencialmente se ha seguido luego, donde la libertad del paciente siempre viene matizada por una información clínica correctamente prestada con anterioridad por el facultativo.

Con carácter general mencionamos ahora la Sentencia del TSJ de Extremadura (Contencioso) de 18 de septiembre del año 2024, ya que la información clínica a detallar al paciente se incrementa respecto de la naturaleza de los actos médicos a practicar y del tratamiento que se ofrece y las alternativas al mismo cuando estamos en presencia de intervenciones quirúrgicas y actos de considerable relevancia corporal para el paciente, y en este sentido se alude a que en los casos en que el consentimiento se deba prestar por escrito en la intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente), el contenido de la información ha de ser más amplio, debiendo incluir todos los extremos que se indican en los artículos 10 de la ley estatal, y 8 de la ley autonómica (identificación y descripción del procedimiento, objetivo del mismo, beneficios que se esperan alcanzar, alternativas razonables a dicho procedimiento, consecuencias previsibles de su realización, Consecuencias de la no

realización del procedimiento, riesgos frecuentes, riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia, riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente, contraindicaciones.

En este ámbito, y ciertamente con carácter anterior nos llama la atención la STS (Civil) de 17 de abril de 2007 en un caso donde el facultativo no informó en la información proporcionada para el consentimiento informado que como consecuencia del tratamiento a un paciente entre sus riesgos existía la posibilidad de padecer disartria que es la pérdida de la capacidad de articular las palabras con normalidad, y la sentencia no recoge que existiera una información detallada sobre ese extremo, y concretamente en ese extremo, en ese periodo temporal no era necesario informar de aquellos riesgos que no tuvieran un carácter típico por no producirse con frecuencia, ni ser específico del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria. Sin embargo, el artículo 10.1 de la ley 41/2002 obliga a informar de los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, así como los riesgos probables y las contraindicaciones, de forma que podemos concluir que la información clínica suministrada es segura y completa para el paciente.

No obstante, la jurisprudencia, en general, se manifiesta más acorde con la STSJ de Extremadura que antes analizábamos, así la STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2024 (Contencioso) nos indica en materia de información ofrecida por el facultativo: *“Se refleja en el CI como «obstrucción de vasos de órganos no deseados» como un riesgo grave con menos de un 10% de frecuencia y que el paciente asume, acepta y firma, y por ello no puede decir que no existe y no lo conoce”*

Especialmente interesante resulta la STS de 1 de febrero de 2008 en un caso de un paciente con cáncer de mama metastásico de cinco años de evolución con comprensión medular donde se le practicó una laminectomía descompresiva, y no se le informó de la posibilidad de someterse a radioterapia como tratamiento alternativo, procediendo pues a la emisión de un CI defectuoso que dio lugar a la estimación del recurso de casación de la paciente y el reconocimiento de una indemnización de 60.100 euros

De modo complementario, pero perteneciente al marco informativo al que tiene derecho el paciente, debemos recordar el contenido del RD 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza de cuyo artículo 8 extractamos que el proveedor de asistencia sanitaria deberá facilitar al paciente la información adecuada que le permita elegir, con pleno conoci-

miento de causa, entre las opciones de tratamiento o alternativas asistenciales. También le facilitará, cuando lo solicite, información acerca de los resultados conocidos de estas opciones en la práctica general y en el propio centro.

La otra arista esencial en el proceso de expresar la información clínica adecuada al paciente estriba en, - como dice la propia ley- comunicar la misma al interesado de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para que con arreglo a su voluntad y a su propia capacidad de haber sido instruido e ilustrado de las características naturalezas y consecuencias del proceso asistencial, pueda luego decidir libremente lo que entienda más conveniente para su salud, que en la mayor parte de los casos, tendrá reflejo en el consentimiento informado cuando sean necesarios intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos o terapéuticos invasores o cualesquiera otros que generen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa para el paciente.

En el ámbito de la información comprensiva y adecuada a las necesidades del paciente, debemos ahora detenernos en la necesidad de que esa exigencia puede originar mayor esfuerzo para el facultativo cuando estamos en presencia de personas sometidas a cualquier tipo de discapacidad de carácter psíquico (y en algunos casos también físico) que ciertamente implica que el proceso de comunicación pueda ser más complejo y detallado.

En este sentido resulta imprescindible aludir a la ley 8/21 de 2 de junio por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con capacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y como en definitiva, en este ámbito principal de la salud son trasladables las consideraciones que se efectúan en el texto legislativo citado para que las personas que adolezcan de minoración de su capacidad puedan realizar la toma de decisiones con las mismas garantías y con un proceso de información asistencial lo más completo posible y en las mismas condiciones que el resto de las personas, por imprescindible aplicación del artículo 14 de la Constitución Española de 1978 referido a la cláusula de igualdad.

Por ello, y a estos efectos, cuando se realice la información clínica, es de todo punto necesario contar con los representantes legales del discapacitado si los tuviera (guardador de hecho o curador del modo que refiere la legislación civil en los artículos 263 y 268 del Código Civil), y preceptos concordantes modificados por esa ley, y de igual forma y respecto a estas personas que no tienen la capacidad íntegra, a falta de las personas mencionadas será preciso reflexionar sobre las medidas de apoyo que se hayan dictado para las mismas a fin de hacer viable la información asistencial en un proceso normalizado y completo.

Similares reflexiones se pueden efectuar también a propósito del proceso de comunicación de información a los menores, que en su caso será como indica el Código Civil a sus representantes legales respecto de aquellos menores no emancipados en situación de desamparo, o aquellos que tampoco hayan sido emancipados y que no estén sujetos a patria potestad, el cuyo caso esa información sería comunicada con todas las garantías legales a los padres y a dicho menor, Del mismo modo y a efectos de la información para su consentimiento informado, la misma se comunicará a su padres o tutor en los caso en que el menor no sea capaz de comprender intelectual o emocionalmente el alcance de una intervención médica, pero en todo caso por imperativo de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor si el mismo tiene 12 años, el médico debe cumplir con la obligación de informar al paciente y conocer su opinión.

Pero somos conscientes que en esta sociedad tan globalizada y con tanto acceso a cualquier tipo de información, son cada vez más los casos donde se aprecia por los médicos en su actividad profesional la figura del llamado “*menor maduro*”, que no tiene una relación jurídica directa ni de efectos jurídicos en relación con el concepto civil de menores emancipados, sino que encuentra su acomodo en que el mismo con edad superior a 12 años y no mayor de 16 años, a pesar de ser menor de edad tiene idoneidad suficiente con una madurez intelectual y emocional adecuadas para tomar decisiones que le afectan de modo directo en el ámbito de su salud, y dónde ese proceso comunicativo de la información clínica por el médico adquiere un carácter muy importante, para que el facultativo este es suficientemente convencido que el menor va a decidir con libertad, con toda la información posible, asumiendo los riesgos de su decisión y todo su entorno contextual, de la forma que alude el propio artículo 9 de la ley 41/2002, al que a continuación haremos referencia.

III.- LOS LÍMITES Y LA RENUNCIA A LA INFORMACIÓN CLÍNICA

Del contenido de la Ley 41/2002 en su artículo 9 se abordan los límites del CI y la renuncia a la recepción de la información clínica, que, en este caso, la renuncia está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso, y esa decisión de no recibir información no le exime de prestar convenientemente el CI que resulte procedente.

Por razones de la breve extensión de esta aportación vamos a prescindir del resto de obligaciones legales que se mencionan para el CI en el propio artículo 9 y en la problemática del CI por representación para centrarnos estrictamente tal y como se nos exige en el epígrafe antes indicado en algunas peculiaridades que inciden en los

límites de la información que facultativamente presta el médico al paciente, y en la renuncia a la recepción de la misma por parte de este último.

Como se señala – y cuyas afirmaciones compartimos plenamente en el Memento de la editorial del Derecho, en relación con el artículo 5.4 de la ley 41/2002 *“El derecho a la información asistencial puede limitarse en caso de estado de necesidad terapéutica. Se entiende por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.*

La limitación del derecho a la información asistencial como consecuencia de la existencia de estado de necesidad terapéutica que afecta a un paciente exige al médico:

- *dejar constancia motivada del mismo en la historia clínica;*
- *comunicar su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.*

El principio de autonomía personal, exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud (TS 4-4-00, EDJ 9963), resulta inherente a su dignidad personal e implícito en el derecho constitucional del libre desarrollo de su personalidad como fundamento del orden político y de la paz social (Const art.10).

En este sentido, y valorando esa existencia de necesidad terapéutica, pensamos que es de mucho interés la reciente STSJ de Cataluña de 30 de junio de 2025 en la que la Sala, aun constatando la defectuosidad de no aparecer por escrito en el CI los riesgos concretos de la intervención quirúrgica en un caso de aneurisma, desestima la petición de la actora por entender cumplido el proceso informativo en una dinámica verbal continuada donde se entiende de la actividad probatoria realizada que el paciente era conocedor de los riesgos de la intervención y de la gravedad de su situación en el marco del tratamiento asistencial. Nos dice la Sala al respecto: *“Así en primer lugar consta firmado por el paciente y por la Dra. Concepción el correspondiente documento de consentimiento informado para dicha intervención en fecha 11 de mayo de 2.016 (folio 43 del expediente administrativo). En el propio documento de consentimiento informado, pese a que, como se ha indicado no se expresan los riesgos concretos, el paciente firma reconociendo que «m’han donat la informació de manera comprensible i m’han respost totes les preguntes que he fet».*

Tales indicios ponen de manifiesto que, más allá de las de las reticencias expresadas por la doctora responsable en orden a la expresión escrita de los riesgos, ante la continuidad del tratamiento y las evidencias constantes de la información suministrada al paciente (de forma particular resulta relevante la práctica del angiograma y la anotación posterior a la consulta con el doctor Celestino), se revela la transparencia con que actúa el equipo médico, unida a la prudencia pues la intervención no se produce sino tras un seguimiento del paciente prolongado a lo largo de los años. Todo ello ofrece una corroboración perimetral a la afirmación realizada por la médico responsable en orden a la información verbal sobre la naturaleza de la intervención y sus riesgos, lo que por otro lado no resulta difícil de entrever dada la ubicación del aneurisma y la naturaleza de la intervención.

A mayor abundamiento cabe también citar lo expuesto por el perito Dr. Ezequiel en su dictamen, señalando: «El paciente, parece indudable que era conocedor de la gravedad de la enfermedad que padecía, así como de los riesgos inherentes a un eventual tratamiento. La decisión de tratarse no fue una decisión precipitada, sino parte de un proceso que llevó varios años. Incluso en la parte final de esta decisión se le dio tiempo suficiente para reflexionar sobre su decisión y se constató en más de una ocasión que era consciente, tanto él como su familia de lo que su decisión implicaba».

En otro pasaje de la sentencia se menciona: “en el impreso en que se incorpora el mismo no aparecen referenciados los riesgos inherentes a la intervención, mostrándose esquivada la doctora responsable, Sra. Concepción, la respuesta a las preguntas realizadas respecto a la información facilitada al paciente. manifestando que no está recogida ninguna complicación porque podía entender que el paciente estaba muy angustiado por el hecho de operarse y que mejor no estuvieran escritas las graves complicaciones, al ser una decisión muy difícil para el paciente” de forma que está describiendo una situación de necesidad terapéutica del paciente, sin perjuicio- como ya mencionamos- que la Sala entiende cumplido el proceso de información asistencia por los razonamientos expresados con anterioridad.

Compartimos las palabras de Ofelia de Lorenzo¹ cuando afirma que El último de los supuestos de exoneración del deber de informar, esto es la renuncia a la información la renuncia a ser informado expresa o tácitamente, mediante hechos concluyentes, ha sido tradicionalmente admitido por la doctrina como un supuesto de excepción o límite efectivo al deber de información.

1 Actualidad Civil, Nº 9, septiembre 2015, LA LEY 5700/2015

Recogiendo este criterio, el artículo 10.2 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina consagra tal excepción o límite al decir que «deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada», debiendo quedar este extremo debidamente documentado.

A este respecto lo que si nos interesa destacar que no le corresponde al médico indagar las razones o motivos que han llevado al paciente a abstenerse de recibir la información clínica que corresponda, que en cualquier caso, la entendemos como un derecho personalísimo del que si cabe colegir que el paciente puede solicitar al facultativo que esa información clínica pertinente le sea suministrada a un familiar o alguna persona especialmente vinculada al mismo, por la naturaleza intrínseca de esta decisión, y también, por si en algún momento desea obtener algún dato de la información recibida en la intimidad familiar.

El reflejo documental de esa negativa del paciente a recibir la información clínica adecuada debe tener necesariamente un reflejo documental en la expresión en la historia clínica, y en nuestra opinión, siendo un acto de notable calado y trascendencia debiera exigirse que esa decisión tan personal e intransferible fuera firmada por el paciente para dejar la constancia objetiva incontestable de tan importante decisión, con independencia en su caso del posterior consentimiento informado, donde en su caso, si esa decisión se mantiene por el paciente será igualmente refrendado con su propia firma.

Mucho se ha escrito sobre el fundamento del llamado “derecho a no saber del paciente”. Algunos opinan como señala María Teresa Requejos² que la no recepción de la información por el paciente determina claramente una reducción en el derecho a su autonomía sanitaria en relación una minoración esencial en el derecho de decidir ante el planteamiento del facultativo, en cuanto a aceptar o no el tratamiento y los actos médicos propuestos, y no conocer las diferentes alternativas médicas que se le pueden plantear. Sin embargo, entendemos como la autora referenciada señala, que en realidad estamos en presencia de un derecho personal que afecta directamente a su intimidad, y que al contrario de los que entienden la renuncia a la información como limitador de la autonomía de su voluntad, en realidad, es al contrario, y suponer optimizar un planteamiento del ejercicio de su propia libertad decisoria de forma que el paciente elige lo que desea a propósito de su salud aunque pueda suponer una desconexión con el escenario que maneja el facultativo que en todo

2 Diario La Ley, Nº 6401, Sección Doctrina, 17 de enero de 2006, Año XXVII, Ref. D-13, Editorial LA LEY

caso ejercerá la *lex artis ad hoc* del modo más indicado y procedente aunque la comunicación con el paciente no abarque la transmisión de todos aquellos datos que tiene el facultativo en cuanto al estado de su paciente y las alternativas de su tratamiento, que además, precisamente en el caso de renuncia a la información clínica de la persona a la que está atendiendo, será el propio médico por imperativo de esa decisión del paciente el que determinará cual es la alternativa de tratamiento que entiende más adecuada que exige la salud del paciente.

Es indudable, y resulta una obviedad que casi 23 años después de la entrada en vigor de la ley 41/2002 la falta de información clínica al paciente o la defectuosidad de la misma, tanto la prestada de forma verbal por los facultativos, como la expresada en el documento de consentimiento informado es una fuente inagotable de conflictos en la relación médico paciente, especialmente cuando el resultado de la actividad facultativa no es satisfactorio para el paciente, de forma que los pleitos judiciales, especialmente en las jurisdicciones civil y contenciosa, donde son muy cuantiosos y muy negativas consecuencias para los pacientes, médicos y compañías aseguradoras.

Por ello, podemos afirmar que nuestra mejor conclusión, es que por el bien de todos la obligación de informar del médico y el derecho del paciente a recibirla (que puede ser renunciado como he visto anteriormente), debe entenderse como una exigencia imperativa y nunca como una mera recomendación voluntarista del que la presta, ya que ese derecho del paciente es fruto de una consagración normativa, el artículo 4.3 de la ley 41/2002 de este texto legal que es el paradigma de la libertad y la autonomía de las personas en el ámbito de la salud.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

- Ofelia de Lorenzo, Actualidad Civil, Nº 9, septiembre 2015, . LA LEY 5700/2015
- María Teresa Requejo, Diario La Ley, Nº 6401, Sección Doctrina, 17 de enero de 2006, Año XXVII, Ref. D-13, Editorial LA LEY.
- Memento de El Derecho editorial
- Las sentencias referenciadas en este Capítulo han sido extraídas de la Base de Datos de El Derecho editorial

EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN: CRITERIOS, MENORES, DISCAPACITADOS, ENFERMOS MENTALES

Mariano Casado Blanco

Doctor en Medicina.

Especialista en Medicina Legal y Forense.

Vocal de la Asociación Española de Derecho Sanitario.

I.- EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA COMO BASE DEL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

Para poder abordar este capítulo, es preciso comenzar haciendo una pequeña referencia al principio de la autonomía de la voluntad¹, un concepto fundamental tanto filosofía moral, ética jurídica como en derechos humanos y que es la base de muchas normas legales y éticas en diversas áreas, incluida la Medicina.

Sostiene que cada individuo tiene la libertad de decidir sobre sus propias acciones y su vida, siempre que no quebrante los derechos de otros. Esto trasladado al contexto de la ética y la ley, este principio establece que las decisiones tienen que ser tomadas por la persona de manera voluntaria, informada y sin la existencia de posibles interferencias externas. En definitiva, lo que viene a reconocer es tanto la dignidad de la persona como la libertad individual, como auténticos derechos fundamentales que permiten poder autodeterminarse.

Tomando como fuente este principio y trasladado a la legislación sanitaria², fue mediante la Ley Básica³ 41/2002 de Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica⁴ y las diferentes normas autonómicas^{5,6} que se promulgaron posteriormente, como se plasmó y se

-
- 1 El principio de autonomía de la voluntad es un principio jurídico que otorga a los individuos la libertad de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas y contratos, determinando su propio contenido y obligaciones, siempre que no atenten contra la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Se fundamenta en la idea de que las partes pueden regular sus propios intereses a través de pactos y cláusulas libremente acordadas.
 - 2 Tomando como precedente internacional el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio de Oviedo), suscrito el día 4 de abril de 1997 y, ratificado por España en 1999 y con entrada en vigor el 1 de enero de 2002.
 - 3 Se trata de una ley básica en relación a lo establecido en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución, sin perjuicio que el Estado y las Comunidades Autónomas adopten, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para hacer efectiva esta Ley.
 - 4 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. BOE 15/11/2002 Núm. 274 Marginal 22188 Pág. 40126.
 - 5 Esta Ley completa las previsiones que la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad enunció como principios generales. La Ley 41/2002, refuerza y da un tratamiento especial al derecho de autonomía del paciente.
 - 6 La Regulación autonómica de la autonomía del paciente en España se basa principalmente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente (Ley de Autonomía

reguló⁷ la autonomía del paciente, quedando configurado por la información,⁸ al paciente, por un lado, y por el consentimiento informado por el otro, convirtiéndose ambos en elementos integradores esenciales de la *lex artis*⁹.

De esta manera, el principio general, que inspiró la totalidad de esta ley y, que, en consecuencia, preside cualquier actuación médica es el respeto a la autonomía del paciente¹⁰, por la cual se da reconocimiento, validez y eficacia jurídica a las decisiones que libre, reflexionada y voluntariamente tome el paciente, sobre su salud y sobre los actos médicos que se le proponen y que le llevarán a permitirlos o por el contrario a rechazarlos¹¹.

del Paciente), que establece los derechos de los pacientes a recibir información veraz, a dar o denegar su consentimiento informado, y a que se respete su voluntad en decisiones sanitarias. Esta ley es de ámbito estatal, pero su desarrollo y aplicación efectiva se realiza en el ámbito autonómico, regulando los detalles de la información y documentación clínica, las voluntades anticipadas y otros aspectos a través de la legislación y la organización de los servicios de salud de cada comunidad autónoma

- 7 Se regula, entre otros aspectos, el derecho a la información sanitaria, el derecho a la intimidad en el ámbito médico, las distintas cuestiones relativas a la autonomía del paciente, así como al principio general del consentimiento libre e informado, las instrucciones previas (voluntades anticipadas) y la historia clínica
- 8 El derecho a la información del paciente es el derecho de toda persona a recibir información veraz, comprensible y adecuada sobre su estado de salud, el tratamiento, sus riesgos y alternativas, para poder tomar decisiones informadas y ejerciendo su autonomía. Este derecho también incluye la posibilidad de renunciar a ser informado, acceder a su historia clínica y que se informe a sus familiares o a personas de su confianza.
- 9 La *lex artis*, término latino que significa «ley del arte», es el conjunto de conocimientos, habilidades, normas y criterios científicos y éticos aceptados por la comunidad profesional en un momento determinado, y que rigen la actuación diligente y correcta de un profesional sanitario en el ejercicio de su profesión, especialmente en casos de negligencia médica. No se trata de un conjunto de reglas escritas, sino de un concepto dinámico y contextual que se adapta a los avances y circunstancias de la práctica profesional.
- 10 La autonomía del paciente es el derecho fundamental del paciente a tomar decisiones informadas y libres sobre su propia atención médica, sin coerción ni manipulación. Este principio se materializa en el consentimiento informado, que exige que el paciente reciba información completa, veraz y comprensible sobre su situación, opciones terapéuticas, riesgos y consecuencias, y que la decisión se tome con plena libertad. La Ley 41/2002 de España regula este derecho, estableciendo que los profesionales de la salud deben respetar las decisiones del paciente y mantener una documentación clínica organizada.
- 11 El artículo 3 de la Ley 41/2002, define «intervención en el ámbito de la sanidad» como «toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación».

Se trata de instrumentos que fueron instituidos por el Derecho para la profesión médico-sanitaria, aunque hay que afirmar que de una manera totalmente ajena a lo que es la práctica médica, pero aun así actualmente se han ido consolidando en el día a día del quehacer profesional del médico¹², constituyéndose como un elemento esencial de la relación médico-paciente, y sobre todo en el escenario sanitario que existe actualmente, donde el paciente es el auténtico centro del servicio médico-sanitario y de cualquier proceso asistencial, y consecuentemente, no sólo cuenta con obligaciones, sino también con derechos.

De esta manera, es el propio paciente el que tiene derecho a recibir la información completa y de forma adecuada, en relación al acto médico, sobre su proceso patológico, el cual incluye tanto el diagnóstico, el pronóstico como en su caso las posibilidades terapéuticas, para de esta manera poder decidir y prestar bien su consentimiento¹³, su negativa o incluso el rechazo, a los mismos.

Se trata de una toma de decisión de especial trascendencia para el paciente y por ello legalmente merece una especial protección. Ahora bien, esta garantía es mayor cuando la decisión tiene que ser tomada por una tercera persona, actuando como representante del propio paciente. Cuando esto sucede, legalmente, se habla de *consentimiento informado por representación*¹⁴.

-
- 12 El *buen quehacer profesional del médico* implica priorizar el bienestar del paciente, brindar atención compasiva y efectiva, mantener la competencia y la formación continua, y actuar con integridad, ética y empatía en todo momento. Esto incluye una comunicación efectiva, el respeto a la dignidad del paciente, la confidencialidad, el juicio clínico informado y el compromiso con el avance del conocimiento médico.
- 13 El titular del derecho a prestar el consentimiento informado es, indiscutiblemente, el paciente, conclusión que se deduce con facilidad del artículo 8.1 Ley 41/2002, que exige el consentimiento libre y voluntario del paciente con carácter previo a toda actuación en el ámbito de su salud.
- 14 El artículo 7 de la Proposición de Ley presentada en el Congreso tenía como redacción “*Excepciones a la exigencia de consentimiento y otorgamiento de consentimiento por sustitución*”. Tras una enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, la número 79, que fue admitida se substituyó la palabra sustitución por representación. La justificación que se dio a la redacción de esta enmienda fue que “en nuestro derecho la palabra adecuada es representación” (B.O.C.G., número B-134, 27 de septiembre de 2001, p. 57)

II.- REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN. (ARTÍCULO 9.3)

El artículo 9¹⁵, de la Ley 41/2002, hace referencia a supuestos en los que el médico aun siendo necesario recabar el consentimiento del paciente, éste no será quien lo otorgue de manera propia, sino que será dado por una tercera persona. Se trata de lo que el legislador dio en denominar “*consentimiento por representación*”¹⁶, y que concretamente se incluyeron en el apartado 3º¹⁷ del referido artículo 9, haciendo referencia a tres figuras muy concretas: a las personas incapaces de hecho, a las incapacitadas legalmente y a los menores de edad sin suficiente capacidad de juicio.

Antes de entrar en el análisis de su contenido, es oportuno subrayar que, para estos casos, la decisión que se toma no puede ser calificada como de una innegable decisión autónoma del paciente, sino más bien se trata o se convierte en una relación jurídica que surge entre dos sujetos y de la que, como trataremos de exponer, pueden dar lugar a diferentes problemas legales que se plantean en la cotidiana práctica médica.

Cierto es que la redacción originaria, del referido artículo, se ha visto modificada por diversas actualizaciones normativas. Concretamente hay dos leyes que resultan de especial interés y que son las que referenciaremos en este capítulo.

1.- El CI por representación en menores de edad, tras la promulgación de la Ley 26/2015¹⁸.

Al hacer comentario al Consentimiento en los menores de edad, es preciso hacer referencia a la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección*

15 Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

16 El artículo 9.3 es que regula el consentimiento por representación.

17 9.3. Se otorgará el *consentimiento por representación* en los siguientes supuestos:

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.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

18 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015).

a la infancia y a la adolescencia, e indicar, como inicio, que esta modificación legislativa incorporó los criterios¹⁹ establecidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado²⁰, la cual estaba inspirada en el principio del interés superior del menor, concretamente en la protección la vida y la salud de los menores, otorgando más compromiso a estos derechos del menor que a su autonomía y libertad de decisión y donde realmente el artículo 9 de la Ley 41/2002 no se ajustaba a la realidad de la práctica médico-sanitaria con los menores de edad.

A este respecto, en la propia Exposición de motivos de la Ley 26/2015²¹ se recoge textualmente que: *“La Ley de la Autonomía del Paciente es reformada en la disposición final segunda incorporando los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. Esta Circular postula en sus conclusiones la necesaria introducción del criterio subjetivo de madurez del menor junto al objetivo, basado en la edad. Este criterio mixto es asumido en el texto legal”*.

-
- 19 Los supuestos enumerados en la circular son: 1) El «menor maduro» se niega a una transfusión de sangre u otra intervención con grave riesgo para su vida, pero sus representantes legales son favorables. En ese caso, el Médico puede llevar a cabo la intervención sin necesidad de acudir al Juez. Si la situación no es de urgencia, es aconsejable acudir al Juez de guardia, directamente o a través del Fiscal. 2) El «menor maduro» rechaza la transfusión y sus representantes legales también. En este caso, el Médico debe plantar el conflicto ante el Juez de Guardia directamente o a través del fiscal, pero si la situación es de urgencia puede llevar a cabo la intervención sin autorización judicial amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. 3) El «menor maduro» presta su consentimiento y sus representantes se oponen. El Médico puede aplicar el tratamiento sin intervención judicial, dada la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro. 4) Los representantes del «menor no maduro» no consienten la intervención, generando grave riesgo para su vida o salud.
- 20 La generalización de la exigencia de que cualquier tratamiento o intervención médica cuente con una información previa y comprensible de su naturaleza, sus riesgos y sus beneficios y la atribución de la capacidad de decisión última sobre su realización al enfermo, constituye una manifestación del principio de autonomía. En ella se establece que los miembros de la Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová no podrán oponerse a que sus hijos menores de edad reciban transfusiones de sangre en situaciones de urgencia en las que peligre su vida, ya que en estos casos el Médico podrá aplicar directamente el tratamiento sin necesidad de acudir ante el juez, estableciendo los criterios que deben emplearse en los conflictos que surjan ante las transfusiones de sangre, haciendo prevalecer el interés superior del menor frente a otras consideraciones.

Con la entrada en vigor de esta norma legal fue precisa la modificación de los apartados 3º, 4º y 5º del art. 9. de la Ley 41/2002 y además se añadieron dos nuevos apartados, 6º y 7º, estableciendo textualmente 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” y el número 5 de este mismo precepto *“La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que 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”.*

Expuesto el contenido actual de este artículo, se puede apuntar que, tal y como aparecía antes de la citada reforma legal, se establecía que los pacientes mayores de dieciséis años estaban en posesión de plena capacidad para prestar por sí mismos el consentimiento informado, sin que para ello fuera necesario acudir al invocado consentimiento por representación, por lo cual cualquier menor que alcanzase esa edad se le presumía capacidad suficiente para prestar el consentimiento. Aun así, en casos en que el acto médico fuera debido a una situación de grave riesgo era preciso el informar a los padres, y su opinión sería tomada en cuenta, siguiendo lo que se establecía en el artículo 9.c²².

21 La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, fue una ley española que reformó la legislación existente para reforzar la protección de niños y adolescentes. Entre sus principales aspectos se encuentran la mejora de los procesos de adopción y acogimiento familiar, el refuerzo del derecho a la información y al acceso a los orígenes de los menores adoptados, y la inclusión de nuevas medidas de protección frente a la violencia y el uso de tecnologías digitales.

22 c) 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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

De esta manera, los menores de dieciséis años únicamente podían prestar su consentimiento informado cuando, a juicio del médico responsable, tuvieran suficiente capacidad funcional para consentir, es decir, que pudieran comprender tanto intelectual como emocionalmente el alcance del acto médico-sanitario. Pero, esta posibilidad de considerar la madurez del menor sólo era posible si tenía la edad comprendida entre los doce y los dieciséis años, ya que las propias normas civiles establecen que el menor debe ser oído a partir de los doce años²³, lo cual fija el límite mínimo.

De esta manera, en la redacción original del artículo 9 de la Ley 41/2002, si el menor de dieciséis años no era considerado maduro, se debía recurrir al consentimiento por representación. En esta circunstancia la decisión del representante debía estar adaptada a las circunstancias, y proporcionada a las necesidades específicas que debieran atenderse y siempre en beneficio del paciente; pero estos criterios no eran suficientes para determinar la actuación de los representantes, pues en la práctica surgían casos en los que no debía ser la opción más beneficiosa para el paciente. En definitiva, que antes de la promulgación de la Ley 26/2015²⁴, los mayores de dieciséis

23 La Ley de Enjuiciamiento Civil, por su parte, dispone en la regla 4ª de su artículo 770 que «*si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años*»

24 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29/07/2015. Las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor se refieren, básicamente, a la adaptación de los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades que presenta la infancia y la adolescencia en España, tales como la situación de los menores extranjeros, los que son víctimas de violencia y la regulación de determinados derechos y deberes. Por otra parte, se realiza una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Los artículos 5 y 7 sufren modificaciones derivadas de la ratificación por España de la Convención de derechos de las personas con discapacidad y la necesidad de adaptar la regulación en consecuencia. Asimismo, se introduce una mención expresa a la alfabetización digital y mediática, como herramienta imprescindible para que los menores puedan desarrollar su pensamiento crítico y tomar parte activa en una sociedad participativa y en un mundo actual que no puede entenderse al margen de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Se introduce un nuevo capítulo III en el título I con la rúbrica «Deberes del menor», en línea con diversas normas internacionales y también autonómicas, en el que, desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo titulares de derechos sino también de deberes. En este sentido, se introducen cuatro nuevos artículos en los que se regulan los deberes de los menores en general y en los ámbitos familiar, escolar y social

años eran ellos quienes otorgaban el consentimiento informado; mientras que los menores de los dieciséis sólo podían darlo si tenían más de doce años y a juicio del médico responsable del proceso asistencial eran considerados como menores maduros. Y en el resto de posibles situaciones prácticas, eran los propios representantes legales quienes otorgaban el consentimiento por representación siguiendo el criterio del mejor interés del menor.

Tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, la cuestión cambió sustancialmente, ya que en cierta manera la autonomía del menor resulta evidente que se ha reducido. Para esquematizar estas reformas, se puede indicar que:

- es eliminado el límite objetivo de doce años que se establecía para que el menor fuera oído en caso de que sus representantes otorgaran consentimiento por representación. De este modo, cualquier menor edad, aunque tenga menos de doce años, puede otorgar consentimiento informado si es capaz de entender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención médica que se le va a realizar, y si no alcanza la capacidad suficiente debe ser oído, tal y como establece respectivamente tanto la Ley de protección jurídica del menor en su art. 9²⁵, en base al desarrollo evolutivo del menor y a su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso, como el propio artículo 9.7²⁶

en particular. En el artículo 10 se refuerzan las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos de los menores y se establece un marco regulador adecuado de los relativos a los menores extranjeros, reconociendo, respecto de los que se encuentren en España y con independencia de su situación administrativa, sus derechos a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales, tal y como se recogen en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Asimismo, se reconoce el derecho a obtener la preceptiva documentación de residencia a todos los menores extranjeros que estén tutelados por las Entidades Públicas una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.

25 Artículo 9. Derecho a ser oído y escuchado.

26 La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que 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. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

de la Ley 41/2002 que indica que el paciente participará, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones a lo largo del proceso asistencial²⁷.

- por otro lado, cuando el paciente ya tiene cumplidos los 16 años no cabe prestar consentimiento por representación (límite objetivo), y por debajo de esta edad no cabrá este consentimiento por representación si el menor tiene capacidad natural suficiente para dar un consentimiento informado por sí mismo (límite subjetivo).
- en el artículo 9.4 párrafo 1^o²⁸ se indica en referencia al límite de los 16 años, que este límite no se aplicará cuando este paciente no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención; en este nuevo sistema de consentimiento por representación el trato que recibe el mayor de dieciséis años no es diferente al de un menor de edad, por lo que parece que no existe en realidad un límite objetivo de edad diferente al general de dieciocho años.
- antes de la reforma, el paciente mayor de dieciséis años tenía más autonomía a la hora de otorgar el consentimiento informado, ya que la actuación del representante se limitaba casi de manera exclusiva para cuando el menor no tuviera capacidad para tomar sus propias decisiones.
- para aquellos casos en que exista un grave riesgo para la vida o salud del menor, serán igualmente los representantes legales quienes tienen que otorgar el consentimiento por representación y el menor deberá ser oído (artículo 9.4 párrafo 2^o)²⁹.

-
- 27 La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que 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. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento
- 28 4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.
- 29 No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo

- en los casos en que los pacientes mayores de dieciséis años se les presume capacidad por las situaciones no consideradas como de grave riesgo, y si el menor mayor de dieciséis años es maduro, no se hace preciso que el médico u otro profesional sanitario tenga que efectuar una valoración de la capacidad del paciente, salvo en que se dude de su madurez, al igual que ocurre con cualquier otro paciente mayor de edad.
- el consentimiento por representación se ejercita atendiendo siempre al mayor beneficio para la salud o vida del paciente.
- se fija un procedimiento a seguir en caso en que la decisión que tome el representante legal sea contraria a estos intereses, y se encarga a la autoridad judicial como la encargada de solucionar los posibles conflictos.

Aun así, existen algunas *excepciones* que no siguen esta norma general respecto al consentimiento informado de los menores, acompañando regulaciones específicas.

Concretamente, son tres las circunstancias en las que no se sigue esta regla general respecto al consentimiento informado en menores. Estas son básicamente: ensayos clínicos, técnicas de reproducción humana asistida y en la donación de células y tejidos humanos, aunque se puede extender a otros supuestos como la interrupción voluntaria del embarazo o incluso las cuestiones derivadas con la identidad de género.

2.- El CI por representación en menores de edad, tras la promulgación de la Ley 8/2015³⁰.

La Ley Orgánica 8/2015, modificó³¹ determinados preceptos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor³², y que esencialmente

30 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

31 Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones.

32 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17/01/1996.

puntualizó el concepto de “*interés superior del menor*”³³, incorporando los criterios³⁴ sentados en la amplia jurisprudencia del propio Tribunal Supremo³⁵ y los marcados en la Observación General Nº 14 (2013) del Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño³⁶, con un triple contenido, como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo fundamental y como norma de procedimiento, con el objetivo último de garantizar el pleno reconocimiento y respeto de los niños como titulares de derechos³⁷.

-
- 33 El *interés superior del menor* es un principio por el cual se asegura que los derechos y el bienestar de los niños sean cuidadosamente considerados y protegidos antes de tomar cualquier decisión que afecte sus vidas y sus intereses. Este principio establece que los intereses de los menores siempre deben tener prioridad sobre cualquier otro interés legítimo que pueda surgir. Su objetivo es evitar prácticas autoritarias y paternalistas, así como buscar soluciones equitativas para aquellos que aún no han alcanzado la mayoría de edad y que, por lo tanto, no pueden defenderse en igualdad de condiciones.
- 34 Derecho del menor a ser escuchado (nueva redacción de los arts. 9 y 10 LO 1/1996). Se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con las recomendaciones y criterios de los Convenios Internacionales ratificados por España. - Se establece el derecho del menor ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado. - Se sustituye el término juicio por el de madurez, considerando, en todo caso, que los menores tienen suficiente madurez a los doce años cumplidos. - Se establece que en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente. - Se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas. - Se incorpora la posibilidad de que los menores planteen sus quejas ante la figura del Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas. - Se refuerza la tutela judicial efectiva de los menores introduciendo la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial.
- 35 La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) considera el *interés superior del menor* como un principio axiológico preferente, un concepto jurídico indeterminado de orden público y una garantía de protección que prevalece sobre otros intereses en la toma de decisiones judiciales, exigiéndose una motivación reforzada y la posibilidad de oír al menor con suficiente juicio para su correcta aplicación en cada caso concreto.
- 36 Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)
- 37 de la Horra Vergara N. La incidencia de la Ley 26/2015 en la Ley 41/2002 sobre capacidad de los menores de edad en el ámbito sanitario. *Adolescere* 2016; IV (1): 35-43.

Igualmente, la Observación General Nº 12 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas³⁸, el derecho del niño a ser escuchado y definió el término “madurez” como la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado; es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente, tomando en consideración los efectos del asunto de que se trate, de suerte que cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.

Por ello, la Ley 8/2015, introdujo importantes modificaciones respecto al término “*interés superior del menor*”, elemento que es la guía a seguir en todas las actuaciones referidos a los menores de edad.

Esencialmente esta Ley estableció una serie de criterios generales:

- a.- “*La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas*”, o la “*consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, su derecho a participar progresivamente en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal*”³⁹. El “*interés superior del menor*”, conlleva el respetar una serie de garantías, como son, “*los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente*”.

El art. 9.2⁴⁰ de la Ley establece que la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta, tanto el desarrollo evolutivo del menor como su

38 Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño

39 Arruego Rodríguez G. Sobre el marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español. Derecho y Salud (2007), vol. 15; 1: 117-136.

40 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Los menores sin capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención y de manera general, los menores de 12 años, se deben considerar *«menor no maduro»*.

Los menores con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención o “menores maduros”, es la situación en la que se encuentran los mayores de 16 y 17 años, siempre que no sean incapaces o estén incapacitados. También entran en el concepto de “menor maduro” los menores emancipados o aquellos menores, de menos de 16 años cuando, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir.

3.- El CI por representación y el ejercicio de la capacidad jurídica las personas con discapacidad, tras la promulgación de la Ley 8/2021⁴¹.

Clásicamente el Código Civil amparaba un sistema de protección para las personas con discapacidad donde se hacía una clara diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, donde esta quedaba limitada bien por una declaración judicial de incapacitación o por una modificación judicial de su capacidad.

Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se generó la reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, eliminando la diferenciación entre capacidad jurídica/capacidad de obrar, así como el procedimiento judicial de incapacitación o modificación judicial de la capacidad, convirtiéndolo en un procedimiento de designación de medidas de apoyos, cuyo objetivo tal y como establece el artículo 250⁴² del Código Civil es asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, garantizando siempre el respeto a su voluntad, deseos y preferencias.

41 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE núm. 132, de 03/06/2021.

42 *La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.*

El origen de esta nueva legislación se fija en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴³, hecho en Nueva York el día 13 de diciembre de 2006, la cual supuso una profunda reforma y una importante evolución en el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad.

Este instrumento de Derecho Internacional tuvo importantes repercusiones en las legislaciones nacionales de los Estados firmantes del mismo, entre los que se encuentra España, cuya ratificación⁴⁴ se realizó el 30 de marzo de 2007, aunque no fue hasta catorce años después cuando se promulgó la citada Ley 8/2021.

Sin duda alguna que este precepto afecta tanto al deber de información sanitaria, como a la prestación del consentimiento informado tal y como establece la Ley 41/2002, donde se prima el principio de autonomía, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Por ello y como esta modificación legislativa no se ha producido, es por lo que se puede argumentar si el apartado 6 del artículo 9 Ley 41/2002 debería seguir vigente, ya que la normativa que actualmente regula el ejercicio del consentimiento informado en materia sanitaria no se encuentra adaptada a los principios establecidos en el Convenio, el cual recoge en su artículo 25⁴⁵ mensajes directos a

43 <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>[acceso el 14 de septiembre de 2025]

44 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

45 Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población; b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores; c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales; d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las

los profesionales sanitarios, exigiéndoles que presten a las personas con discapacidad una atención de la misma calidad que al resto de personas sobre la base de un consentimiento libre e informado..

A pesar de la repercusión que puede tener y de hecho tiene en el ámbito de la salud, no se ha producido una modificación de la Ley 41/2002, y más concretamente el apartado 6 del artículo 9⁴⁶

Las personas con discapacidad se encuentran sometidas a una figura de apoyo por declaración judicial o a la patria potestad para poder ejercer plenamente su capacidad jurídica, lo que conlleva una modificación en el papel que van a desarrollar a la hora de cuestiones que afectan a su salud al amparo del Código Civil y la Ley 41/2002. En estos casos, estas personas van a continuar siendo los acreedores de esa relación de la que se hablaba, pero no van a formar parte de la contratación del negocio en sí, pues serán sus representantes o asistentes quienes verdaderamente pasen a ser la figura contratante en primer lugar, ya sea manifestando y/o apoyando el otorgamiento de los consentimientos que se deriven de la atención médico-sanitaria.

Concretamente, la regulación que proporciona la Ley 41/2002 en su artículo 9, se establecen circunstancias de consentimiento por representación para personas con la capacidad judicialmente modificada, quienes precisan de una modificación en su redacción en virtud de la cual se acomode a las novedades introducidas por la Ley 8/2021 en materia civil, adoptando un enfoque renovado y más adecuado de

personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado; e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable; f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

46 *En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad*

la situación, donde se reconozca un aspecto que ha estado olvidado, para las personas con discapacidad, quienes tienen el derecho inalienable de tomar sus propias decisiones⁴⁷.

III.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Civera Murillo, E: Consentimiento por representación: cuestiones problemáticas en Medicina Crítica, en Consentimiento por representación, Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 12-33.
- Corcoy M. (coordinador), Gallego J. I. (relator): Consentimiento por representación, Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010.
- De Lorenzo Y Montero. Derechos y Obligaciones de los pacientes. Análisis de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica. Ed. Colex, Madrid, 2019.
- Gesinska M. El consentimiento informado como garantía del principio de la autonomía del paciente. Estudio comparativo de los ordenamientos jurídicos español y polaco. Ed. Colex, Madrid, 2021.
- González Carrasco, M.C.: La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Revista Derecho Privado y Constitución N°39, 2021, pp. 213-247.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE nú.15, de 17 de enero de 1996).
- 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. (BOE núm.274, de 15 de noviembre de 2002)

47 Debiendo quedar constancia en la propia sentencia judicial si el paciente precisa medidas de apoyo para cuestiones relacionadas con su salud.

- López y García de la Serrana, Javier. El consentimiento informado en el ámbito sanitario la valoración y cuantificación del daño. Ed. Atelier, Barcelona, 2022.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008)
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015).
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm.132, de 3 de junio de 2021)

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA NO REGULADA

Federico de Montalvo Jääskeläinen

*Profesor propio ordinario (Catedrático) de Derecho
Constitucional.
Universidad Pontificia Comillas.*

I.- LOS SESGOS IDEOLÓGICOS DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: LAS DIFICULTADES DEL CONSENSO

Si hay un tema que genera habitualmente posiciones muy encontradas, ese es el de la objeción de conciencia. Incluso, en ocasiones, se aprecia que la posición sobre el citado fenómeno depende no tanto de una posición racional previa, sino de las creencias políticas de la persona que opina. Es decir, la reacción frente a la objeción depende demasiado del sesgo ideológico, entendiendo por éste aquella manera de invalidar o, más allá, despreciar las posiciones contrarias sin necesidad de examinarlas. Como si se usara a la ideología como un arma de ataque a terceros y no como algo que indica la posibilidad de que se distorsione el entendimiento de la realidad en todos. Y, aunque es obvio que muchas de nuestras opiniones están mediatizadas, en gran medida, por nuestras creencias, ideologías o entorno, ello no significa que no deba aspirarse a un mínimo de congruencia o coherencia con las posiciones que se defienden.

Por ello, no parece razonable que quepa rechazar con ahínco la objeción de conciencia, reivindicando el interés del individuo o individuos que se ven afectados por ella, y, por el contrario, defenderla con rotundidad, cuando excepcionalmente sirve de crítica a las decisiones legales de un Parlamento o Gobierno que no coincide con nuestras creencias u opciones políticas. La visión que de la realidad se tiene puede estar, habitualmente, determinada o matizada por la ideología, pero no puede destruir la capacidad y exigencia de un mínimo análisis objetivo de los principios y valores en conflicto, más aún, cuando la aspiración de una sociedad democrática madura debería ser la de alcanzar soluciones equilibradas que permitan respetar ambos derechos, el de la persona que no recibe la prestación por plantear el objeto problemas de conciencia y el de éste.

La objeción de conciencia genera, con demasiada frecuencia, enfrentamiento y dificultad para que se alcancen acuerdos y consensos cuando, paradójicamente, el conflicto entre los derechos admite la ponderación y el sacrificio meramente parcial de ambas, sin exigir una solución estrictamente dilemática. La dificultad, pues, del debate acerca de la objeción de conciencia y de la búsqueda de soluciones éticas y legales a los conflictos derivados de la misma radica más en los sesgos ideológicos de los que, en muchas ocasiones, se parte, que de su carácter dilemático o difícil, sobre todo, cuando se trata de la objeción huérfana de regulación legal.

Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el debate sobre la objeción de conciencia planteado en nuestro país hace ya más de tres lustros, en el contexto de la grave

crisis económica surgida a nivel mundial en 2008. Entonces, con ocasión de la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012, por el que se alteró la condición de beneficiario del Sistema Público de Salud y, en concreto, en el que se limitó el derecho a la protección de la salud de las personas inmigrantes en situación administrativa irregular, norma que fue dictada en el marco de las medidas socioeconómicas adoptadas para contener el gasto público y validada casi íntegramente su constitucionalidad pocos años después por el propio Tribunal Constitucional, surgió una nueva forma de objeción de conciencia no prevista legalmente y denominada positiva, por pretender amparar bajo la misma, no un no hacer como ha sido habitual (no practicar el aborto, la eutanasia), sino un hacer, dar o hacer algo que la ley prohíbe o exige darlo o hacerlo en determinadas condiciones.

Y así, en el debate suscitado en la opinión pública sobre la fundamentación ética y legal de limitar la asistencia a los citados inmigrantes, algunos profesionales sanitarios reivindicaron su derecho a objetar frente al deber legal que establecía dicha norma de no asistir gratuitamente a tales inmigrantes, al margen de determinados casos como era la asistencia de urgencia, infantil o a la maternidad.

Tal novedosa expresión de la objeción de conciencia sí fue, curiosamente, apoyada por diferentes personas y grupos que se venían mostrando habitualmente más bien poco generosas con la objeción de conciencia frente al aborto, frente a la píldora postcoital o frente a la eutanasia. Estas objeciones eran criticadas cuando aquélla en versión positiva era arduamente defendida, cuando todas ellas no eran más que expresión de la misma libertad. Tal contradicción permite afirmar que en este campo el análisis con cierta neutralidad de los elementos en conflicto es harto difícil. No existen argumentos para otorgar prioridad moral ni para proteger selectivamente las objeciones, según se identifiquen por la sociedad con posiciones socialmente conservadoras, o con posiciones socialmente liberales o progresistas. Y este es un problema que, como en otros ámbitos, dificulta notablemente la búsqueda de posiciones ponderadas que permitan, como decíamos antes, conjugar el derecho a la objeción del profesional sanitario y el derecho a recibir la prestación pública reconocida por la Ley del paciente o usuario, sin sacrificio o detrimento del núcleo esencial de ninguno de ellos.

Así pues, la objeción de conciencia, ya sea en su clásica versión negativa o en la versión más novedosa, positiva, y ya sea en el ámbito de la asistencia sanitaria o en otros muchos ámbitos, constituye un debate en el que los elementos meramente ideológicos se hacen, en muchas ocasiones, demasiado ostensibles, impidiendo una

reflexión serena sobre lo que es, ni más ni menos, como explicaremos, una garantía de unas libertades tan relevantes como la ideológica y la religiosa.

En todo caso, se trata de un fenómeno en auge en sociedades como la nuestra, cada vez más plurales y más secularizadas y en las que las diferentes cosmovisiones sobre el universo y el ser humano no son ni unánimes ni compartidas por una mayoría. Algún autor ha llegado a hablar, metafóricamente, de un *Big Bang* de la objeción de conciencia, como fenómeno en expansión en la posmodernidad¹.

II.-LA OBJECCIÓN COMO FIGURA PARADÓJICA

Para el Derecho la objeción de conciencia supone una figura ciertamente paradójica porque, por un lado, parece poner en jaque al propio concepto y valor social del Derecho y, por el otro, es una expresión muy propia de nuestro sistema constitucional.

A través de la objeción de conciencia se pretende alterar la regla general en la que se basa nuestro Estado constitucional de Derecho que es la de la vinculación de los ciudadanos a la Ley y el carácter eminentemente coercitivo de ésta. El objetor invoca un deber moral para eximirse del cumplimiento de un deber legal.

A través de la objeción de conciencia parece ponerse también en entredicho la operatividad del propio principio de mayoría que opera en nuestras democracias representativas, y a través del cual, se aprueban las normas legales que son vinculantes para todos los ciudadanos, conforme reza el artículo 9.1 de la Constitución, al disponer que “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

Por ello, nuestros Tribunales, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado en reiteradas ocasiones que no cabe reconocer un derecho general a la objeción de conciencia al amparo del artículo 16 de la Constitución, lo que parece razonable si pretendemos mantener la propia naturaleza del Derecho como sistema coercitivo y la preservación de una comunidad basada en el orden social que supone la decisión democráticamente adoptada por la mayoría.

Así pues, a falta de una previsión normativa, de una regulación que expresamente reconozca la objeción de conciencia, podría afirmarse que no cabe ejercerla porque

1 NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2011.

es una excepción al Derecho, no la regla general. Si ello fuera así, el Derecho, el orden jurídico de la sociedad desaparecería, porque bastaría con invocar la conciencia propia para desentenderse de cumplir con el deber legal expresado en la norma.

Sin embargo, ello no es tan sencillo porque la objeción conecta directamente con uno de los elementos que conforman al Estado constitucional, más aún, tras la experiencia de finales de la primera mitad del siglo XX: la protección de la minoría frente a la mayoría. Nuestra democracia constitucional se rige por el principio de mayoría, pero sin desentenderse de la protección de la minoría. Y es que los derechos fundamentales y las libertades públicas constituyen la clave de bóveda del propio Estado constitucional. Son su fin. Los derechos son concebidos como límites al poder sin los cuales no cabe el contrato social que representa la Constitución. Son una condición *sine qua non* (un *prius*) para la celebración del pacto social y, por ello, aparecen en primer lugar, antes que la parte orgánica, es decir, que la propia división de poderes, que sería el medio para lograr la garantía y promoción de aquéllos. El poder constituido es el que se divide, no el poder constituyente, en garantía de los derechos y libertades.

Son también, en palabras de Luigi Ferrajoli, fragmentos de soberanía que conforman la esfera de lo no decidible por el poder constituido, de manera que en nuestra democracia es imposible la disociación entre la posibilidad de ejercicio de un poder político y el reconocimiento de derechos y libertades públicas. El fin último del Derecho Constitucional es la garantía de los derechos, y no simplemente la ordenación del poder.

Los derechos fundamentales son, en palabras de Robert Alexy, profundamente antidemocráticos, en el sentido de ser freno o límite a las decisiones democráticas². Los derechos son más fuente de deslegitimación que de legitimación³. Porque en nuestras democracias una ley es válida, no solo cuando presenta la apariencia de regularidad formal en su producción, sino, sobre todo, cuando respeta los derechos fundamentales y libertades públicas⁴. Aunque tal confrontación entre derechos y democracia, entre minoría y mayoría no sea del todo correcta, según el propio prin-

2 ALEXY, R., “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en CARBONELL, M. (Edit.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 37 y 38.

3 FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 37 y 38.

4 PRIETO SÁNCHEZ, L., *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, p. 69.

cipio democrático de la doctrina habermasiana, ya que la democracia sería la búsqueda del justo equilibrio para asegurar el correcto tratamiento de las minorías y evitar cualquier abuso de posición dominante⁵. Es, en sentido estricto, equilibrio, pues, no enfrentamiento.

Así pues, en nuestra democracia constitucional, el principio de mayoría es una mera herramienta de solución de debates políticos, pero no expresión de una verdad moral, de manera que la objeción de conciencia constituye una salvaguarda constitucional de defensa de los derechos y libertades de la minoría cuando lo que se ve afectado es, como ya hemos anticipado antes, la petición de no cumplir un deber legal por un imperativo moral muy relevante. La objeción de conciencia sería la reserva de “derecho natural”. Una norma de competencia, como es la división de poderes y el principio de mayoría, es simplemente una norma secundaria de organización y distribución del poder, que además puede traer causa de cualquier otra norma sobre la producción jurídica; una norma de derechos fundamentales es, en cambio, una norma sustantiva capaz de expresar esa *emoción constituyente de quien, como parte en un contrato*, da vida a una institución que se explica y justifica precisamente en la salvaguarda y realización de tal horizonte normativo⁶.

Por todo ello, el propio Tribunal Constitucional ha declarado que, pese a que no quepa reconocer un derecho general a la objeción de conciencia, en virtud del cual, cualquiera y en cualquier momento pueda desentenderse del cumplimiento de la norma invocando su problema de conciencia, la objeción para ser reconocida no exige de regulación jurídica específica, ya que es una manifestación de la libertad ideológica y religiosa. Así, señala el Alto Tribunal que tal derecho existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE y, como ha indicado dicho Tribunal en diversas ocasiones, y se plasma en el artículo 53 de la Constitución, los derechos fundamentales, y la objeción de conciencia lo es, más allá, de la reconocida frente al servicio militar en el artículo 30 de la misma, son directamente aplicables. Cuestión distinta es que la regulación por el legislador ordinaria evite posibles lagunas legales y permita una más correcta aplicación del derecho, pero ello no implica que el de-

5 GARAT DELGADO, M.P., *Los derechos fundamentales ante el orden público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 33.

6 PRIETO SÁNCHEZ, L., *El constitucionalismo de los derechos*, op. cit., p. 69.

recho fundamental sin desarrollo orgánico no tenga eficacia jurídica directa, ni que el legislador pueda configurar el derecho de acuerdo con la opinión y posición de la mayoría y al margen del poder constituyente que decidió incorporar el derecho como fundamental al texto constitucional.

Más aún, puede afirmarse que si el legislador niega expresamente su ejercicio en una norma y ello contradice la libertad ideológica o religiosa del individuo, la norma debe ser declarada inconstitucional. Por tanto, ni el silencio del legislador ni su previsión normativa en contra permiten afirmar que en el caso concreto no pueda ejercerse.

Podría considerarse también la objeción de conciencia conecta directamente con el principio de libertad de manera que cabría reconocer sin problema alguno, dentro de nuestras democracias liberales, un derecho general a la objeción de conciencia. La libertad es la regla y el deber jurídico como límite a la libertad es la excepción, por lo que existiría una presunción *iuris tantum* de legitimidad constitucional para quien actúa por motivos de conciencia. Ello no significa, sin embargo, que los deberes que operan como límites a la libertad de conciencia sean siempre ilegítimos o deban ser eliminados, pues tales deberes pueden proteger otros derechos ante los cuales la libertad del objetor deba doblegarse. El objetor no tiene derecho a que el ordenamiento le tolere su comportamiento en cualquier supuesto, pero sí tiene derecho a que tal comportamiento sea considerado como el ejercicio de una libertad de conciencia en conflicto con los bienes o derechos protegidos por la norma objetada y que tal conflicto se resuelva de acuerdo con el test de proporcionalidad, como ocurre, añadimos nosotros, con cualquier conflicto constitucional entre un derecho individual y el interés general⁷.

No existe, pues, en una democracia constitucional como la nuestra, un derecho general a la objeción de conciencia, lo que sería la propia negación del Derecho, pero sí el derecho del objetor a que su objeción, en virtud del principio de libertad en el que se inspira nuestro orden constitucional, sea, al menos, tomada en consideración. La objeción no puede ser tolerada en todo caso, pero ello no significa que no sea expresión de democracia constitucional, precisamente, en la medida que protege al individuo y su conciencia en el marco de operatividad del principio de mayoría.

7 GASCÓN ABELLÁN, M., "Objeción de conciencia sanitaria", en MENDOZA BUERGO, B. (Ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 149 a 153

La objeción de conciencia no es una figura extraña a nuestra Constitución. Puede admitirse que constituya una excepción al deber general de cumplir el ordenamiento jurídico que, como no puede ser de otro modo, la propia Constitución instituye, pero no que sea algo impropio dentro del orden constitucional, cuando la propia Constitución reconoce expresamente la objeción de conciencia, aunque sea limitada al servicio militar obligatorio, en su artículo 30.2 de la Constitución. Y tampoco lo ha sido para la propia jurisprudencia constitucional, habiendo mostrado siempre el Tribunal Constitucional una especial sensibilidad a la objeción, guiado quizás por la influencia que la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán ha ejercido sobre aquél, sobre todo, en lo que se refiere al concepto de dignidad humana que se desarrolla como reacción a los hechos ocurridos al final de la primera mitad del siglo XX. Y recuérdese el reproche que el Tribunal de Nuremberg hizo a los jueces del régimen nazi por no haber objetado a cumplir unas normas legales que necesariamente tenían que atentar a su conciencia, como atentaban a la de toda la humanidad.

La mira amable y sin sospecha a la objeción de conciencia no solo es una exigencia ética, sino también constitucional, dados los términos en los que se expresa nuestra Constitución y el propio Tribunal Constitucional. Y es que la protección jurídica de la objeción de conciencia se encuentra en la base del Estado constitucional, siendo un factor corrector de la democracia, una suerte de poder contra-mayoritario que impide o, al menos, minora el riesgo de los abusos de la mayoría sobre la minoría. Es decir, constituye la verdadera garantía de los derechos frente a los abusos del juego democrático.

Se trataría, pues, de la garantía de un derecho fundamental, el segundo que proclama la Constitución tras el derecho a la vida y a la integridad, pero, en modo alguno, de un derecho de configuración legal. El legislador tiene la facultad de regular para aclarar y hacer factible el ejercicio conjunto de la objeción y del derecho recogido en la norma frente a la que se objeta, pero no alterar sus condiciones básicas o su titularidad. Su contenido y rasgos esenciales deben quedar intangibles, debiendo considerarse inconstitucional la regulación que no los respete. La objeción no queda en manos del Parlamento. Esto se opone frontalmente a nuestra Constitución y a la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional.

El reconocimiento de la objeción de conciencia y de los límites en su ejercicio no queda en el margen de decisión del legislador, sino que se trata de un derecho fundamental proclamado en nuestra Constitución, de manera que tales facultades de

configuración del derecho son muy limitadas. El legislador tiene la facultad, como con cualquier otro derecho, de regular las condiciones de su ejercicio, pero siempre garantizando la plena virtualidad de los elementos que le dan al derecho carta de naturaleza y respetando su contenido esencial.

Tal directa conexión de la objeción con la libertad ideológica y religiosa proclamadas en el artículo 16 CE, cobra, además, especial relevancia, en cuanto a la limitada potestad del legislador a la hora de regularla, en los casos de que el imperativo moral en virtud del cual se ejerce la objeción sea incardinable en el concepto individual de “vida”, como dijo expresamente el Tribunal Constitucional en la Sentencia 145/2015. Es decir, cuando se ejerza sobre la base de un categórico moral incardinable en la visión del individuo sobre la vida, en su inicio (aborto) o final (eutanasia). Pero ello tampoco significa que fuera de estos categóricos sobre la vida no quepa objeción.

III.- ¿QUIÉN DEBE DETERMINAR CUÁNDO CABE O NO OBJECIÓN DE CONCIENCIA? ¿DEBER SER EL LEGISLADOR?

Si hemos fundamentado que la objeción de conciencia conecta directamente con el orden constitucional, siendo expresión de la protección de la minoría que se exige como contrapeso al poder la mayoría en el que se fundamenta la democracia no cabe sostener, como ya hemos anticipado antes, que deba ser el legislador quien determine en qué casos cabe ejercer la objeción cuando no se trate de un categórico moral vinculado a la vida. Afirmar lo contrario provoca una aceptación de la objeción de conciencia de mayorías que, es precisamente, la que nuestra propia Constitución entendemos que intentó evitar al incluir la libertad ideológica y religiosa entre los derechos fundamentales.

Por tanto, remitir la legalidad de la objeción a una decisión exclusiva del legislador no sólo es contraria al propio fundamento de nuestra democracia constitucional, en la que la protección de los derechos de la minoría frente al principio de decisión mayoritaria está garantizada, sino que tampoco parece razonable desde una perspectiva práctica, si atendemos a la propia diversidad de casos y situaciones concretas. La casuística que ofrece la decisión judicial parece un recurso adecuado, sin perjuicio de que pueda promoverse la regulación de determinados supuestos en pos de la seguridad jurídica. No puede confundirse la conveniencia de su regulación con una exigencia para cobrar eficacia jurídica.

Entonces ¿quién decide cuándo cabe objetar fuera del categórico moral vinculado a la vida?

Obviamente ni los derechos fundamentales ni sus garantías están en manos del legislador. Por ello, la determinación de cuándo cabe o no ejercer la objeción, como garantía contra mayoritaria debe corresponder al poder, precisamente, configurado como contra mayoritario, los Tribunales de Justicia y, en especial, al Tribunal Constitucional. No es que éstos deban decidirlo *ab initio*, quedando vetada la capacidad regulatoria de las Cortes Generales, sino que la regulación de éstas, más aún, cuando deniegue normativamente su práctica o guarde silencio sobre la cuestión queda siempre sujeta al escrutinio de la justicia como garante último de los derechos fundamentales de los que la objeción es garantía.

IV.- OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y LIBERTAD PROFESIONAL

Para concluir debemos recordar que existe una conexión directa entre libertad de actuación médica y objeción de conciencia. El propio Código de Deontología del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos señala en el artículo 34.2 que el reconocimiento de la objeción de conciencia es garantía de libertad e independencia en su ejercicio profesional. Además, reconoce otra modalidad de objeción como es la objeción de ciencia, donde la divergencia que justifica la abstención del deber legal no es moral, sino con base científica o clínica: “La objeción de ciencia tiene una protección deontológica al amparo del derecho a la libertad de método y prescripción, siendo diferente de la objeción de conciencia” (artículo 35.1).

Así pues, podemos considerar que la objeción de conciencia es una expresión, entre otras, de la autonomía del médico. En la relación clínica tradicional la actuación en conciencia del profesional estaba basada en valores y deberes profesionales sobre los que existía unanimidad. En ella carecía de sentido hablar de objeción de conciencia. Es en la relación clínica moderna cuando surge la objeción de conciencia sanitaria, en un contexto de pluralidad axiológica, reconocimiento de la autonomía del paciente y creciente complejidad de la praxis clínica, donde los valores y deberes profesionales se definen de forma colectiva por los profesionales y por la sociedad⁸.

8 SEOANE, J.A., “Objeción de conciencia positiva”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 32, año 2014, p. 36.

Además, ello es así no sólo por los recientes cambios que han alterado la relación de poderes en la relación médico-paciente, sino, además, porque la objeción de conciencia constituye un debate muy moderno, prácticamente de nuestros días, que se desarrolla en las sociedades liberales y pluralistas⁹.

La libertad de actuación profesional es consustancial al propio concepto de profesión, pudiendo afirmarse que constituye un atributo que la define. Así, la Exposición de Motivos de la 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, afirma que “El concepto de profesión es un concepto elusivo que ha sido desarrollado desde la sociología en función de una serie de atributos como formación superior, autonomía y capacidad auto-organizativa, código deontológico y espíritu de servicio, que se dan en mayor o menor medida en los diferentes grupos ocupacionales que se reconocen como profesiones”.

Se trata, por tanto, no sólo de una garantía consustancial al ejercicio de la profesión, sino de un elemento que integra el propio concepto de profesional. Tal autonomía impide que terceros ajenos a la relación profesional influyan o intervengan en la toma de decisión por parte del profesional que ha de responder al mejor interés del cliente. Como tal libertad encuentra como principal destinatario al propio Estado.

Esta libertad se consagra en el artículo 35 de la Constitución que proclama la libertad de elección de profesión, debiendo admitirse que bajo tal derecho se protege no sólo el propio hecho de la elección de la profesión, sino la posibilidad de ejercerla en libertad, o lo que viene a ser lo mismo, sin más límites que los previstos por el ordenamiento jurídico. La libertad de elección garantiza tanto el acceder a un estatus como el mantenerse en el mismo¹⁰.

Junto a lo dispuesto en el artículo 35, el siguiente artículo 36 señala que la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico del ejercicio de las profesiones tituladas, y ello, en el marco de la regulación de las profesiones colegiadas. Nuestro ordenamiento jurídico recoge, por tanto, una reserva de ley en la configuración del ejercicio de las profesiones tituladas que debe ser interpretada como garantía de su

9 GRACIA GUILLÉN, D., “Ética en la objeción de conciencia”, *Anales de la Real Academia Nacional de Medicina*, núm. CXXVI, 2009, p. 692.

10 Véase el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas que se reconoce en el artículo 23 de la Constitución, respecto del que el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de aclarar que consagra una triple dimensión del derecho: acceso, permanencia y ejercicio del cargo (véanse, entre otras, SSTC 24/1983 y 28/1984).

autonomía. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la reserva de ley que impone el artículo 53.1 de la Constitución en relación con los derechos y libertades de este artículo 35 comporta la existencia de un contenido esencial de los mismos que los garantice constitucionalmente (STC 83/1984). El legislador tiene la facultad de regular el ejercicio de las profesiones, conforme resulta de lo dispuesto por el artículo 36 de la Constitución, pero teniendo en cuenta que tal regulación debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional (STC 42/1986). La libertad profesional del médico goza, pues, de la condición de garantía institucional. Y ello conlleva que el legislador pueda regular las profesiones, pero siempre respetando notas características de las mismas, los elementos que las hacen reconocibles y diferentes de otras actividades. El legislador no puede alterar el contenido esencial de la profesión, so pena de vulnerar el artículo 35 de la Constitución. La autonomía profesional impide que terceros ajenos a la relación profesional influyan o intervengan en la toma de decisión por parte del profesional. Como tal libertad encuentra como principal destinatario al propio Estado que no sólo debe promover las condiciones necesarias para que dicha libertad quede garantizada, sino que además debe abstenerse de interferir en el ámbito de decisión del profesional. Igualmente, la sociedad queda vinculada por dicho deber de respetar lo que han sido los fines de la medicina no incorporando aquellos que por sus características pudieran alterar la propia naturaleza sustancial del ejercicio de la medicina que es procurar la sanación del paciente, es decir, salvar su vida.

De este modo, cuando el acto que el legislador decida imponer al médico, siendo respetuoso con el contenido esencial de dicha profesión, se aparte de cuáles han sido sus fines tradicionales, mayor garantía de objeción debe reconocérsele al médico. La objeción se amplificaría no solo cuando el deber moral que impide llevar a cabo la actuación se fundamente en un imperativo categórico vinculado a la vida, ya sea su inicio o final, como ha señalado expresamente el Tribunal Constitucional, sino también cuando la actuación se aparte de lo que han sido tradicionalmente los fines de la medicina. Ahí es donde debe operar la objeción de conciencia del médico con mayor amplitud, para permitir preservar los rasgos que definen a la profesión.

Así pues, el artículo 35 de la Constitución, al consagrar la libertad profesional actuaría de una doble manera: anulando las decisiones del legislador que alteren el contenido esencial de dicha libertad, por un lado, y permitiendo el ejercicio de la objeción frente a las modificaciones que no afecten al citado contenido, por el otro. Aquí es donde operaría la objeción no regulada.

LOS DATOS SANITARIOS DEL CAUSANTE Y EL TESTAMENTO DIGITAL

Francisco La Moneda Díaz

*Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
de Extremadura.*

I.- EL MARCO LEGISLATIVO ACTUAL DE LOS DATOS SANITARIOS DEL CAUSANTE Y PERSONAS LEGITIMADAS

Con anterioridad a las vigentes normas a las que nos vamos a referir posteriormente, el criterio general era contrario a considerar que los datos personales de un paciente fallecido (causante) pudieran ser objeto de tratamiento por los familiares. Exponente de ello fue la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, en la que se señala que, *“... el derecho fundamental a la protección de datos ha de ser considerado como el derecho del individuo a decidir sobre la posibilidad de que un tercero pueda conocer y tratar la información que le es propia, lo que se traduce en la prestación de su consentimiento al tratamiento, en el deber de ser informado y en el ejercicio por el afectado de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, es evidente que dicho derecho desaparece por la muerte de las personas, porque los tratamientos de datos personas fallecidas no podrían considerarse comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999”*.

No obstante, como veremos, esta materia fue modificada en nuestra legislación a raíz de lo dispuesto en el artículo 18.4 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y especialmente, por el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, ya que la normativa española ha desarrollado un marco específico para regular el tratamiento *post mortem* de los datos de carácter personal.

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, en su Principio del formulario

Final del formulario artículo 17.1, establece, que la historia clínica se tiene que conservar un mínimo de cinco años¹ desde el alta de cada proceso asistencial. No obstante, hay que tener en cuenta que este plazo puede ser objeto de variación por los sistemas sanitarios de las distintas comunidades autónomas. La norma establece una excepción, en el caso de que se trate de datos relacionados con el nacimiento del paciente, así como aquellos derivados de pruebas biométricas, médicas o analí-

1 La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificó el art. 1964.2 del Código Civil establece en cinco años el plazo general de prescripción establecido para las acciones personales. Este plazo computa desde que el reclamante tiene conocimiento del daño.

ticas precisas para determinar el vínculo de filiación con la madre, que en ningún caso se destruirán². En este caso, una vez acaecida la muerte del paciente, o más bien, desde que se tiene conocimiento de él, se ubicará en los archivos definitivos de la Administración, que deben conservarse respetando los adecuados protocolos de acuerdo con la legislación de protección de datos. La norma también obliga a la conservación por este periodo a efectos judiciales, o cuando razones epidemiológicas, de investigación o de organización así lo aconsejen³.

La conservación a efectos judiciales, está relacionada también con el artículo 1964.2 del Código Civil, que prevé un periodo de reclamación para las acciones personales de cinco años, y naturalmente dicho periodo de tiempo, no lo es de caducidad, sino de prescripción, por lo que es posible la interrupción del mismo, de tal forma, que si se está en curso de una demanda de reclamación de responsabilidad civil u otra similar, podrá solicitarse la ampliación del periodo de conservación de la referida historia clínica.

Se atribuye como dependencia competente para la gestión del historial médico, a la unidad de admisión y documentación clínica, lo cual deberá integrarlo en un único archivo bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario y con plena sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁴ (en adelante LOPDP 3/2018).

Pero es el artículo 18 el que regula el Derecho de acceso a la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. En este texto encontramos una regulación clave para el asunto que tratamos y es que en su apartado 4⁵, obliga a los

2 Estos datos sólo podrán ser comunicados a petición judicial, bien en el correspondiente proceso penal o en el civil de reclamación o impugnación judicial de la filiación materna.

3 En este caso, la ley es severa, al exigir que en estos casos excepcionales se tendrá que hacer de forma que quede preservada la identidad de las personas.

4 Hay que tener en cuenta también la figura creada en 2018 del Delegado de Protección de Datos del Colegio de Médicos correspondiente, entre cuyas funciones están las de informar y asesorar al responsable del tratamiento, “así como supervisar el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales y es el interlocutor con los titulares de los datos para cualquier cuestión que al respecto se plantee, incluido el establecimiento de protocolos de actuación en relación con los procedimientos que lleva a cabo dicha administración pública”, como recuerda la Agencia Española de Protección de Datos <https://www.aepd.es/areas-de-actuacion/salud/tus-derechos-en-relacion-con-tus-datos-de-salud>.

5 Sobre la base de este precepto la Agencia Española de Protección de Datos en su resolución nº 185/2021, obligó a una clínica a entregar el historial clínico completo a una hija, a pesar de que

centros sanitarios y a los facultativos de ejercicio individual, a facilitar el acceso a la historia clínica, en el caso de los *“pacientes fallecidos, a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite”*. Añade que, en cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud, *“se limitará a los datos pertinentes”*. Así mismo, añade que *“no se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido, ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros”*.

En realidad, a primera vista cabe hacer dos comentarios. El primero de ellos es que la LOPDP 3/2018 repetirá posteriormente de forma similar a esta 41/2002 como veremos, el elenco de personas legitimadas para ejercer los correspondientes derechos derivados con carácter general de dicha norma. Ahora bien, lo más sorprendente de toda esta regulación es la exagerada amplitud del número y condición de personas a los que la norma permite un acceso al historial médico del fallecido. Fíjese que incluye a todas las personas que por razones familiares o de hecho están vinculadas con el mismo. Esto resulta extremadamente perturbador, habida cuenta de que ese círculo es verdaderamente extenso. Es tanta la amplitud a la que se extiende la permisibilidad de acceso, que nos parece irrespetuoso su propio planteamiento para la memoria del fallecido, tanto de la regulación de la Ley 41/2002 como la similar de LOPDP 3/2018, aunque veremos que la jurisprudencia ha restringido en algunas instrucciones posteriores, este acceso.

En efecto, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de febrero de 2023⁶, en un caso en que una prima del causante solicita la historia clínica del mismo, deja resuelto este asunto y concluye que: *“Conforme a todo lo anterior, y a juicio de esta Sala, una interpretación tanto literal como sistemática y asimismo teleológica de los mencionados preceptos de aplicación (artículo 3.1 de la LPDGDD y artículo 18.3 de la LAP) nos llevan a considerar que por familiares vinculados al fallecido ha de entenderse tanto el cónyuge como los hermanos y los ascendientes y descendientes del primer grado, más no el resto de los familiares. Ello*

ella no fue la que firmó en contrato de ingreso de la madre fallecida. Recuerda además la AEPD que “La normativa en protección de datos, puesta en relación con los artículos 17, 18 y, especialmente el artículo 15 de la LAP, reconoce un derecho de acceso a la totalidad de la historia clínica”.

6 Recurso nº 1630/2020, interpuesto contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 5 de noviembre de 2020. Ponente Nieves Buisan García.

así se desprende de una interpretación literal dado que vínculo, según el diccionario de la RAE, y en la acepción que aquí interesa, significa unión o atadura de una persona o cosa con otra, unión o atadura que por tanto no puede extenderse a cualquier relación familiar, por lejana que sea, sino solo a las más cercanas. La interpretación de los repetidos preceptos además (interpretación sistemática) ha de relacionarse con el concepto de herederos forzosos del artículo 807 del Código Civil y con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982, que limita el ejercicio de acciones de protección de los derechos del honor, intimidad e imagen, al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos del fallecido. Debiendo asimismo traerse a colación el criterio de la AEPD en su anterior resolución R701546/2016, ya mencionada y el de la Agencia Vasca de Protección de Datos en su Dictamen nº D19-008.”

Naturalmente, esta decisión judicial se ajusta correctamente a una interpretación integradora de los textos legales. Pero por nuestra parte, entendemos que lo que es cuestionable es el contenido precisamente de esos textos legales que regulan la materia. Estimamos que debería de haberse circunscrito esa facultad exclusivamente a la figura del heredero, que es el único continuador de la personalidad jurídica del causante. Se echa de menos en esta regulación, una mayor y necesaria armonización con nuestro Derecho Sucesorio, que es el que marca el marco dentro del cual deban regirse los derechos de los sucesores del causante. Como ha destacado alguna autora⁷, *“confluyen cuestiones de Derecho de sucesiones, de Derecho contractual y de Derecho de la persona –en particular, relativas a la protección de datos personales y a la protección de la intimidad/privacidad póstuma y de terceros”*.

Resulta disparatado extender la facultad de acceso a personas “vinculadas a él”, que puede dar lugar a que personas con parentesco, incluso por afinidad, puedan solicitar dicho acceso. Así mismo respecto a los vínculos de “hecho”, que no sólo tiene porqué referirse a la pareja de hecho, sino a otros vínculos de hecho existentes por

7 GINEBRA MARIN, MARIA ESPERANZA. “Voluntades digitales en caso de muerte”. Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2020), Vol. 12, Nº 1. Pág. 908. Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5229>.

También puede verse a SOLÉ RESINA, JUDITH. “Las voluntades digitales: marco normativo actual”. Anuario de Derecho Civil, tomo LXXI, 2018, fasc. II. Págs. 417 a 438.

Vid. también LA MONEDA DIAZ, FRANCISCO: “Análisis y crítica *de lege ferenda* a la regulación del Testamento Digital del art. 96 de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales”. Revista Aranzadi Doctrinal, Nº. 11, 2021.

cualquier concepto. Bien podría haberse referenciado al menos en este aspecto, a la denominación recogida en las numerosas legislaciones sobre parejas de hecho.

Es cierto que no se permiten accesos a informaciones que “afecte a la intimidad del fallecido”, pero ¿quién determina qué es lo que afecta a la intimidad?, ¿la administración sanitaria, la persona ligada por vínculos familiares o de hecho, el facultativo que atendió al paciente...? En realidad, casi todos los datos de una historia clínica deben considerarse íntimos y confidenciales, pues pueden revelar datos que el fallecido no hubiere deseado revelado nunca, o poner de manifiesto una forma de vida, o una dependencia a algún tipo de sustancia o medicamento...que el mismo no deseara que trascendiera a alguien de su propia familia o allegados “de hecho” o de “derecho”. Es más, el hecho de que únicamente quede excluida esta posibilidad de acceso a que el fallecido lo hubiera prohibido, no es argumento hábil, puesto que ha de presumirse (*presunción iuris tantum*) el respeto a la protección de los datos, y no al contrario. Insistimos en que la línea divisoria entre el dato clínico que afecte a la intimidad del fallecido y el que no, es materia más que compleja e interpretable.

II.- EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA UNIÓN EUROPEA 2016/679 Y LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DERECHOS DIGITALES DE 2018.

Dieciséis años después, y tras el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 de la Unión Europea⁸, la LOPDP 3/2018 reguló en su artículo 3 el tratamiento de los datos

8 Hay que tener en cuenta también las Directrices 07/2020 sobre los conceptos de “responsable del tratamiento” y “encargado del tratamiento” en el RGPD, adoptada el 7 de julio de 2021. El responsable del tratamiento, es el ente que decide determinados aspectos esenciales del tratamiento de los datos. La responsabilidad del tratamiento puede establecerse en la normativa o deducirse de un análisis de los hechos o las circunstancias del caso.

Por otra parte, hay que destacar que en el CONSIDERANDO (35) del Reglamento de la UE, se establece que “Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro...todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su

de las personas fallecidas. El proyecto de esta ley orgánica era mucho más coherente con nuestro sistema civil sucesorio, pues hacía mención a los herederos en primer término⁹.

Antes de todo ello tenemos que hacer mención a que el Considerando 27 del Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 de la UE, establece que *“El presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas”*. Pues bien, en este caso España adoptó el modelo de regular este extremo, y así, aunque el artículo 2 de la LOPDP 3/2018 relativo al ámbito de aplicación, establece que esta ley orgánica no será de aplicación *“b) A los tratamientos de datos de personas fallecidas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3”*, éste artículo último, que es uno de los que son objeto del presente estudio, lo permite de la forma prevista, como estamos estudiando.

fuelle, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro”. *Vid.* También Considerando 63. Así mismo en su art. 4 y a los efectos del mismo Reglamento establece qué se entenderá 4) «elaboración de perfiles», 13) «datos genéticos», y 15) «datos relativos a la salud».

- 9 Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 13-1, de 24 de noviembre de 2017: “Artículo 3. Datos de las personas fallecidas. 1. Los herederos de una persona fallecida que acrediten tal condición mediante cualquier medio válido conforme a Derecho, podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión. Como excepción, los herederos no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. 2. El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de éste y, en su caso su rectificación o supresión...”. Y la Disposición Adicional séptima del mismo Proyecto, bajo el título Acceso a contenidos de personas fallecidas, establecía que: “El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información a favor de personas que hayan fallecido se regirá por las reglas previstas en el artículo 3 de esta ley orgánica, a saber: a) Los herederos de la persona fallecida podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Como excepción, los herederos no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. b) El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido designado expresamente para ello podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones. c) En caso de fallecimiento de menores...”.

Por otra parte, y aunque exista una normativa específica en la Ley 41/2002, no cabe duda de que se ha de aplicar a este ámbito igualmente la normativa de la Ley 3/2018, por ser posterior, por ser también específica en lo que a datos personales se refiere, así como por el ámbito de aplicación que delimita el artículo 2, al extender el Título I a cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales. No así, como veremos, lo referido al testamento digital regulado en el artículo 96 de la Ley 3/2018.

El artículo 3.1 de la LOPDP establece que *“Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión¹⁰. Como excepción, las personas a las que se refiere el párrafo anterior no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante”*.

Como podemos observar, nos encontramos con un marco similar al anterior marcado por la Ley 41/2002, si bien, se incluye ahora por fin al heredero, al añadir tras los anteriores citados, *“así como sus herederos”*. No obstante, esta regulación es poco tranquilizadora a los efectos expuestos anteriormente, pues no da preferencia a la figura del heredero como hemos referido, sino que lo incluye en el elenco como uno más, junto a las personas relacionadas con vínculos familiares o de hecho (incluso después de relacionar a los anteriores). Insistimos en que ello supone una grave alteración del principio sucesorio básico que no es otro que el del respeto esencial a la última voluntad del causante, y ésta es que, el verdadero sucesor de sus bienes, derecho y obligaciones y de las acciones encaminadas a la protección de los mismos, es quien él ha designado expresamente en testamento, o en su defecto, quien establece el criterio de sucesión intestada del artículo 912 del Código Civil (en adelante CC).

10 El no acceder a la supresión solicitada, es considerada una infracción leve, contemplada en el art. 74 de la misma norma; “g) El incumplimiento de la obligación de suprimir los datos referidos a una persona fallecida cuando ello fuera exigible conforme al artículo 3 de esta ley orgánica”. Por otra parte, el derecho de supresión y a la limitación del tratamiento, están recogidos en los arts. 15 y 16, remitiéndose el primero de ellos al art. 17 del Reglamento (UE) 2016/679, y a su vez el art 16 al artículo 18 del Reglamento (UE) 2016/679.

Por otra parte, se parte del principio del derecho de acceso, salvo prohibición del causante. Este principio es más que cuestionable, ya que la presunción podría ser perfectamente la contraria, como hemos expresado, es decir, la prohibición de acceder salvo que el causante lo hubiere previsto o permitido, pues no puede olvidarse que nos encontramos con cuestiones de índole muy personal, y el criterio debe tener carácter restrictivo, al no ejercitarlo personalmente el propio interesado y al acceder a datos que, aunque puedan no afectar al derecho a la intimidad, resultan claramente de la esfera personal del fallecido.

No obstante, el precepto (artículo 3 LOPDP), reitera de forma distinta en su apartado 2 lo siguiente: “2. *Las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello podrán también solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso su rectificación o supresión*”. Se alude seguidamente a que por real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, algo que a fecha de hoy no ha ocurrido. Habrá que esperar al desarrollo por real decreto al que se refiere el artículo 3.2, así como el artículo 96.3 que veremos.¹¹

Estas denominadas “*instrucciones recibidas*”, son las que nos permiten hablar en cierto modo de un testamento digital, además de la defectuosa previsión del artículo 96 de la LOPDP del que hablaremos.

11 SOLÉ RESINA, JUDITH en “Las voluntades digitales: marco normativo actual”, Anuario de Derecho Civil. Tomo LXXI, 2018, fasc. II, en su pág. 427, recuerda que, cuando esta ley se encontraba en fase de proyecto “El Proyecto no desvela cual habrá de ser la forma en que se dispongan las voluntades digitales, aunque de la referencia a la posibilidad de inscripción se deduce que parte de la idea de que, por reglamento, se regulará un instrumento especial al efecto, que es el que será objeto de registro, diferenciado de los documentos válidos para la disposición de las últimas voluntades –testamento, codicilo, memorias testamentarias–, esto es, lo que puede darse en llamar un documento de voluntades digitales, que podrá contener un poder especial en favor de una persona de confianza y las instrucciones necesarias para gestionar dichas voluntades. Si bien del Proyecto se deduce también la posibilidad de que las voluntades digitales formen parte del propio contenido de un testamento, codicilo o memorias testamentarias, por lo que habrá que resolver la cuestión de la posibilidad o no de su coexistencia con un documento que disponga las voluntades digitales”. Igualmente, esta autora encuentra precedentes de esta norma en la ley francesa n.º 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, por una república digital. (*vid.* pág. 428).
Sobre el testamento digital, también OTERO CRESPO, MARTA “La sucesión en los bienes digitales. La respuesta plurilegislativa española. Revista de Derecho Civil. 2019. También OTERO CREPO, MARTA en “Las disposiciones post mortem sobre el llamado patrimonio digital: una primera aproximación desde el sistema plurilegislativo español”. En Encuentro de Investigadores EDUM 2019.

A la vista de este apartado, lo cierto es que lo idóneo, hubiere sido quedar únicamente esta redacción del punto 2 del precepto, prevaleciendo sobre el texto del punto 1 del mismo. De ese modo, haberse limitado a recoger a quien: *“el fallecido hubiese designado expresamente para ello ... con arreglo a las instrucciones recibidas”*, y añadir que, para el caso de no existir dicha designación, corresponderá a los herederos. A nuestro juicio, hubiere sido sin duda la redacción deseable y más acorde con nuestros principios sustantivos civiles.

En cualquier caso y, en suma, según la normativa vigente, combinando la ley 41/2002 y la 3/2018 pueden acceder las siguientes personas:

- 1º. Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho.
- 2º. Sus herederos.
- 3º. Las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente con arreglo a las instrucciones recibidas,

Por otra parte, la jurisprudencia en una interpretación sistemática y teleológica de los preceptos de aplicación, considera legitimados a las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, entendiendo por tales, tanto al cónyuge, hermanos, ascendientes y descendientes del primer grado, pero no al resto de los familiares.

A nuestro juicio, el derecho de acceso al que nos venimos refiriendo debería haber quedado circunscrito a los siguientes y por el orden que indicamos:

- 1º. Las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente con arreglo a las instrucciones recibidas,
- 2º. En defecto de lo anterior, únicamente sus herederos testamentarios o en defecto de éste, a los herederos legales.

Como venimos diciendo, estos preceptos parecen dar carta blanca a una inmensa relación de personas con vínculos familiares y, de hecho así como a los herederos. No hace falta adivinar que la redacción de este precepto es, a nuestro juicio, inadecuada, no entendiendo cómo el legislador ha sido tan flexible en un tema tan extremadamente sensible en lo que se refiere a los derechos personales del propio paciente fallecido, máxime en una era como la actual, en la que cobra especial relieve y protagonismo la protección de datos. Ello, además, aderezado con la ausencia de previsión que le faltó al mismo legislador, sobre los conflictos que, entre esos mismos parientes, allegados y demás personas vinculadas por distintos y extensos motivos con el fallecido, pretendan ostentar derecho de acceso a los datos.

III.- EL LÍMITE QUE MARCA LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO, REGULADORA DE LA PROTECCIÓN CIVIL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN

No obstante, lo relacionado hasta ahora, en lo que se refiere al ejercicio de acciones civiles a fin de proteger la intimidad del difunto, la legislación es en cierto modo, algo más respetuosa con el orden civil sucesorio. No hay que olvidar, que nos movemos en un orden de aspectos y datos personales que afectan a la intimidad y a la confidencialidad de una persona fallecida, pues se trata de datos sobre su propia salud, materia especialmente sensible en el marco de protección de los derechos de un paciente, aunque esté fallecido, e incluso precisamente por ello, más necesitado de protección. Pues bien, en este sentido, hemos de acudir al auxilio de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, reguladora de la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que establece en su art. 4: *“1. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. 2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento”*¹².

En primer lugar, hemos de valorar positivamente (aunque no en extremo, como diremos) la redacción de este texto de 1982, que resulta algo más adecuado a nuestro sistema sucesorio, al circunscribir el ejercicio de las acciones de una persona fallecida a los designados vía testamento y subsidiariamente al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, es decir, los herederos legales. Y hemos dicho que inicialmente, porque a la postre, aun resultando una redacción más idónea que la de las actuales normas 41/2002 y 3/2018, resulta también en cierto modo perturbadora, porque a la hora de relacionar a los herederos legales, en vez de seguir el orden de los artículos 912 y siguientes del Código Civil, lo hace de forma conjunta e indistinta, no subsidiaria, a todos ellos, legitimación que otorga de modo prácticamente solidario a los mismos, cuestión que tampoco podemos aplaudir. No resulta muy comprensible que se confieran dichas acciones a un conjunto indistinto de familiares sin

12 La Exposición de Motivos de esta ley, señala que: « Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho».

orden entre los mismos, dado que ello va a provocar, como de hecho ocurrió, no pocos conflictos internos entre los mismos¹³.

No obstante, y como decíamos, en virtud de lo anterior, y de la combinación de los preceptos de las legislaciones estudiadas, cabría concluir que cuando se trate de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida relacionado con los datos sanitarios de la misma, concierne exclusivamente a al designado a tal efecto en el testamento, y en su defecto, al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos de la persona afectada que vivieren en el momento del fallecimiento (artículo 4 de la Ley 1/1982). Respecto de los derechos de acceso a la historia clínica, sus datos personales y su rectificación o supresión, el abanico de legitimados es notoriamente más amplio, pues va referido a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. A ello habría que añadir igualmente, a la pareja de hecho que acredite tal condición conforme a la legislación de la comunidad autónoma de que se trate, ya que no existe una norma nacional al respecto. Generalmente se requiere un periodo de convivencia mínimo de carácter público y estable y la inscripción en el correspondiente registro creado al efecto en cada administración autonómica o local. Bastará expedir el correspondiente certificado por parte del encargado de dicho registro. Únicamente y para el mismo caso en que se permite a terceros el acceso a la historia clínica, motivado por un riesgo para su salud, se consideran legitimadas a las personas mencionadas¹⁴. Así mismo, y a los solos efectos indicados, incluso en aquellos supuestos de prohibición expresa del fallecido.

13 Relaciona en primer término al cónyuge, cuando tras la Ley 13/1981 de 7 de Julio en defecto de testamento, heredan por el siguiente orden: descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos. Sin embargo, la referida norma de 1/1982 ignora o desconoce tal prelación, no concediendo ninguna preferencia entre todos ellos.

14 En TRONCOSO REIGADA, ANTONIO. *La protección de datos personales «en busca del equilibrio»*. Valencia, 2010: “no tiene sentido que el legislador distinga entre familiares y terceras personas si el tratamiento va a ser semejante. Tampoco tendría sentido afirmar el derecho de acceso de los familiares a la historia clínica del fallecido, salvo que éste lo hubiese prohibido expresamente, para después limitarlo exclusivamente a los supuestos de un riesgo grave para su salud. Resultaría también contradictorio, que las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho tengan un acceso pleno a información clínica mientras el paciente, todavía vivo, carezca de capacidad para entender (art. 5.3 de la Ley 41/2002), y después, no puedan acceder a la información cuando el paciente haya fallecido...una interpretación restrictiva limitaría mucho el ejercicio de acciones legales por errores médicos, ya que el acceso a la historia clínica debería hacerse en el

A pesar de la generalidad de esta legitimación, es lo cierto que la Agencia Nacional de Protección de datos, ha venido restringiendo este elenco de forma similar al indicado respecto a la Ley 1/1982, es decir, a los designados en testamento, y subsidiariamente a los herederos legales¹⁵. Como hemos señalado, consideramos como más idóneo, el orden marcado subsidiariamente en el artículo 3.2 de la LOPDP, es decir, las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello, con arreglo a las instrucciones recibidas.

IV.- ¿EXISTE EL TESTAMENTO DIGITAL?

Como ya apuntábamos, las *“instrucciones recibidas”* (ex artículo 3.2 de la LOPDP) de la persona fallecida, son el instrumento más idóneo que debió primar el legislador, a modo de las instrucciones previas para antes de la muerte en el ámbito personal. Las instrucciones podrán contenerse en cualquier tipo de documento eficaz idóneo en Derecho, y por ello sería conveniente (aunque no exigible, por no hacerlo la norma) que lo fuera en documento indubitado y fehaciente. Naturalmente, resulta ocioso añadir, que la mejor forma para perfeccionar el mismo sería el testamento notarial, o al menos el testamento ológrafo.

La única referencia expresa en nuestro Derecho al denominado testamento digital, la encontramos en el artículo 96 de la LOPDP que de forma muy llamativa, inadecuada y generadora de una expectativa que se revela posteriormente falsa, regula el llamado *“derecho al testamento digital”*¹⁶. Parece que este extremo fuera a solu-

marco de un proceso civil ya iniciado, sin haber valorado previamente los datos obrantes en la historia clínica”. https://www.avpd.eus/contenidos/dictamen_avpd/d19_008/es_def/adjuntos/CN19-003%20DIC%20D19-008.pdf.

- 15 En similar sentido en Informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos nº 171/2008. Igualmente, el Dictamen nº D19-008 de la Agencia vasca de Protección de Datos de 30 de mayo de 2019. También la Resolución del Defensor del Pueblo Andalúz de 24 de Julio de 2023.
- 16 El art. 96 establece: *“Derecho al testamento digital. 1. El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas: a) Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder*

cionar cuanto venimos estudiando en este apartado, y así hubiera sido deseable, sin embargo, hay que circunscribirla al ámbito material del precepto que exclusivamente es el de acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas. Por ello, anteriormente comentábamos que ésta ley era de aplicación a todos los datos personales de las personas que estuvieran automatizados (art. 2) , pero no en el caso del artículo 96, que va referido a los referidos prestadores de servicios. Y, además, a pesar de su denominación, no se trata de un verdadero testamento.

Es por ello, por lo que no puede extenderse su aplicación, y además como veremos, reproduce el esquema del precitado artículo 3, a los supuestos que aquí estudiamos. Téngase en cuenta que La Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, entiende por Servicios de la Sociedad de la Información a *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.”*. Es decir, no está refiriéndose en ningún caso a los datos sanitarios conservados en archivos de centros sanitarios públicos o privados, a los que estamos dedicando este estudio.

Por otra parte, además, y por si cabía alguna duda, el apartado 2 del artículo 96 aclara que las personas legitimadas podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los *“perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes”*, por lo que nada que ver respecto a los datos o historias clínicas a los que nos venimos refiriendo.

Con ello, hemos de concluir que, a los efectos de los datos sanitarios, no existe regulada la figura del testamento digital, habida cuenta de que el artículo 96 de la LOPDP no es de aplicación a este tipo de datos sanitarios, sino a los resultantes de los prestadores de la información a los que nos hemos referido. La figura más próxima que

a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto. b) El albacea testamentario, así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones.

encontramos al testamento digital o a un codicilo (en la frustrada legislación catalana¹⁷) sería por tanto el de las “instrucciones” a las que nos venimos refiriendo del artículo 3.2. En este caso, vemos que por fin y por una sola vez, el legislador establece un soporte, en el que el verdadero titular del derecho de acceso y demás derivados del mismo, establece su última voluntad sobre el destino de sus datos. Entendemos que, aun dada la parquedad del precepto, dichas instrucciones deberán constar por escrito, aunque no se especifique la forma concreta como elemento esencial del instrumento jurídico. Es por ello, por lo que, al no establecerse ningún tipo de formalidad, fehaciencia o cualquier otro mínimo requisito de veracidad, la Administración sanitaria no podrá exigir ningún rigor especial en cuanto a la forma. Sería deseable una legislación que regulara las referidas instrucciones en cuanto a su admisibilidad, forma y demás requisitos que generen seguridad jurídica para los ciudadanos y para las administraciones custodiantes de dichos datos sanitarios.

V.- EL DERECHO DE SUPRESIÓN DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

Respecto al derecho de supresión, más conocido como derecho al olvido, que pueden ejercitar los mencionados legitimados de las personas fallecidas, conforme al art. 3 de la LOPDP 3/2018, está regulado en el artículo 15 de la misma norma que a su vez se remite al artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 de la UE que obliga al responsable del tratamiento a la supresión de los datos personales a suprimir sin dilación indebida los datos personales en determinados supuestos concretos, entre ellos, cuando el interesado retire el consentimiento o se oponga al tratamiento, entendiendo que lo que referido al interesado, es aplicable al sucesor jurídico del interesado en los términos expuestos. Sin duda, podemos encontrarnos con datos relativos a la salud de una persona sobre su enfermedad o su causa de muerte, que hayan sido publicados o difundidos en redes o medios, por parte de algún medio de prensa o través de intromisiones de terceros. El derecho de supresión o derecho al olvido, se extiende a estas informaciones o datos. No obstante, como es sabido, el denominado derecho al olvido, tiene el límite, y así lo expresa el citado artículo 17 del Reglamento de la UE, cuando el tratamiento sea necesario para ejercer

17 Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017. interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña, por excederse de sus competencias en el ámbito civil.

el derecho a la libertad de expresión e información, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o por razones de éste mismo interés en el ámbito de la salud pública, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, etc... En similar sentido el art. 16 de la LOPDP que se remite al art. 18 del Reglamento de la UE y que regula el derecho a la limitación del tratamiento de datos. Téngase en cuenta que, *vr.*, la enfermedad de una persona relevante en el ámbito político, cultural o social, es una cuestión que excede de su propia intimidad, dada la relevancia pública del personaje y su trascendencia, más allá de la esfera familiar y personal del mismo. Su posterior supresión, puede dañar el derecho a la información de los ciudadanos. No resulta fácil encontrar el adecuado equilibrio entre derechos que pueden entrar en colisión y los intereses de las partes en liza.

Naturalmente, ello no implica el derecho a la supresión de aquellos datos o informaciones que resulten probadamente falso. En este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2022 (asunto C-460/20) en donde prevalece el derecho de supresión frente al derecho a la información y a la libertad de expresión cuando los datos resultan inexactos.¹⁸ No obstante, en España, hemos de referirnos a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 4 de Marzo de 2024¹⁹, que reconoce que: *“Es cierto que el art. 3 de la LOPD reconoce en España la protección de los datos de las personas fallecidas, admitiendo el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o supresión, pero ello no implica que el alcance de la protección concedida sea distinto del régimen general existente para ponderar la viabilidad de estos derechos. O, dicho de otra forma, no se establece un régimen independiente y autónomo del derecho de supresión de datos, distinto del establecido para las personas físicas. Así,*

18 Y en lo relativo a la exactitud de la información, el TJUE en su sentencia de 8 de diciembre de 2022 (asunto C-460/20), referida también a la solicitud de retirada de ciertos artículos críticos por entender que contenían una información parcialmente inexacta, ha sostenido que «De ese modo, en el supuesto de que quien haya formulado una solicitud de retirada de enlaces aporte pruebas pertinentes y suficientes, que sean idóneas para fundamentar su solicitud y acrediten la inexactitud manifiesta de la información que figura en el contenido indexado o, al menos, de una parte de esa información que no es menor en el conjunto del referido contenido, el gestor del motor de búsqueda estará obligado a acceder a dicha solicitud de retirada de enlaces. Lo mismo ocurrirá cuando el interesado presente una resolución judicial adoptada contra el editor del sitio de Internet que se base en que la información que figura en el contenido indexado, que no es menor en el conjunto de este, es, al menos a primera vista, inexacta».

19 Nº de Recurso: 7418/2022, nº de Resolución: 374/2024, ponente Córdoba Castroverde.

el artículo 15 de la LOPD, que regula el derecho de supresión, se remite expresamente a lo dispuesto en el art. 17 del Reglamento de la Unión ..Si se afirmase... que la protección de datos de una persona fallecida debe ser acogido cuando se demuestre que la información es inexacta, cualquiera que fuese el alcance de la inexactitud, sin poder ponderar otros derechos o intereses concurrentes, nos llevaría al absurdo de que las personas fallecidas tendrían no solo una mayor protección que las personas vivas, sino una protección automática y absoluta frente a cualquier otra consideración y frente a las libertades y derechos de los demás...En definitiva... la regulación sustantiva en lo relativo al ejercicio del derecho de acceso, y supresión de las personas fallecidas es el mismo que para los vivos, siendo de aplicación los mismos límites y la ponderación de intereses en conflicto... la singularidad que implica que el derecho de supresión se ejercite respecto de datos personales correspondientes a una persona fallecida no suprime la necesidad de ponderar la protección de datos del difunto con otros derechos y libertades en conflicto a la luz de nuestras normas y de la jurisprudencia existente. Alegada la inexactitud parcial de una información que afecta a una persona fallecida, y que aparece incorporada a una investigación histórica y científica, la exigencia de exactitud de lo afirmado se aminora y debe ponderarse también la trascendencia de la inexactitud en el conjunto de la información aparecida”.

Por último, y antes de finalizar, hemos de hacer referencia al artículo 9 del Reglamento de la UE, que establece la prohibición del tratamiento de datos personales, entre ellos el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud. No obstante, igualmente, en su apartado 2 excepciona distintos supuestos, como cuando el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, o el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial²⁰, entre otros casos.

20 En el mismo se dice: “g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros... i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud,... j) el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros...”.

Por su parte, la Disposición Final 5 de la LOPDP 3/2018 introdujo el artículo 105 bis en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, por virtud de la cual, el tratamiento de datos personales en la investigación en salud se regirá por lo dispuesto en la Disposición adicional 17 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. A su vez, ésta refiere que se encuentran amparados en las letras g), h), i) y j) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 los tratamientos de datos relacionados con la salud y de datos genéticos que estén regulados en una serie de leyes que relaciona²¹ y que por su extensión no podemos reproducir, remitiéndonos al citado precepto. Y en cuanto al tratamiento de datos en la investigación en salud establece unos extensos criterios por lo que ha de regirse, remitiéndose a distintos preceptos del Reglamento (UE) 2016/679 y del Reglamento (UE) 536/2014.

21 a) La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, b) La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, c) 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 clínica, entre otras que no transcribimos por su extensión.

**PRUEBA PERICIAL. EL MÉDICO COMO TESTIGO,
PERITO Y TESTIGO-PERITO.
CONCEPTOS, OBLIGACIONES Y
RESPONSABILIDADES**

Manuel Fernández Chavero

*Médico Especialista en Medicina del Trabajo.
Médico Perito.*

I.- INTRODUCCIÓN

Si peritar es analizar, y evaluar, un asunto en calidad de especialista es fácil deducir que la peritación médica es tan antigua como la Medicina. Así que podríamos retroceder hasta Imhotep (2690-2610 AC), considerado el primer médico de la historia, para encontrar también al primer perito médico. Sin embargo, el “honor” de primer perito parece habérselo llevado Arquímedes (287-212 AC) que podría haber sido médico pero se conformó con ser físico, ingeniero, inventor, astrónomo y matemático.

La peritación médica juega un papel decisivo en la vida de las personas en general y en el mundo laboral y judicial de manera particular. En muchas ocasiones es clave para la concesión de una discapacidad, invalidez, indemnización, reconocimiento de una enfermedad profesional, una inhabilitación, una sentencia absolutoria o una condena penal. El perito médico necesita una identificación, y compromiso absoluto, con la *Praxis Médica* y con la *Lex Artis*. Este concepto es definido por el diccionario panhispánico del español jurídico de la RAE en los siguientes términos: “*Conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio*”.

Los médicos peritos tienen la obligación legal, profesional, ética y deontológica de extremar su pericia, diligencia y prudencia en aras de una actuación impecable y en previsión de graves responsabilidades.

Deseo que todo el que tenga a bien leer este artículo se pueda hacer una idea, aunque sea aproximada, de la idiosincrasia de la pericial médica.

II.- BREVE RESEÑA HISTÓRICA

La historia de los médicos peritos se remonta al Derecho Romano Clásico, pero no se pueden descartar épocas anteriores como el antiguo Egipto (Imhotep) o Grecia (Hipócrates). Los médicos romanos, como en Grecia, podían ser llamados a testificar en juicios para evaluar lesiones o determinar la causa de la muerte.

- En época de Carlos V (1532) se empezaron a realizar las primeras peritaciones médicas a instancia de la Inquisición sobre todo en casos relacionados con abortos clandestinos, lesiones, homicidios etc. Sería el nacimiento del Perito Forense.
- En Francia (1539) se promulga la *Constitutio Criminalis Carolina*.
- En 1579 aparecen las Ordenanzas de Eloy. Se empieza a regular la actividad pericial.

- Siglos XVII–XVIII: Comienza el desarrollo de la Medicina Legal en Europa. Se introducen técnicas para determinar causas de muerte y responsabilidad en accidentes.
- Siglo XIX: La Medicina Legal se consolida. Nace la figura del forense como médico encargado de peritajes en juicios civiles y penales.
- Siglo XX: Se crean Institutos y Sociedades de Medicina Legal en muchos países. El peritaje se utiliza en tribunales, y también en seguros, procesos laborales y administrativos.
- Actualidad: La Peritación Médica abarca multitud de especialidades: Patología Forense, Medicina Laboral, Toxicología, Odontología Forense, Medicina Legal en daños y perjuicios, valoración de incapacidad, y pericial médica administrativa.

III.- CONCEPTOS Y DEFINICIONES: TESTIGO. PERITO. TESTIGO-PERITO

TESTIGO: Del latín “*testis*”, es la persona que tiene un conocimiento por percepción propia sobre los hechos que se enjuician.

PERITO: Perito, del latín *peritum*, significa docto, experto, entendido en una determinada ciencia o arte; persona con conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre una materia y que viene a aportar esos saberes especializados a la causa, sin haber presenciado los hechos objeto de enjuiciamiento.

TESTIGO-PERITO: Persona que tiene conocimiento de los hechos que se enjuician, pero que además *posee conocimientos técnicos* sobre los mismos.

1. DIFERENCIAS: TESTIGO. PERITO.

TESTIGO: El testigo es la persona que tiene conocimiento del objeto del juicio por haberlos presenciado bien de manera directa o indirecta. Este conocimiento puede tener su origen en cualquiera de los sentidos: Vista, oído, tacto, olfato o gusto. Cualquier ciudadano que no tenga impedimento legal, y que sea conocedor de los hechos que las partes deben de probar, está obligado a declarar como testigo. El médico no se diferencia de cualquier otro ciudadano a la hora de ser requerido y actuar como testigo.

PERITO: El perito es un profesional cualificado que hace una interpretación científica de los hechos mientras que el testigo comparece tan sólo para decir lo que ha visto u oído o conoce de un hecho, pero sin necesidad de realizar ningún tipo de interpretación.

Es evidente, por tanto, que son figuras diferentes. Bien es cierto que, en ocasiones, por ejemplo, en accidentes de tráfico, el médico pudiera reunir en su persona al testigo y al perito, pero es una situación excepcional.

IV.- TIPOS DE PERITAJE Y SUS CARACTERÍSTICAS

Según la iniciativa proceda de un órgano jurisdiccional o particular tendremos la pericia oficial o judicial y la pericia privada o de partes. La pericia oficial la puede desempeñar cualquier médico, no es preciso que pertenezca al Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, ni tampoco que esté en posesión de ninguna especialidad médica. En el caso de la pericia privada son las partes las que eligen a sus peritos, y por tanto, las que los seleccionan según sus intereses.

- **Peritación Penal**
- **Peritación Civil**
- **Peritación Laboral**

En España los peritos oficiales se regulan por normativas procesales o administrativas:

1. Ley de Enjuiciamiento Penal.
2. Ley de Enjuiciamiento Civil.
3. Legislación Administrativa.

V.- PERITACIÓN MÉDICA PENAL

En el Derecho procesal español, la prueba pericial se encuentra incorporada a la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde su primer texto (14 de septiembre de 1892). Hoy día la peritación médica, en el proceso penal, está regulada por los artículos 456 a 485 de la citada Ley

El cargo de perito es obligatorio y nadie puede negarse a acudir al llamamiento del juez al menos que estuviera legítimamente impedido. No pueden prestar informe pericial acerca del delito:

- Los parientes del procesado en línea directa.
- Cónyuge.
- Sus hermanos consanguíneos o uterinos.
- Familiares laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil.
- Los hijos naturales respecto a la madre en todo caso y respecto al padre cuando estén reconocidos.
- El padre y la madre naturales.

VI.- PERITACIÓN MÉDICA CIVIL

En la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la prueba pericial viene regulada por los artículos del 335 al 348.

El artículo 335.2 establece que: Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podrá incurrir si incumpliere su deber como perito.

El artículo 340 dice: Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste, y si se trata de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquella materia.

VII.- PERITACIÓN MÉDICA LABORAL

La peritación médica laboral se refiere básicamente a la valoración de las incapacidades e invalideces derivadas de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

El proceso laboral es casi paralelo al proceso civil estando regulado por la Ley del Procedimiento Laboral (Ley reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre), completada en los casos no previstos en ella por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los afectados se valen de la peritación médica bien por un médico forense, cuando así lo estime el juez, o por un perito propuesto por las partes.

La legislación no establece ninguna cualificación especial para estos peritos, por lo que cualquier licenciado en Medicina puede intervenir, lo que no deja de ser un despropósito y un contrasentido cuando existen las especialidades de Medicina del Trabajo, Medicina Legal y Forense y los Másteres y Diplomaturas en Valoración del Daño Corporal.

VIII.- EXIGENCIAS PARA SER UN PERITO MÉDICO

- Los médicos peritos deben atesorar por parte iguales conocimientos, espíritu de servicio y ética.
- Buena comunicación. Utilizar un lenguaje que facilite la comprensión. Evitar tecnicismos y acrónimos.
- Tienen que ser profesionales cómodos y válidos.

- Harán únicamente consideraciones médicas sin entrar en valoraciones jurídicas ni emplear un lenguaje jurídico. Al perito le incumbe el aspecto “médico” del proceso. El aspecto “legal” es competencia del Juez.
- Tienen la responsabilidad de ayudar al juez y por tanto deben luchar por su credibilidad.
- Los peritos deben tener una reconocida solvencia profesional, ética y moral.
- Los peritos han de ser objetivos, imparciales, honrados e independientes.
- El perito ha de conocer tanto el objeto como los límites de su función.
- La pericia implica confianza y colaboración entre el juez y el perito.
- El perito tiene la obligación de comparecer cuando sea citado por el juez o tribunal.
- El perito debe actuar siempre con un criterio justo y prudente dejando siempre de lado los condicionamientos personales.
- Los peritos al emitir un informe están “actuando como jueces” porque están aplicando sus conocimientos científicos en materias muy específicas y por lo tanto están determinando las consecuencias respecto a los hechos que se investigan.
- Respecto al cobro de honorarios el perito tiene derecho a recibir unos honorarios acordes con su trabajo y responsabilidad. Estos honorarios han de ser independientes del resultado final del peritaje y acordados de manera razonada y transparente con la persona peritada.
- Un perito médico ha de ser capaz de:
 - Diagnosticar la enfermedad.
 - Dar una visión ajustada en cada caso.
 - Puntuar el daño corporal.
 - Valorar las secuelas.
 - Calcular el valor económico de las indemnizaciones.
 - Evaluar una incapacidad.

El Dr. Eugenio Laborda, en una entrevista de Redacción Médica del 6 de noviembre de 2013, siendo por entonces Presidente de la Sociedad Española de Valoración del Daño Corporal y compartida con profesionales de gran prestigio como el Dr. D. Mariano Casado, compañero y amigo, el Dr. D. Luis Bernaldo de Quirós y D. Ricardo de Lorenzo, máximo exponente del Derecho Sanitario en España venía a decir textualmente:

La labor de los Peritos Médicos está actualmente mal considerada y mal desarrollada. Somos un mal necesario, mal consentido, no entendido, vilipendiado y ofendido siempre que se puede. Ante todo, somos médicos y nuestra única labor es auxiliar a

las compañías de seguro, asesorar a los abogados en el ejercicio de los derechos de sus clientes y facilitar la labor de los Especialistas en Medicina Legal y Forense para que su ejercicio no sea tan precario y escaso en documentación”.

Escribiendo este artículo me he preguntado que se podría hacer para revertir esta opinión negativa y recuperar el prestigio que nunca se debió perder y he llegado a la conclusión que el camino más corto no puede ser otro que denunciar a los farsantes, a los mercenarios de la pericia, a los que hoy defienden blanco y mañana negro, a los charlatanes, a los intrusos y a los mentirosos. El buen perito cuando se mire al espejo sólo puede ver una cara. El mejor abogado y el juez más justo poco podrían hacer sin un buen peritaje, sin un buen perito. En este enorme poder deben anidar los valores éticos y el compromiso deontológico de los peritos.

IX.- RECUSACIÓN Y TACHA

Los conceptos de Recusación y Tacha son idénticos a efectos prácticos, aunque distintos en su concepción teórica y legal. Se trata de un desacuerdo, y un rechazo, hacia el perito nombrado o bien por el Juez o bien por las partes por una serie de circunstancias que paso a enumerar. Conviene aclarar que la Recusación solo cabe ante el perito judicial y la Tacha se puede aplicar al resto de peritos.

1.- MOTIVOS DE RECUSACIÓN

Es el proceso a través del cual alguna de las partes en el proceso puede reclamar un cambio en el perito designado por estimar que el mismo no cumple los requisitos necesarios para actuar con objetividad. Los peritos judiciales podrán ser motivos de recusación en aquellos casos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y en los supuestos regulados por los apartados primero, segundo y tercero del apartado tercero del artículo 124 Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso.
- Haber prestado servicios como perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo.
- Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso

2.- MOTIVOS DE TACHA

Realizar la tacha es solicitar al juez que aparte de la causa a un determinado perito que está participando en la misma por alguno de los supuestos así previstos legalmente. La Tacha se encuentra regulada en el artículo 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el mismo establece que los supuestos de tacha son los siguientes:

- Parentesco por consanguineidad o afinidad hasta el cuarto grado.
- Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.
- Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con algunas de las partes o con sus abogados o procuradores.
- Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados.
- Cualquiera otra circunstancia debidamente acreditada.

X.- RESPONSABILIDAD DE LOS PERITOS

Hemos dicho con anterioridad que los peritos deben atesorar una serie de cualidades como credibilidad, responsabilidad, imparcialidad, honradez, independencia, prudencia y un largo etc. que los convierta en profesionales fiables para los jueces, para los trabajadores y para los ciudadanos. Cuando un perito emite un informe está realizando un Acto Médico tal y como lo define el Código de Deontología de la OMC en su artículo 6.1: *Toda actividad lícita y guiada por la lex artis ad hoc desarrollada por un profesional médico legítimamente capacitado, ya sea en su ámbito asistencial, docente, investigador, pericial, de actividad evaluadora, inspectora, de planificación, gestión sanitaria u otros. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como de la preservación, promoción y prevención de la salud, por medios directos e indirectos.*

De todo ello se deduce que el incumplimiento de tales obligaciones conllevará una serie de responsabilidades que incluyen el ámbito penal, civil, disciplinaria por parte del propio juez y, por supuesto, una importante responsabilidad deontológica.

A la credibilidad le ocurre como a la virginidad que sólo se pierde una vez en la vida. Decía el Dr. Jonás Salk que: *La recompensa del trabajo bien hecho es la oportunidad de hacer más.*

Los jueces y los peritos han de ir de la mano. De tal manera que las sentencias judiciales dependerán, en mayor o menor medida, del grado de confianza que el juez

haya depositado en el perito. O dicho de otra manera del grado de confianza que el perito, con su buen quehacer, haya generado en el juez. Las sentencias siempre repercuten en la vida de las personas y todo aquello que repercute en los demás ha de ser para el perito una autoexigencia innegociable.

XI.- LA FIGURA DEL TESTIGO-PERITO

La figura del perito-testigo aparece en el punto 4 del artículo 370 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se define textualmente como: *Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a su respuesta sobre los hechos.*

Esta figura es reconocida en otros ordenamientos jurídicos de la unión europea, como sucede en Alemania, basado en la valoración de un testigo experto. Responderá por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas (con excepciones) en cada una de sus respuestas, el testigo expresará la razón de ciencia de lo que diga.

El ejemplo que se suele exponer como testigo-perito es el del médico que presencia un accidente de circulación, y presta los primeros auxilios: cuando se le pregunte por las lesiones es obvio que contestará como médico y no como ciudadano. De ahí que la Ley, artículo 370.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, le considere como testigo, y acto seguido ordena que se consignen como razón de ciencia de sus declaraciones las explicaciones técnicas que agregue.

Atendiendo a jurisprudencia y sentencias (TSJ y AP) resaltar, que de forma más unánime se considera:

- El testigo-perito ha de tener una relación directa, histórica y extraprocesal con los hechos. El tratamiento procesal del testigo-perito es el mismo que el del testigo.
- El testigo-perito es insustituible, el perito puede ser sustituido en cualquier momento.
- Las manifestaciones son en juicio y orales; no como la pericial que podrá ser antes.
- Como perito no cabe remuneración, sólo como testigo de los gastos ocasionados.
- La tacha se establece en el proceso que lo conforma.
- No pueda recibir críticas ni criticar los dictámenes que existan en el procedimiento.
- Realiza manifestaciones sobre unos hechos relevantes de los que tiene conocimiento, y haciendo precisiones conforme la ciencia o arte que domina.

- En caso de contradicción entre un dictamen pericial y el interrogatorio de un testigo o de un testigo-perito, el dictamen pericial ha de prevalecer.
- Prestan distinto juramento. El perito el del artículo 335.2 Ley de Enjuiciamiento Civil, el testigo en el artículo 365.
- El testigo-perito no se convierte por ello en un perito, ni puede aceptarse que, mediante su proposición, se pretenda incorporar al proceso, de forma encubierta, una verdadera prueba pericial o contra pericial.
- Supone un fraude procesal intentar aportar una pericial extemporánea, mediante la declaración como testigo-perito.
- Existe una clara imposibilidad de llamar a declarar como testigo-perito al autor del dictamen pericial.
- Si nos nombran testigo-perito, la oposición al acto con las causas de tacha se declarará antes del juicio oral.

A parte de todas estas consideraciones cabe insistir en:

- El perito es un profesional cualificado que hace una interpretación científica de los hechos mientras que el testigo comparece tan sólo para decir lo que ha visto u oído o conoce de un hecho, pero sin necesidad de realizar ningún tipo de interpretación.
- Es evidente, por tanto, que son figuras diferentes. Bien es cierto que, en ocasiones, como ya se ha comentado, en accidentes de tráfico, el médico pudiera reunir en su persona al testigo y al perito, pero es una situación excepcional y no debe convertirse en costumbre.
- El médico debe saber con claridad cuando actúa de una manera y de otra. No olvidemos que ser testigo es un deber y ser perito es una opción casi siempre voluntaria y no obligatoria.
- El perito no comete delito si se equivoca de buena fe pero el testigo delinque si miente.
- El perito debe tener conocimiento del tema peritado. El testigo no.
- El perito debe ser siempre imparcial. El testigo no
- El perito puede renunciar o excusarse de actuar ya que puede ser sustituido por otro perito. El testigo no.

XII.- QUÉ NOS DICE EL CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA

El Código de Deontología Médica del año 2022 fue aprobado por la Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (CGCOM) el 17 de diciembre de 2022.

El Código de Deontología (CD) es, en este tema, como en todos los demás, de una gran claridad conceptual, aunque siempre abierto a un progreso en función del devenir de la Profesión Médica y en la búsqueda de la excelencia del ejercicio profesional y del servicio a la sociedad y sus ciudadanos.

El CD le tiene dedicado un Capítulo completo, Capítulo XX, a los médicos peritos y testigos. Por su gran relevancia me tomo la libertad de su exposición integra. Bien pudiera servir este Capítulo como resumen de todo lo expuesto anteriormente.

Artículo 76.1: El médico tiene el deber de atender los requerimientos de los jueces y tribunales y de colaborar con las Administraciones en aquellos asuntos que, siendo de su competencia, redunden en beneficio de la sociedad.

Artículo 76.2: La cooperación del médico con la Justicia y con la Administración no debe significar un menoscabo de los derechos del paciente. El médico perito está sujeto al secreto profesional con las únicas excepciones detalladas en este Código y en la normativa general sobre confidencialidad con el paciente.

Artículo 76.3: El médico que es citado como testigo, en virtud de nombramiento judicial, tiene la obligación de comparecer. En el acto testifical debe limitarse a exponer los hechos que, en virtud de su condición de médico, haya visto oído y que sean relevantes para la causa. Debe guardar el secreto médico hasta donde sea posible y solo puede revelar aquello que sea estrictamente necesario para la resolución del asunto judicial.

Artículo 76.4: El médico perito debe revelar solamente la información médica estrictamente necesaria para alcanzar la finalidad de la pericia médico-legal solicitada.

Artículo 76.5: El médico no debe aceptar una pericia médica para la que no tiene la necesaria capacitación profesional. Si fuese obligado a ello estará legitimado para acogerse a la objeción de ciencia para rechazar su práctica.

Artículo 76.6: El médico perito no debe rechazar sin causa justificada, en general, una prueba pericial cuando voluntariamente solicitó su inscripción en la lista de peritos del Colegio.

Artículo 76.7: El cargo de perito es incompatible con ser o haber sido médico asistencial de la persona peritada, habida cuenta de la lealtad que el médico debe a sus pacientes y de la imparcialidad que debe tener todo acto pericial.

Artículo 76.8: Es contrario a la Deontología Médica que el médico asistencial se ofrezca como testigo-perito de sus pacientes. Si es obligado a ello, se debe limitar a trasladar los hechos conocidos en la condición en la que ha sido citado.

Artículo 76.9: Si el acto pericial precisa de un reconocimiento médico del peritado o de la consulta de documentación clínica, el perito debe comunicar al interesado su identificación personal o profesional, quién le nombra, la misión que le ha sido encargada, por quién, para qué y que sus manifestaciones pueden ser plasmadas en el informe y hacerse públicas. Si el paciente se niega a ser examinado o a que se consulte la documentación clínica precisa, el perito se debe limitar a ponerlo en conocimiento de quien solicita la peritación.

Artículo 76.10: El médico perito durante el acto pericial tiene el deber de preservar los derechos de la persona peritada.

Artículo 76.11: Si en el curso de su actuación, el médico perito descubre algún hecho o circunstancia que conlleve un riesgo importante para la vida o la salud del paciente o de terceras personas debe comunicarlo en primer lugar al interesado y, eventualmente, valorando las circunstancias del caso concreto, a la autoridad que corresponda.

Artículo 76.12: El médico perito no debe solicitar como provisión de fondos unos honorarios desproporcionados o abusivos en relación al acto pericial concreto.

XIII.- CONCLUSIONES

El médico ha de actuar siempre facilitando la labor judicial, como ciudadano cívico y responsable, pero teniendo como referencia la Deontología y la Ética como señales de identidad profesional y corporativa.

Los médicos peritos deben ser especialmente escrupulosos en el riguroso cumplimiento de su actividad desde el prisma de la buena praxis y la Lex Artix.

El médico perito puede contribuir de manera decisiva en la concesión o denegación de beneficios sociales, laborales, fiscales o de cualquier otra índole incluida la privación de libertad por lo que su labor pericial estará siempre guiada desde un parecer científico y técnico; guiado por principios de objetividad, transparencia y equidad en cumplimiento de los dictados de la Ética y Deontología Médica

Los Colegios de Médicos y sus Comisiones de Deontología, como órganos colegiales consultores y asesores, disponen del Código de Deontología como brújula que orienta ante cualquier duda que surja frente a un requerimiento del médico como testigo, perito o testigo-perito.

Finalmente decir que el perito debe ser una persona formada, docta e integral pero no se debe caer en la micro especialización no vaya a ser que ocurra como apuntaba

el físico danés, Niels Bohr, premio Nobel de Física en 1922: *«El perito es el hombre que sabe cada vez más sobre cada vez menos, hasta que lo sabe todo sobre nada.»*

XIV.- AGRADECIMIENTOS

Quiero darle las gracias, en la persona de su Presidente, Dr. D. Pedro Hidalgo Fernández, al Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la Provincia de Badajoz por haberme privilegiado con la oportunidad de participar en este nuevo libro; estoy seguro de que servirá, al igual que todos los anteriores ya editados, para facilitar la labor diaria de todos los compañeros que día a día, y cada cual en su parcela profesional, luchan, estudian y trabajan para mantener, e incrementar, la dignidad y la grandeza histórica de nuestra Profesión que tiene un único pivote: La persona que sufre, la persona enferma, la persona que nos necesita.

Gracias a mis compañeros co-autores por sus conocimientos, sabiduría y por la generosidad de compartir espacio conmigo.

Espero, como decía la última frase de una famosa película, que este sea el comienzo de una hermosa amistad.

XV.- BIBLIOGRAFÍA

- Aepeju Asociación .¿Quién fue el primer perito de la historia? <https://aepeju.com/>[acceso el 14 de septiembre de 2025].
- Ley de Enjuiciamiento Criminal [Internet]. Boletín Oficial del Estado, 17 de septiembre de 1882, núm. 260. [consultado el 11 de septiembre de 2025].
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Boletín Oficial del Estado, n.º 7, de 8 de enero de 2000.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, Boletín Oficial del Estado, n.º 245, 11 de octubre de 2011, pp. 106584-106725.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE, n.º 157, de 2 de julio de 1985.
- Guerra Pérez M. (2025) Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley Orgánica 1/2025. Ed. Biblioteca online. Madrid.
- Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España: (2022). Código de Deontología Médica. Guía de ética Médica. [Publicación en línea]. Recuperado de: https://www.cgcom.es/sites/main/files/files/202203/codigo_deontologia_medica.pdf[acceso el 11 de septiembre de 2025].

**LAS FUNCIONES PÚBLICAS DE LOS COLEGIOS
PROFESIONALES. APUNTES SOBRE EL
REGISTRO, EL CONTROL DEL EJERCICIO
PROFESIONAL Y LA POTESTAD DISCIPLINARIA.**

Ignasi Pidevall Borrell y Mariona Carbajo Taxonera

*Abogados.
Colegio de Médicos de Barcelona.*

I.- INTRODUCCIÓN

Los colegios profesionales encuentran su alto fundamento en nuestro ordenamiento en el artículo 36 de la Constitución Española, el cual encomienda a la ley la regulación de las peculiaridades del régimen jurídico de estos y del ejercicio de las profesiones tituladas, exigiendo, además, que su estructura y funcionamiento sean democráticos. Este mandato constitucional reconoce la singularidad institucional de este tipo de corporaciones, vinculando su existencia -al menos en los de colegiación obligatoria- a la tutela de un determinado interés general en el ejercicio profesional, más allá de la mera defensa de los intereses corporativos. En efecto, su auténtica razón de ser reposa en la ordenación del ejercicio profesional, en ser garantes del cumplimiento de las normas deontológicas y profesionales, y en el ejercicio de la potestad sancionadora, lo que los convierte en garantes del interés general en el ámbito profesional respectivo.

El desarrollo legal de las funciones de los colegios profesionales lo encontramos a nivel estatal, en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (LCP), una ley parcheada, aunque no moribunda, que ha sido objeto de sucesivas reformas, especialmente tras la entrada en vigor de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, para su adaptación a la normativa europea sobre libre acceso a las actividades de servicios.

Según el artículo 1 de la LCP, los colegios profesionales son corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Entre dichos fines se incluyen la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios. La doctrina constitucional, en su STC 201/2013, de 5 de diciembre -hoy pacífica y consolidada-, ya señala que: «[...] Aun cuando los colegios profesionales se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, tienen también una dimensión pública que les equipara a las Administraciones públicas de carácter territorial, aunque a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que ésta se concreta y singulariza [SSTC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 26; 20/1988, de 18 de febrero, FJ 4; y 87/1989, de 11 de mayo, FJ 3 b)]. En definitiva, corresponde al Estado fijar las reglas básicas a que los colegios profesionales han de ajustar su organización y competencias, aunque con menor extensión e intensidad que cuando se refiere a las Administraciones públicas en sentido estricto (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 71)».

Por su parte, el artículo 5 de la LCP configura un amplio catálogo de competencias que proyectan la doble naturaleza de estas corporaciones. Por un lado, se reconoce su función de tutela del interés general, que se concreta en la protección de consumidores y usuarios, la prevención del intrusismo, la colaboración con la Administración y la garantía del respeto a la ética y dignidad de la profesión. Por otro lado, se preserva su dimensión corporativa, al atribuirles tareas, entre otras, de representación institucional, defensa de los intereses de los colegiados, organización de servicios comunes o fomento de la formación continua.

Entre todas estas funciones, adquieren una relevancia singular aquellas que inciden directamente en el control del ejercicio profesional. El referido precepto habilita a los colegios para ordenar la actividad de los colegiados dentro de su ámbito competencial, mediante estatutos, códigos deontológicos o la emisión de directrices que aseguren un desempeño ajustado a la legalidad y a las exigencias éticas. Unido a lo anterior, se reconoce expresamente la potestad disciplinaria, permitiéndoles sancionar las infracciones profesionales o colegiales con las garantías propias del derecho sancionador, tal como expondremos al final del presente capítulo.

Cabe añadir que la normativa autonómica –por ejemplo, la de Andalucía, Aragón, Illes Balears, Galicia o Cataluña- reproduce y desarrolla estos principios, adaptándolos a las peculiaridades de cada territorio, pero siempre bajo el marco de la legislación básica estatal y el respeto a la reserva de ley establecida en la Constitución.

II.- LA HABILITACIÓN PROFESIONAL PARA EJERCER LA PROFESIÓN MÉDICA

Como primera función esencial de los colegios profesionales, el Estado exige que determinadas profesiones solo puedan ser ejercidas por quienes estén incorporados al colegio correspondiente, tal como prevé el artículo 3.2 de la LCP.

La colegiación obligatoria solo puede establecerse por ley y, cuando así ocurre, conlleva la obligación de integrarse en la corporación profesional. Esta exigencia obedece al interés público de asegurar que el ejercicio de la profesión se ajuste a determinados requisitos, como la titulación o la responsabilidad profesional. Además, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2005 establece que el objetivo principal de estas corporaciones es garantizar que el ejercicio de la profesión, entendido como un «servicio al común», se ajuste a normas que aseguren tanto la eficacia como la responsabilidad. De este modo, su existencia se justifica en un interés público superior, orientado a proteger a los ciudadanos que reciben dichos servicios profesionales.

En la misma línea, y como instrumento para alcanzar dicho fin, la colegiación obligatoria encuentra su legitimidad en la protección efectiva de los intereses de los destinatarios de los servicios. La doctrina del Tribunal Constitucional, reflejada en la sentencia 3/2013, vincula la constitucionalidad de esta medida a la existencia de intereses generales relevantes que justifican una supervisión pública del ejercicio profesional, asegurando que este se desarrolle con las debidas garantías de competencia y deontología.

Finalmente, como mecanismo de transparencia y garantía para la ciudadanía, la legislación impone a las organizaciones colegiales la obligación de mantener un registro público y accesible de sus miembros. Esta exigencia tiene sustento, por un lado, en el artículo 10 LCP, que obliga a las corporaciones colegiales a disponer de una página web con ventanilla única; y, por otro, es concordante con las previsiones de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS) en materia de registro de profesionales.

Dicho precepto dispone que, a través de la ventanilla única, se ofrezca acceso a un registro de colegiados permanentemente actualizado, que debe contener, al menos, datos esenciales como el nombre y apellidos, número de colegiación, títulos oficiales, domicilio profesional y, de crucial importancia, la situación de habilitación profesional. La publicidad de este registro persigue un objetivo claro: permitir a cualquier ciudadano verificar de forma directa y fehaciente que el profesional que le atiende cumple con todos los requisitos legales para ejercer su actividad, reforzando así la seguridad jurídica y la confianza en el sistema.

A esa función habilitante para el ejercicio de la profesión, mediante el Registro, se suma la función de control del ejercicio de los colegiados. A ello nos referiremos a continuación.

III.- LA FUNCIÓN DE CONTROL DEL EJERCICIO PROFESIONAL

En efecto, otra función esencial de los colegios es la de ordenación del ejercicio profesional, velando por la calidad y la ética de los servicios prestados a través del control del ejercicio. Sin embargo, la naturaleza jurídica de esa función, que deriva en una potestad de naturaleza coercitiva, ha sido objeto de debate: ¿actúan los colegios con facultades delegadas del Estado (y por tanto sometidas a control jerárquico o la avocación) o desarrollan funciones de carácter propio (sin subrogación administrativa)?

El fundamento legal principal se encuentra en el artículo 5 de la LCP, que, en su apartado i) atribuye expresamente a estas corporaciones la función de: “Ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional” y pueden “ejercer la potestad disciplinaria en el orden profesional y colegial”. Dichos preceptos sitúan dichas facultades entre los fines propios de la entidad, y del mismo modo, la LOPS reconoce en su articulado la existencia de funciones colegiales de supervisión y sanción, estableciendo incluso obligaciones de cooperación (p. ej. transmisión al Ministerio de las resoluciones sancionadoras colegiales). Sin embargo, la LOPS no legisló explícitamente sobre la delegación de estas funciones –no era necesario–, ciñéndose a la idea de la existencia de estas corporaciones como elemento clave para determinar una profesión titulada y colegiada, con altas dosis de autorregulación.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 201/2013 estimó que cuando los colegios ejercitan funciones de ordenación y disciplina de la profesión, lo hacen “como entidades que ejercitan funciones públicas delegadas, actuando en tales casos como Administraciones públicas”. Esta sentencia afirma que la potestad sancionadora de los colegios se considera delegada por los poderes públicos, en el sentido que no necesitan una encomienda expresa de la Administración para iniciar un expediente disciplinario, pues dicha facultad les es atribuida directamente por la ley como parte de su misión pública. Actúan, en este ámbito, con autonomía para iniciar, instruir y resolver los expedientes, siempre bajo el control último de legalidad que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien, cabe mencionar la no autorización expresa del instituto de la avocación por la legislación española, y consecuentemente, aunque constitucionalmente se califique como función delegada, en el ámbito práctico se trata como una potestad propia del colegio (sin intervención directa de la Administración. Así, aun siendo de interés general, queda asignada de entrada al colegio, de modo que la Administración no sustituye al colegio en su ejercicio.

Por lo tanto, este modelo de autoregulación colegial, sometido a los controles propios del derecho administrativo así como al control judicial, se erige como un sistema equilibrado: un sistema que confía en que sean los propios profesionales, a través de sus instituciones, quienes velen por la calidad de sus servicios; y no como un fin en sí mismo, sino como el medio más eficaz para salvaguardar los derechos de los ciudadanos y la confianza en las profesiones tituladas. En definitiva, la ordenación profesional a través del control del ejercicio, formalmente figura como función propia

de éstos al desarrollarse ésta por Ley, pero jurisprudencialmente se reconoce la dimensión delegada que reviste en cuanto a tutela de intereses generales. Sea como fuere, el resultado práctico es que los colegios mediatizan dicho control, actuando con autonomía pero dentro del marco legal, confiriendo el legislador a los colegios instrumentos (registros, facultades ejecutivas, sanciones) para que vigilen la correcta colegiación y ordenación del ejercicio, tal como exige el interés público en cada profesión.

La función de control que ejercen los colegios profesionales no se limita a una vertiente meramente disciplinaria, sino que se extiende de manera fundamental, también al desarrollo de actividades preventivas orientadas a garantizar la máxima calidad en la atención sanitaria. Estas medidas, más que impositivas, deben actuar como un mecanismo de apoyo y fomento para que el profesional se mantenga alineado con la normativa ética y científica.

Una de las herramientas clave en esta labor preventiva es la promoción de la formación continuada, que encuentra su principal respaldo en la LOPS, consagrando este principio como un derecho y un deber ineludible. Específicamente, su artículo 4.6 establece la obligación de los profesionales sanitarios de realizar, a lo largo de su vida profesional, una formación continuada y acreditar regularmente su competencia. Esta obligación se refuerza además en otros preceptos como el artículo 33, definiéndola como “un proceso de aprendizaje activo y permanente”, y, de la misma manera, los artículos 41 y siguientes nos recuerdan que este principio también es aplicable en el ámbito del ejercicio privado de las profesiones sanitarias.

Todo ello constituye un fomento a la cultura de calidad y seguridad en el ejercicio de la profesión sanitaria, y, aunque no existe una norma general obligatoria, los códigos deontológicos médicos señalan la obligación ética de practicar con competencia y de colaborar en la mejora continua de la atención sanitaria.

Por otro lado, en las últimas décadas los colegios médicos han desarrollado programas de apoyo al colegiado enfermo o con problemas de conducta (como adicciones). En concreto, el PAIME (Programa de Atención Integral al Médico Enfermo), mediante el cual se ofrece tratamiento y seguimiento a médicos con trastornos mentales o conductas adictivas, con el fin de recuperarlos y reintegrarlos a la actividad profesional en condiciones seguras. Aunque es un programa voluntario y sanitario, tiene un claro efecto preventivo: al atender al profesional vulnerable, se protegen los derechos de los pacientes y se garantiza que los colegiados cuenten con respaldo profesional, constituyendo estas medidas un reflejo de cómo la “fun-

ción deontológica” del colegio también asume un rol sanitario y educativo, persuadiendo en vez de sancionar.

El PAIMM de Cataluña, iniciado en 1999, devino en proyecto nacional, de fuerte arraigo entre profesiones sanitarias médicas y cuya actividad es altamente valorada tanto por las autoridades sanitarias, como por la propia ciudadanía y por los mismos colegiados. Esta actividad que nace de la conciencia de los médicos sobre el cuidado a las personas, no se ha quedado solo en un programa corporativo y asistencial, sino que también era tenido su reflejo indirecto en los Estatutos del CGCOM, recientemente aprobados así como en los Estatutos particulares de algunos colegios provinciales.

La ejecución de este programa no pasa, pues, por ser una actividad sancionadora, que sería la última ratio, sino por una actividad rehabilitadora, en la medida de lo posible, y de prevención, creando cultura y pedagogía, cuidando de la salud de los propios profesionales y de fidelización de los colegiados en la comunicación de situaciones de otros compañeros que puedan perjudicar a su propia salud o a la de sus pacientes.

Estos programas no deben ser entendidos, por tanto, como un mero recurso asistencial, sino que es imprescindible la actuación corporativa para la toma de determinadas decisiones respecto al control del ejercicio que puedan sobrepasar las potestades y autonomía del médico, siendo imprescindible la implicación de los colegios en esta faceta, con el objetivo final de proteger la salud de los usuarios y la del propio profesional, evitando la posible mala praxis antes de llegar tardíamente a una sanción.

Para desarrollar correctamente ese control del ejercicio profesional se requiere en ocasiones del ejercicio de una potestad coercitiva y, en su caso, limitadora de derechos. Veámoslo.

IV.- LA POTESTAD SANCIONADORA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

El ejercicio de la potestad sancionadora de los Colegios Profesionales constituye una de sus funciones públicas más relevantes, intrínsecamente ligada a su naturaleza de corporaciones de derecho público. Esta competencia es una herramienta esencial para la salvaguarda del interés general, la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, y la garantía de una praxis profesional ética y de calidad, encontrándose su fundamento en el artículo 5. i) de la LCP, que les encomienda la ordenación del ejercicio profesional y el ejercicio de la facultad disciplinaria.

Como ha reiterado la jurisprudencia, esta potestad se integra plenamente en el ámbito del derecho administrativo sancionador. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 201/2013, de 5 de diciembre, ha estimado que, cuando los colegios ejercitan funciones de ordenación y disciplina de la profesión, lo hacen «como entidades que ejercitan funciones públicas delegadas, actuando en tales casos como Administraciones públicas». Por ello, su ejercicio está sometido a un estricto marco de principios y garantías que, con origen en el derecho penal y consagrados en el artículo 24 de la Constitución, actúan como un límite infranqueable frente a la arbitrariedad. En este sentido, el Tribunal Supremo ha confirmado que la potestad disciplinaria colegial se rige, con sus debidos matices, por los principios del derecho penal (sentencia del Tribunal Supremo, nº 1476/2020, de 10 de noviembre).

Entre estos principios destaca el de legalidad y tipicidad, que exige que tanto las conductas infractoras como las sanciones correspondientes estén previamente definidas en una norma con rango suficiente, sin que quepan interpretaciones extensivas o la aplicación de la analogía en perjuicio del expedientado. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, núm. 613/2016, de 14 de noviembre, subraya que la potestad de los colegios para definir infracciones y sanciones no es absoluta, sino que requiere una «necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal», impidiendo que un colegio profesional pueda «reglamentar» los tipos y las sanciones sin una previa y suficiente cobertura en una ley formal.

Asimismo, son de plena aplicación la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recae sobre el colegio profesional, y los derechos a la defensa y a un procedimiento contradictorio, que garantizan que el colegiado sea informado de la acusación y disponga de la oportunidad de defenderse y proponer los medios de prueba que estime pertinentes.

El principio de proporcionalidad también es esencial, requiriendo que la sanción impuesta guarde la debida adecuación con la gravedad de la infracción, la intencionalidad del autor y los perjuicios causados.

Finalmente, el principio *non bis in ídem*, que prohíbe, por regla general, sancionar dos veces por los mismos hechos. No obstante, la jurisprudencia ha matizado su alcance en el ámbito colegial. El Auto del Tribunal Constitucional, núm. 141/2004 de 26 de abril, aclara que es posible la concurrencia de una sanción penal y una disciplinaria colegial por los mismos hechos cuando existe una «relación de especial sujeción» del profesional con su colegio. Esto se debe a que ambas sanciones

responden a un fundamento distinto: mientras la sanción penal protege el interés general de la sociedad (el *ius puniendi* del Estado), la sanción colegial protege un interés específico, como es la ética profesional y la correcta prestación del servicio a los ciudadanos.

En cuanto a las normas recogidas en los Códigos Deontológicos, los tribunales han dejado claro que no son simples códigos morales, sino que constituyen obligaciones de obligado cumplimiento para los colegiados, y su infracción puede dar lugar a sanción disciplinaria (STSJ Castilla-La Mancha nº 81/2018, de 19 de marzo; STSJ Asturias nº 358/2016, de 9 de mayo), correspondiendo la aprobación de estas normas a los propios colegios, y su contenido y aplicación están sujetos a control judicial para evitar arbitrariedades.

El control coactivo incluye tanto la facultad de investigar (iniciar expedientes informativos) como la de sancionar (expedientes sancionadores). El Colegio puede imponer sanciones que van desde la amonestación hasta la inhabilitación, siempre desde un paraguas normativo formado por fuentes internas del derecho de la profesión (estatutos, códigos deontológicos) y por la normativa profesional (v.gr. LCP, LOPS, leyes autonómicas...), y consecuentemente, un ejercicio eficaz de esta potestad —con garantías jurídicas— refuerza la calidad asistencial y, a su vez, legitima el modelo de colegiación obligatoria en salud.

V.- LA IMPORTANCIA DE LA SALVAGUARDA DEL INTERÉS PÚBLICO A TRAVÉS DEL COLEGIO

La prestación eficaz de las funciones delegadas/propias por los colegios profesionales —y en particular por los Colegios de Médicos— es clave para preservar tanto la salud de los pacientes como la estabilidad del modelo institucional. Un desempeño diligente de la habilitación profesional y del control preventivo y sancionador no sólo tutela a la ciudadanía, sino que fortalece la legitimidad de la profesión ante la sociedad y refuerza el carácter público de la actividad médica, radicando su éxito en la salvaguarda del interés general así como el derecho constitucional a la protección de la salud, siempre bajo una actuación rigurosa y con compromiso ético.

La sentencia núm. 3/2013 del Tribunal Constitucional establece de manera clara que la decisión de imponer la colegiación obligatoria responde a la protección de intereses generales, exponiendo en su fundamento jurídico 8 lo siguiente: «En todo caso, la calificación de una profesión como colegiada requiere desde el punto de vista

constitucional la existencia de intereses generales que puedan verse afectados, o dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes. La legitimidad de esta decisión dependerá que el Colegio desempeñe, efectivamente, funciones de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, así como de la relación que exista entre la concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente garantizados».

Este interés público es la salud y seguridad de los pacientes, y sólo un colegio activo y riguroso en el cumplimiento de sus fines consigue tratar de garantizar la ética y la calidad profesional ante la sociedad.

Es por ello que, los colegios están llamados a usar diligentemente sus facultades, en el sentido de que deben promover la formación continua, garantizar la confidencialidad y apoyo al profesional enfermo, vigilar las condiciones de ejercicio y, cuando sea necesario, sancionar de acuerdo con los principios previamente mencionados. Cualquier omisión grave (por ejemplo, tolerancia del intrusismo o la pasividad ante faltas graves) deterioraría la imagen colegial y pondría en cuestión la utilidad de la colegiación obligatoria, y consecuentemente, la credibilidad del sistema depende de que el colegio proteja eficazmente la salud de los ciudadanos, pues de lo contrario se abriría el debate sobre la necesidad y viabilidad de la colegiación obligatoria, al menos mientras no se cumple el mandato contenido en la Ley Ómnibus (2009) por el cual el gobierno debía aprobar en el plazo de 1 año las profesiones de colegiación obligatoria, mandato que sigue impunemente incumplido a día de hoy.

Es más, en un mundo cambiante y en constante evolución, no solo en el ámbito tecnológico sino también en el social, no podemos permitir que la percepción de los ciudadanos, de los profesionales -o incluso del propio legislador- derive en una imagen obsoleta o anticuada de las corporaciones profesionales sanitarias.

El esfuerzo de quienes, en una posición u otra, formamos parte de ellas, debe orientarse a mantener la confianza tanto de la sociedad como de los propios colegiados, con el fin de garantizar que los colegios profesionales continúen respondiendo de manera eficaz al mandato que la ley les encomienda. No existe otra profesión o conjunto de profesiones como las sanitarias, cuyo contacto con el ciudadano sea tan directo e inmediato, ya sea en el ámbito asistencial público o privado. En el ejercicio profesional sanitario se reciben las inquietudes personales, los padecimientos, los temores y las urgencias que pueden hacer temer por la salud física o

mental del usuario, siendo esta íntima confianza depositada en los profesionales sanitarios en una relación asimétrica la que, en definitiva, debemos preservar hoy para el futuro.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
- Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales.
- Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.
- Ley 39/2025, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público.

VII.- JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 76/1983, de 5 de agosto.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 31/2010, de 28 de junio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 201/2013, de 5 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 3/2013, de 17 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 201/2013, de 5 de diciembre.
- Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 141/2004, de 26 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo (STS), 15 de febrero de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo (STS) nº 1476/2020, de 10 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJ), Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 613/2016, de 14 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (STSJ) nº 81/2018, de 19 de marzo.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO SANITARIO

Ana Pastor Julián

*Médico.
Agrupación Mutual Aseguradora (A.M.A.).
Ex ministra de Sanidad.*

I.- INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial de la Administración constituye una garantía esencial en el ámbito sanitario, tanto para los pacientes, al proteger su derecho a la reparación de los daños derivados de un acto médico -que el paciente no tenga el deber de soportar-, como para los profesionales sanitarios y la gestión de los recursos públicos, al promover la confianza en el sistema sanitario y consolidar la seguridad jurídica de los profesionales sanitarios.

En el marco constitucional, el artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce expresamente el derecho de los particulares, en los términos establecidos por la ley, a ser indemnizados de las lesiones que sufran y sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos¹.

La relevancia de esa garantía, asentada en principios que son el resultado de una elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia, se extiende a diversos niveles. Para los pacientes, constituye un mecanismo de protección frente a la vulneración de sus derechos y la causación de daños prevenibles en el contexto sanitario. Para los profesionales, permite diferenciar entre errores inevitablemente derivados de la práctica médica y conductas que puedan generar responsabilidad, favoreciendo la estabilidad jurídica. Para la Administración, la responsabilidad patrimonial contribuye a la correcta gestión de los recursos públicos, incentivando la adopción de medidas preventivas, protocolos de seguridad y sistemas de evaluación del riesgo clínico.

Asimismo, la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario no se limita a la mera reparación económica. Su implementación refleja un compromiso ético y social con la calidad asistencial y la protección del paciente, integrando la prevención de daños, la evaluación objetiva de la actuación profesional y la promoción de una cultura de seguridad.

Este capítulo pretende ofrecer una visión general de los fundamentos constitucionales, normativos y prácticos de la responsabilidad patrimonial, preparando el terreno para un análisis detallado de su regulación, elementos constitutivos, supuestos frecuentes y procedimientos de reclamación en el contexto de la sanidad pública.

1 Constitución Española. (1978). Título IV. Del Gobierno y de la Administración. Artículo 106.2. Boletín Oficial del Estado

II.- MARCO NORMATIVO

La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario se encuentra fundamentada en un marco normativo sólido, que combina la regulación constitucional y la legislación administrativa general y sectorial, complementado por la interpretación que de esa normativa ha efectuado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. Este conjunto normativo y jurisprudencial proporciona criterios claros para la valoración de los daños y la determinación de la responsabilidad en casos de defectuosa asistencia médica.

En primer lugar, la Constitución Española establece en su artículo 106.2 que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”¹.

Este precepto reconoce un derecho de los ciudadanos a la reparación y constituye el eje sobre el que se articulan las normas de desarrollo. La Constitución Española refuerza la idea de que la prestación de servicios públicos, incluida la asistencia sanitaria, debe realizarse conforme a criterios de eficacia, seguridad y respeto a los derechos individuales.

En el plano legal, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, establecen las condiciones para la exigencia de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, la primera en los aspectos sustantivos y la segunda en los aspectos procedimentales^{2,3}. Así, la Ley 40/2015 detalla los presupuestos mínimos para que surja la responsabilidad patrimonial por el daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en una persona o grupo de personas que produzca un perjuicio antijurídico que el particular no tenga el deber de soportar; el nexo causal con el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que el daño no debe ser producto de una situación de fuerza mayor². Por su parte, la Ley 39/2015 define el procedimiento administrativo general aplicable a

2 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. (2015). Boletín Oficial del Estado (BOE-A-2015-10566).

3 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (2015). Boletín Oficial del Estado (BOE-A-2015-10565).

las reclamaciones en la materia, incluyendo plazos de prescripción, fases de resolución y recursos posibles³.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, 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 clínica, y las normativas autonómicas completan ese marco normativo, estableciendo obligaciones específicas de los servicios sanitarios en materia de calidad asistencial, seguridad del paciente y protocolos clínicos^{4,5}. En la práctica, esas normas permiten vincular la actuación de los profesionales y la gestión de los centros de salud con criterios de responsabilidad objetiva, evaluando el cumplimiento de la *lex artis ad hoc* como estándar de actuación.

Complementariamente, la doctrina jurisprudencial limita las exigencias de la responsabilidad patrimonial en supuestos tales como los de culpa de la víctima o el hecho de tercero (recogidos en incontables pronunciamientos del Tribunal Supremo como, entre otros, los contenidos en su Sentencia del 27.7.2002, rec. 4012/1998, o la de 19.6.2007, rec. 10231/2003, y las que en ella se citan)⁶. Así, es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de ésta, cuando es la conducta de la propia persona perjudicada o la de una tercera persona la única determinante del daño producido. Ahora bien, no queda excluida la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos en los que en la producción del evento dañoso concurre la intervención de la Administración junto con la de la víctima o de una tercera persona, reconociéndose en estos supuestos la posibilidad de apreciar una concurrencia de culpas para mitigar el *quantum* indemnizatorio (STS del 28.4.2009, rec. 7836/2004, o del 17.6.2011, rec. 4881/2007)⁶.

4 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. (1986). Boletín Oficial del Estado (BOE-A-1986-10499).

5 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. (2002). Boletín Oficial del Estado (BOE-A-2002-22188)

6 Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (2002). Utilización de un Dictamen del Consello Consultivo de Galicia y de una sentencia del TSJ de Galicia para repasar contenidos de responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de caídas en las vías públicas. Disponible en: <https://www.aepda.es/wp-content/uploads/2024/02/09-01-002.pdf>

A lo expuesto cabe añadir la consolidada línea jurisprudencial, recogida, entre otras, en la STS del 15.3.2018, rec. 1016/2016, y en las que en ella se citan, conforme con la cual en las reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias no resulta suficiente la existencia de un daño (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable)⁷, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida de la persona enferma, ya que no es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

La actividad médica, como obligación del profesional, es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica con aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en ese momento, y no de garantizar en todo caso la curación de la persona enferma. Por eso, cuando, atendidas las circunstancias del caso, la asistencia sanitaria se prestó conforme con el estado del saber y con adopción de los medios al alcance del servicio, el resultado lesivo producido no se considera antijurídico. En otro caso, cuando se tenga incurrido en infracción de la *lex artis*, el daño y perjuicio producidos son antijurídicos y deben ser indemnizados.

Estos pronunciamientos han contribuido a homogeneizar criterios y a ofrecer seguridad jurídica tanto a pacientes como a profesionales.

En conjunto, el marco normativo español configura un sistema equilibrado, en el que la protección del paciente y la seguridad jurídica del profesional conviven con la responsabilidad de la Administración en la gestión de los servicios sanitarios. La normativa y la jurisprudencia proporcionan las bases para evaluar la concurrencia de mala praxis, determinar la procedencia de indemnizaciones y orientar la práctica administrativa hacia la prevención de daños, consolidando así una cultura de seguridad del paciente.

III.- ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario se configura a partir de elementos esenciales que deben concurrir de manera simultánea para que

7 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. (2018, 15 de marzo). Sentencia (Rec. 1016/2016). ECLI: ES:TS:2018:1084

proceda la reparación de los daños ocasionados a los pacientes. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en identificar cuatro pilares fundamentales: daño efectivo, nexo causal, ausencia de fuerza mayor y actuación conforme a la *lex artis ad hoc*. Cada uno de estos elementos desempeña un papel específico en la determinación de la responsabilidad y en la cuantificación de las indemnizaciones correspondientes.

- El daño efectivo, evaluable e individualizado constituye el requisito central de la responsabilidad patrimonial. No basta con la mera ocurrencia de un resultado adverso, pues es necesario que el perjuicio sea real y objetivamente comprobable. Este daño puede ser de naturaleza física, psicológica o material, y debe poder ser evaluado de manera individualizada en función de las circunstancias concretas de cada paciente. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que la existencia de un daño teórico o potencial no es suficiente para dar lugar a la responsabilidad administrativa, debiendo acreditarse su magnitud y su repercusión directa en el ámbito personal o familiar del afectado.
- El nexo causal es el vínculo directo entre la actuación de los servicios sanitarios y el daño sufrido por el paciente. Para que la reclamación prospere, debe demostrarse que el resultado lesivo es consecuencia inmediata y previsible de la conducta administrativa o profesional, sin que intervengan factores externos que rompan la cadena causal. La identificación de este nexo requiere un análisis técnico, habitualmente apoyado en informes periciales y en la revisión detallada de la actuación clínica, que permita determinar si la conducta observada se ajustó a los estándares de la práctica médica reconocida.
- La ausencia de fuerza mayor constituye otro elemento esencial. Este criterio excluye la responsabilidad en supuestos fortuitos o inevitables, preservando la equidad y evitando que la Administración asuma riesgos inasumibles derivados de hechos extraordinarios. La doctrina jurisprudencial enfatiza que la carga de la prueba recae sobre la Administración, que debe demostrar la concurrencia de la fuerza mayor cuando pretende eximirse de responsabilidad.
- Finalmente, la *lex artis ad hoc* representa el criterio técnico fundamental para valorar la actuación profesional. Este principio establece que la conducta de los profesionales sanitarios debe evaluarse conforme a las normas, guías clínicas, protocolos y estándares científicos reconocidos en el momento de la actuación. No se trata de exigir resultados absolutos, sino de determinar si la atención prestada se ajustó a la práctica diligente y correcta.

La *lex artis* permite diferenciar entre errores humanos inevitables —propios de la complejidad de la medicina— y verdaderos supuestos de mala praxis que generan responsabilidad patrimonial.

La concurrencia simultánea de estos cuatro elementos garantiza un marco equilibrado de responsabilidad. El daño efectivo asegura la reparación del perjuicio; el nexo causal establece la relación directa con la actuación sanitaria; la ausencia de fuerza mayor delimita las responsabilidades ante circunstancias imprevisibles; y la *lex artis* protege tanto a los pacientes como a los profesionales, asegurando que la responsabilidad no se base en expectativas irreales de perfección, sino en la observancia de estándares clínicos reconocidos.

En consecuencia, la valoración de la responsabilidad patrimonial requiere un análisis técnico, riguroso y personalizado de cada caso, integrando la evidencia clínica, los informes periciales y la normativa aplicable. Este enfoque permite garantizar que las indemnizaciones se otorguen de manera justa y proporcionada, promoviendo al mismo tiempo una cultura de seguridad del paciente que refuerza la calidad de la asistencia sanitaria y la confianza en los servicios públicos.

IV.- MALA PRAXIS MÉDICA Y CASOS FRECUENTES

La mala praxis médica constituye una de las principales causas de reclamaciones de indemnización por responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. Se define como la actuación profesional que, incumpliendo la *lex artis ad hoc*, provoca un daño prevenible al paciente. Es importante diferenciar entre el error humano inevitable - inherente a la complejidad de la medicina- y la defectuosa prestación sanitaria, que implica falta de diligencia, descuido o incumplimiento de protocolos clínicos reconocidos. Esta distinción es fundamental para la correcta aplicación de la responsabilidad patrimonial y para garantizar la seguridad jurídica de los profesionales sanitarios.

Entre los supuestos más frecuentes de mala praxis médica se encuentran los retrasos diagnósticos. La demora en identificar enfermedades graves, como cánceres o patologías cardiovasculares, puede derivar en un empeoramiento significativo del pronóstico. Aunque procede recordar en este punto que es desde una perspectiva *ex ante* de la asistencia sanitaria desde la que se debe examinar la prestación de medios, por ser la que se corresponde con el que tienen a disposición los profesionales de la medicina cuando realizan tal prestación. En efecto, como se viene indicando

por diversos Consejos Consultivos, en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración por defectuosa asistencia sanitaria no es factible cuestionarse el diagnóstico inicial o la inadecuación de un tratamiento de un paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en su evolución posterior.

En otras palabras, no es posible sostener la insuficiencia de pruebas diagnósticas, o error o atraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, sólo mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por el paciente, ya que tal valoración ha de efectuarse según las circunstancias del momento en el que tuvieron lugar. En suma, es la situación de diagnóstico actual la que determina la decisión médica adoptada, valorando si, conforme con los síntomas del paciente, se pusieron a su disposición las exploraciones diagnósticas indicadas y acordes a esos síntomas, no siendo válido, por tanto, que a partir del diagnóstico final se considere las que se pudieron poner en aquel momento cuando esos síntomas no se daban.

Otro supuesto habitual son los errores quirúrgicos, que incluyen intervenciones sobre el órgano equivocado, lesiones de estructuras adyacentes o la aplicación incorrecta de técnicas.

El consentimiento informado representa un área de creciente relevancia en cuanto se constituyen en derechos del paciente a la información y a la autonomía de su voluntad. La obligación de informar de manera comprensible y exhaustiva sobre riesgos, beneficios y alternativas terapéuticas es una exigencia legal y ética. Es hoy pacífico que esos derechos de información y de autonomía de la voluntad del paciente forman parte, como elemento esencial, de la *lex artis* y que su vulneración por información errónea, vaga, imprecisa o inveraz, o por ausencia o insuficiencia del llamado documento de consentimiento informado se considera un supuesto de verdadera mala praxis del que debe quedar indemne el paciente que lo ha sufrido.

Como señala la STS de 4.2.2021, rec. 3935/2019, esa *“infracción de la lex artis tiene autonomía propia, en cuanto incide sobre el derecho del paciente a decidir, libremente y con la información adecuada, sobre su sometimiento o no a la intervención y, en su caso, aquella modalidad que entienda asumible, lo que puede traducirse en una lesión de carácter moral, indemnizable al margen y con independencia del daño moral que pueda resultar de la infracción de la lex artis en la realización del acto médico”*⁸.

8 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. (2021, 4 de febrero). Sentencia (Rec. 140/2021). ECLI: ES:TS:2021:550

Los problemas de seguimiento postoperatorio constituyen un tercer escenario habitual. La insuficiencia en la monitorización, control de complicaciones o ajuste de tratamientos puede derivar en daños prevenibles, especialmente en pacientes con patologías crónicas o postintervenciones complejas. Los dictámenes del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos Autonómicos ilustran esos casos, al reconocer la responsabilidad de la Administración por los daños y perjuicios atribuidos a una incorrecta asistencia médica con ocasión de la realización de un procedimiento quirúrgico.

Otros supuestos relevantes incluyen errores en la administración de medicamentos, fallos en la comunicación intrahospitalaria, omisiones en la evaluación de alergias y errores en la interpretación de pruebas diagnósticas. En todos ellos, la determinación de la responsabilidad patrimonial requiere un análisis técnico riguroso, basado en la *lex artis*, la evidencia clínica y la relación causal entre la actuación profesional y el daño sufrido.

Es relevante destacar que, aunque la mala praxis médica genera reclamaciones frecuentes, la jurisprudencia busca equilibrar la protección del paciente con la seguridad jurídica del profesional. Se exige un cumplimiento de los estándares de actuación diligente y documentada. Esto evita la aplicación de una responsabilidad objetiva que podría inhibir la iniciativa profesional y comprometer la calidad asistencial.

En términos de prevención, los casos frecuentes de deficiente prestación sanitaria subrayan la importancia de protocolos claros, formación continuada, sistemas de revisión interna y cultura de seguridad del paciente. La implementación de *checklist* quirúrgicos, registros de consentimiento informado y seguimiento protocolizado de postoperatorios son ejemplos de medidas que reducen el riesgo de reclamaciones y mejoran la calidad asistencial.

La mala praxis médica se materializa en supuestos concretos como retrasos diagnósticos, errores quirúrgicos, falta de consentimiento informado y deficiencias en el seguimiento postoperatorio. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia proporciona criterios sólidos para diferenciar errores inevitables de actuaciones sanitarias defectuosas, garantizando la indemnización justa de los pacientes afectados, al tiempo que preserva la seguridad jurídica de los profesionales.

La adecuada comprensión de estos casos frecuentes es esencial para reforzar la calidad asistencial, fomentar la prevención de daños y consolidar una cultura de seguridad centrada en el paciente.

V.- PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN

El procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se encuentra regulado en la normativa administrativa general, especialmente en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas³.

Esta normativa establece un cauce garantista que permite a los ciudadanos reclamar la reparación de los daños sufridos por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, incluyendo los de naturaleza sanitaria.

Así, la Ley 39/2015 define el concepto de interesado en el procedimiento administrativo³: 1) quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos; 2) los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que el mismo se adopte;

3) aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Trasladando ese concepto a nuestro campo, pueden reclamar los pacientes que hayan sufrido un daño efectivo, evaluable e individualizado derivado de una actuación sanitaria imputable a la Administración pública. También se reconoce legitimación a los familiares directos o herederos, cuando el daño haya afectado a la integridad o la vida del paciente. En determinados supuestos, pueden intervenir igualmente representantes legales, asociaciones de pacientes o entidades que ostenten un interés legítimo vinculado a la protección de derechos sanitarios.

Los interesados tienen como plazo de prescripción para interponer la reclamación un año, contado desde la fecha en que se produjo el hecho lesivo o desde que se manifieste su efecto lesivo³. En el caso de daños físicos o psíquicos de carácter continuado, el cómputo se inicia desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, tal y como se recoge en el artículo 67 de la Ley 39/2015³. La jurisprudencia ha sido constante al exigir el respeto estricto de este plazo, aunque admite la interrupción cuando se formula reclamación previa o se inician actuaciones administrativas que evidencian la voluntad de reparación.

El procedimiento se inicia mediante la presentación de una reclamación administrativa ante el órgano competente. En el ámbito sanitario, esta competencia suele corresponder a la consejería de salud de la Comunidad Autónoma o al servicio de salud correspondiente. La reclamación debe especificar, además de lo previsto en el artí-

culo 66 de la Ley 39/2015, las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial -si fuera posible- y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e información se estimen oportunos y la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda velarse el/la reclamante³.

Tras la admisión de la reclamación, se procede a la instrucción del expediente administrativo, es decir, el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarlas³. Se trata de una fase esencial para la determinación de la responsabilidad.

Durante esta etapa, la Administración recaba la documentación clínica, solicita informes a los profesionales implicados y puede requerir dictámenes técnicos o periciales para evaluar la existencia de daño y la adecuación de la actuación a la *lex artis ad hoc*. Asimismo, se concede trámite de audiencia al interesado, garantizando su derecho a presentar alegaciones, documentos y justificaciones que estime pertinentes.

En el caso de procedimientos de responsabilidad patrimonial será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de 10 días el plazo de su emisión³. Cuando la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros -o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica-, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma³.

Una vez completada la instrucción, el expediente se remite al órgano competente para resolver, que someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo³. Cuando no se estimase procedente formalizar la propuesta de terminación convencional, el órgano competente resolverá aceptando o desestimando la reclamación, motivando expresamente los fundamentos jurídicos y técnicos que sustentan la decisión. Si se reconoce la existencia de responsabilidad, la resolución incluirá la cuantía y modo de indemnización, conforme a los criterios de valoración aplicables, establecidos en el artículo 34 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público².

En caso de disconformidad con la resolución, el reclamante puede acudir a la vía contencioso-administrativa, regulada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Juris-

dicción Contencioso-Administrativa⁹. Esta vía judicial permite someter la decisión administrativa a revisión por parte de los tribunales, garantizando el control jurisdiccional sobre la actuación de la Administración. En el proceso contencioso-administrativo se revisa la legalidad del procedimiento seguido, la valoración de la prueba y la correcta aplicación de los principios de causalidad y *lex artis*⁹.

Cabe destacar que, en los últimos años, la tendencia jurisprudencial y administrativa ha promovido el impulso de mecanismos de resolución extrajudicial de controversias, tales como la mediación sanitaria o los sistemas de conciliación, que contribuyen a reducir la litigiosidad, mejorar la satisfacción de los pacientes y preservar la confianza entre usuarios y profesionales del sistema sanitario público.

El procedimiento de reclamación por responsabilidad patrimonial sanitaria constituye un instrumento esencial para garantizar la reparación de los daños sufridos por los ciudadanos y la rendición de cuentas de la Administración, bajo un marco de transparencia, equidad y seguridad jurídica.

VI.- INDEMNIZACIÓN Y CRITERIOS DE VALORACIÓN

La determinación de la indemnización en los supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria responde a criterios de objetividad y proporcionalidad, orientados a reparar de forma íntegra el daño causado al paciente. La indemnización no tiene naturaleza sancionadora, sino resarcitoria, y busca restablecer, en la medida de lo posible, la situación anterior al daño sufrido.

En el ordenamiento jurídico español, el cálculo de las indemnizaciones carece de un baremo específico para el ámbito sanitario. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido de manera reiterada la aplicación supletoria de las reglas del baremo recogido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (actualmente regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2004). Este baremo, revisado periódicamente, se utiliza como referencia técnica para cuantificar los daños personales, dado su carácter objetivo, su precisión técnica y su actualización continua conforme al coste de vida¹⁰.

9 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (1998). Boletín Oficial del Estado (BOE-A-1998-16718)

10 Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. (2004). Boletín Oficial del Estado (BOE-A-2004-18911).

El sistema de valoración distingue tres grandes categorías: el daño emergente, el lucro cesante y los daños morales:

- El daño emergente comprende todos los gastos directamente vinculados al daño, tales como tratamientos médicos adicionales, intervenciones quirúrgicas, prótesis, rehabilitación o adaptación del entorno familiar y laboral del afectado. Se trata de un daño material, cuantificable mediante documentación justificativa y que debe guardar relación directa con el hecho lesivo.
- El lucro cesante se refiere a la pérdida económica derivada de la imposibilidad de continuar desarrollando una actividad profesional o laboral como consecuencia del daño sufrido. En el ámbito sanitario, este tipo de perjuicio reviste especial relevancia en pacientes en edad activa o en profesionales cuya capacidad laboral se ve mermada de manera permanente o temporal.
- Por su parte, los daños morales abarcan el sufrimiento, la ansiedad, la pérdida de calidad de vida o el impacto psicológico derivado de la actuación sanitaria defectuosa.

Aunque su cuantificación es más compleja, los tribunales utilizan el baremo de tráfico como parámetro orientativo, ponderando la gravedad del daño, su duración, las secuelas y la afectación a la vida cotidiana del paciente.

A título ilustrativo, la sentencia del Tribunal Supremo -recurso de casación núm. 3829/2007- así como el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (núm. 182/11) consolida la doctrina de que la indemnización debe ser integral, razonable y ajustada a la magnitud del perjuicio probado, evitando la infravaloración del daño real^{11,12}.

Debe recordarse que el derecho a la indemnización no excluye la necesidad de una valoración individualizada, sustentada en informes médicos y periciales. La aplicación del baremo debe realizarse de manera flexible, atendiendo a las circunstancias personales, la edad, la actividad profesional y el grado de afectación del paciente.

11 Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª. (2011, 27 de mayo). Sentencia (Rec. 3829/2007). ECLI:ES:TS:2011:3185.

12 Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. (2019). Dictamen núm. 182/11. Alcalde de San Sebastián de los Reyes. Recuperado de: <https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/dictamenes/2019/dictamen182-11.pdf>

En conjunto, el sistema español de valoración de daños en el ámbito sanitario combina objetividad técnica y equidad social, promoviendo una reparación justa que refuerza la confianza en los servicios públicos de salud y en la actuación responsable de sus profesionales.

VII.- RETOS Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se enfrenta, en la actualidad, a una serie de retos que reflejan la evolución de la sociedad, el avance tecnológico y las nuevas expectativas de los ciudadanos respecto a la calidad y la transparencia del sistema sanitario.

Estos desafíos exigen una revisión constante de los mecanismos de prevención, de los criterios de valoración jurídica y de la propia cultura organizativa de las instituciones sanitarias.

Uno de los fenómenos más relevantes es la creciente litigiosidad en el ámbito sanitario. En las últimas décadas se ha producido un aumento sostenido de las reclamaciones por presunta mala praxis médica, impulsado por una mayor sensibilización de los pacientes sobre sus derechos, una mayor accesibilidad a la información y la consolidación de la vía contencioso-administrativa como mecanismo eficaz de reparación. Si bien este incremento contribuye a reforzar la rendición de cuentas, también plantea el riesgo de una “judicialización” excesiva de la práctica médica, que puede generar inseguridad entre los profesionales y dificultar la toma de decisiones clínicas en contextos de alta complejidad. Por ello, resulta imprescindible avanzar hacia un equilibrio entre la legítima protección del paciente y la garantía de seguridad jurídica de los profesionales sanitarios.

En paralelo, la incorporación de nuevas tecnologías en el ejercicio de la medicina - como la inteligencia artificial, la telemedicina y el *big data*- abre oportunidades, pero también nuevos escenarios de responsabilidad. Los algoritmos de apoyo diagnóstico, los sistemas de historia clínica electrónica y las plataformas de seguimiento remoto introducen variables que no siempre dependen de la actuación directa del profesional. Determinar la imputabilidad del daño en entornos tecnológicos compartidos requerirá adaptar la normativa vigente y desarrollar marcos éticos y jurídicos que contemplen la corresponsabilidad entre profesionales, proveedores tecnológicos y administraciones públicas.

En el marco europeo, la Ley de IA es el primer marco jurídico en esta materia, que aborda los riesgos de la IA y posiciona a Europa para desempeñar un papel de lide-

razgo a escala mundial. Esta normativa, clasifica muchas aplicaciones clínicas basadas en IA como de “alto riesgo” y exige medidas como gestión de riesgos, control de calidad de datos, supervisión humana y transparencia.

Para los hospitales, ello implica crear gobernanza de modelos, por ejemplo, desarrollo de catálogo de algoritmos, identificación de responsables y procedimientos de auditoría, y establecer estructuras internas de evaluación antes del despliegue.

Por otro lado, a nivel nacional, es importante destacar la nueva Ley de Salud Digital, cuyo propósito es garantizar que el historial clínico de todos los pacientes pueda consultarse en cualquier provincia, Comunidad Autónoma o incluso en otro país europeo.

Gracias a esta medida, España avanza en la interoperabilidad del sistema sanitario y en la garantía de una atención sanitaria universal, de modo que cualquier ciudadano pueda recibir asistencia sin importar su lugar de residencia, ya sea dentro del territorio nacional o en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Asimismo, la transformación digital impone el reto de garantizar la protección de datos personales y la confidencialidad clínica, elementos esenciales del acto médico. La eventual vulneración de estos principios puede generar responsabilidad patrimonial, tanto por fallos técnicos como por deficiencias organizativas. En consecuencia, la formación continua de los profesionales en competencias digitales y el fortalecimiento de los sistemas de ciberseguridad sanitaria son componentes imprescindibles para prevenir conflictos y consolidar la confianza del paciente.

Otro aspecto de relevancia creciente es la desigualdad territorial en la resolución de reclamaciones y en la cuantificación de indemnizaciones. La existencia de distintos criterios entre Comunidades Autónomas pone de manifiesto la necesidad de avanzar hacia estándares homogéneos en la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial, garantizando una respuesta equitativa y previsible en todo el territorio nacional.

Por último, debe destacarse la importancia de consolidar una cultura de seguridad del paciente, que reemplace la tradicional cultura de la culpa. En lugar de centrar la atención exclusivamente en la búsqueda de responsabilidades individuales, se trata de promover sistemas que identifiquen los fallos estructurales y favorezcan el aprendizaje organizativo. La notificación voluntaria de incidentes, la revisión sistemática de errores y la implementación de programas de mejora continua son herramientas eficaces para reducir el riesgo de daños y reforzar la confianza mutua entre pacientes, profesionales y Administración.

Los retos futuros de la responsabilidad patrimonial sanitaria no se limitan a la gestión jurídica de las reclamaciones, sino que exigen una visión integral que combine prevención, transparencia y equidad. El progreso tecnológico, la cooperación interinstitucional y la formación de los profesionales constituirán pilares esenciales para garantizar un sistema sanitario más seguro, justo y sostenible.

VIII.- CONCLUSIONES

La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario constituye una garantía esencial del Estado de Derecho y un pilar básico en la protección de los derechos de los pacientes. Su correcta aplicación permite equilibrar los intereses de las partes implicadas: la legítima expectativa del ciudadano a recibir una atención segura y de calidad, y la necesidad de preservar la seguridad jurídica y el reconocimiento profesional de quienes ejercen la medicina en el sector público

El sistema normativo español, sustentado en el artículo 106.2 de la Constitución y en la legislación administrativa de desarrollo, ofrece un marco sólido y coherente para la reparación de los daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos. Los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial -daño efectivo, nexo causal, ausencia de fuerza mayor y observancia de la *lex artis ad hoc*- permiten una aplicación objetiva y técnica del principio de indemnidad.

No obstante, la evolución de la sociedad y el avance de las tecnologías sanitarias imponen nuevos desafíos que requieren respuestas adaptadas. La gestión de la información clínica, la introducción de la inteligencia artificial y la diversidad territorial en la valoración de reclamaciones demandan una actualización constante de los criterios jurídicos y organizativos.

En este contexto, la consolidación de una cultura de seguridad del paciente debe ser una prioridad estratégica. Sustituir la cultura de la culpa por la del aprendizaje compartido es clave para prevenir daños, fortalecer la confianza en las instituciones y promover una atención sanitaria centrada en la excelencia y en la dignidad humana.

La responsabilidad patrimonial, concebida así, no es un mero mecanismo reparador, sino una herramienta para la mejora continua del sistema sanitario y para la garantía efectiva de los derechos ciudadanos.

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO EN LA IMPRUDENCIA MÉDICA

José Luis Alonso Tejuca

Fiscal jefe de la Audiencia provincial de Badajoz.

I.- INTRODUCCIÓN: LOS ELEMENTOS EN PRESENCIA

El Derecho, como modo de control social de comportamientos, cuyo fin es la consecución de la protección de los valores esenciales de la comunidad en la que se aplica, generalmente reflejados en el marco constitucional, es evidente que entra en contacto con sectores de la actividad humana generando bloques normativos que pretenden disciplinar esas actividades estableciendo pautas que tratan de proteger los valores nucleares implicados determinando, además, las consecuencias que pueden establecerse cuando las conductas de los sujetos implicados generan daños a otras personas.

La medicina, o la actividad general del sanitario, en este orden de ideas, es un sector vinculado a valores constitucionales, artículos 15 y 43 CE, entre otros, de primera magnitud de lo que se deriva cualitativamente su carácter primordial, no sólo en lo jurídico sino también en lo social; por otra parte es preciso partir de la masividad de los actos médicos que determinan que cuantitativamente sean especialmente relevantes tratándose la actividad sanitaria, en su vertiente humanista y científica, de un comportamiento de medios, que no de fines, dirigido a la sanación de las personas.

Por lo tanto: bienes jurídicos esenciales de la colectividad en un escenario de masividad de actuaciones bajo el prisma de una práctica de medios acordes, como veremos, a los protocolos de *Lex artis* y de *Lex funtionis*.

En este marco debemos enfocar las eventuales consecuencias en materia de responsabilidad civil que pueden colegirse cuando se producen daños o menoscabos como consecuencia de un comportamiento negligente.

A lo anterior ha de unirse, argumentalmente, la consideración de un entorno, legal y social, que desarrollando el principio del consentimiento informado, entre otros, configura una relación médico/ paciente en términos de responsabilidad y respeto a todo un conjunto de derechos que asisten al demandante de sanidad; se ha pasado, en una evolución histórica desde la relación vertical médico/ usuario a la configuración de un nuevo estatuto de esa interacción en la que el paciente sale reforzado. Así el artículo 2 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 clínica desarrolla el estatuto del paciente, en sus derivadas de información y autodeterminación volitiva, y, en concreto en el número 6 del precepto, atribuye al profesional : 2... no sólo ...la correcta prestación de sus técnicas, sino el cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto a las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.

En definitiva, se configura, en aras a la dignidad de los pacientes, artículo 10 CE, y a sus derechos de integridad física y moral todo un conglomerado de exigencias a la actividad profesional médica que intentaremos exponer, de modo sincrético, y que se encuentran en la base de lo que, en su caso, serán las bases de la determinación de la responsabilidad civil.

II.- MANIFESTACIONES JURISDICCIONALES DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL

De modo muy resumido hemos de decir que la causación de un episodio dañoso, base de la responsabilidad civil, puede tener proyección en el orden jurisdiccional contencioso administrativo, en el civil y, por último, al que dedicaremos la mayor parte de nuestras modestas consideraciones, en el marco de lo penal.

En el orden contencioso nos encontraríamos, STS 6 de marzo de 2024, en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración pública con fundamento en el artículo 106 CE y cuyas características esenciales, STSJ Asturias de 24 de julio de 2025 serían:

- El sistema de responsabilidad patrimonial es unitario para todo tipo de administraciones.
- Abarca toda la actividad del funcionamiento del servicio público de salud.
- Es de responsabilidad directa de la propia administración sin perjuicio de las acciones de regreso de la administración contra el profesional involucrado en la creación del daño desaprobado por el ordenamiento jurídico.
- Es una responsabilidad objetiva en la que la base es el análisis de la relación de causalidad.
- El fin último es la reparación integral de los perjuicios.

Es preciso, en el ámbito subjetivo tener presente el artículo 9,4 LOPJ en relación a la determinación de posibles responsables que se incardinarían en este proceso contencioso: *“...si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración junto a la Administración respectiva”*. Hay, pues, una tendencia expansiva en lo subjetivo de la relación procesal posible.

Las acciones de responsabilidad en este orden se formularán bajo la cobertura de los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/15, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

En síntesis, diremos que serán indemnizables las lesiones o menoscabos sufridos consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos siempre que, artículo 34 de la Ley invocada, el perjudicado no tenga obligación de soportar el daño, según ley, o que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia en el momento de producirse aquéllos.

Siguiendo, entre otras, la STS 7 de noviembre de 2011 el tenor de hechos a probar para establecer la responsabilidad patrimonial comentada sería:

- Que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar.
- Dicha lesión ha de ser real, efectiva y susceptible de valoración económica.
- Que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la actividad existiendo una relación de causalidad entre comportamiento y resultado. El daño descrito, que ha de ser antijurídico, debe contenerse en la violación de la *lex artis ad hoc*.

En cuanto a la prueba de los extremos expuestos rige el artículo 67 de la Ley 39/15 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común y, por ello, corresponde al demandante la prueba de aquéllos.

En el orden civil, STS 7 de julio de 2025, hallaríamos otro marco de resolución de controversias, distinto al contencioso administrativo y al penal que basaría su aplicación, con carácter general, en la existencia de culpa, voluntaria omisión de la diligencia debida, que se trasladaría al marco material de los artículos 1101 y ss. CC y, también al ámbito del artículo 1902 CC.

En estos procedimientos nos encontramos a las sociedades o instituciones médicas privadas, a los profesionales por comportamientos no penales y a las compañías aseguradoras.

Temas sugerentes en este campo, como analiza Vicente Magro Servet, son, en primer lugar, el propio concepto de *Lex Artis* como equivalente a la buena praxis profesional que se nutre de una especie de protocolo de funcionamiento que todo profesional debe conocer y que se prueba, en su existencia, por la prueba pericial correspondiente en el juicio que determinará si la mala praxis observada es contraria al acervo común de pautas ordinarias de comportamiento en el sector médico concreto.

Destaca el autor citado la idea, esencial y ya aludida en el presente trabajo, de que la obligación de los facultativos, tanto en la medicina curativa como en la voluntaria,

es de medios y no de resultados; no olvidemos que la medicina tiene un componente aleatorio ineludible.

Culpabilidad, violación de *lex artis* y prueba del nexo causal entre acción u omisión y materialización del resultado dañoso se convierten, en esencia, en la configuración de una responsabilidad civil. En relación al quantum de las indemnizaciones a satisfacer, STS 1de julio de 2025, podrán determinarse, con carácter orientativo, que no forzoso, por el sistema de baremación de daños y menoscabos en materia de tráfico; en tal sentido se pronuncia nuestro alto tribunal en otras sentencias como las SSTs de 27 de mayo de 2015 o la de 6 de febrero de 2020. El baremo a aplicar, en su cuantía, será el del momento del alta definitiva.

Es claro que la asunción del baremo de tráfico genera seguridad jurídica, sobre todo para las aseguradoras, y es más adecuado al principio de igualdad pero, en todo caso, la jurisprudencia admite que con carácter objetivo se apliquen criterios correctores.

El citado baremo trata, de un modo extenso y pormenorizado, de establecer la cobertura del daño emergente, es decir, de aquel menoscabo material objetivo de fácil cuantificación por ser explícito y del lucro cesante en el sentido de las pérdidas a futuro que genera la nueva realidad dañosa en la víctima.

La STS 9 de abril de 2025 expone una cuantificación de la responsabilidad civil desglosando los diversos conceptos que engloba el baremo, entre ellos:

- Días de incapacidad, distinguiendo expresamente los de hospitalización.
- Secuelas físicas.
- Daños morales.
- Perjuicios estéticos.
- Incapacidad permanente.
- Gastos médicos y farmacológicos.
- Ayudas de movilidad.
- Adecuación de vivienda.
- Pérdida de calidad de vida incluida la de los familiares.
- Ayudas de tercera persona.
- Gastos farmacéuticos.
- Intervenciones quirúrgicas

El baremo se aplicará, finalmente, en su conceptualización de contenidos vigentes en el momento de producirse el evento dañoso pero su cuantificación concreta, en su magnitud económica, se calculará en el momento de estabilización definitiva de las lesiones.

En estas materias son elemento nuclear del procedimiento las pruebas periciales, artículos 335 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y habrá, igualmente de destacar, tras la LO 1/25 de 2 de enero de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, artículo 264,4 del texto citado, el requisito de procedibilidad de la negociación previa, como medio adecuado de solución de controversias, entre las partes antes de que el conflicto se formule judicialmente

III.- RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA DE IMPRUDENCIA MÉDICA EN EL AMBITO DEL PROCESO PENAL

El derecho penal, como conjunto de normas que definen los delitos y las penas opera en una sociedad democrática como ultima ratio sancionadora del sistema, definiendo las conductas más reprochables y estableciendo sanciones que tratan de reprochar aquellas conductas transidas de tipicidad.

Para exponer la trascendencia penal de la imprudencia médica, y su proyección civil, es menester definir las conductas delictivas y su construcción legal y jurisprudencial para luego hacer referencia a la responsabilidad civil, como consecuencia de ellas y, por último, fijar la posición en el proceso penal del sanitario.

1.- COMPORTAMIENTOS TÍPICOS RELEVANTES

En primer lugar, vamos a referirnos a las imprudencias con resultado de muerte o de lesiones que constituyen los supuestos más relevantes desde los puntos de vista cuantitativo y cualitativo.

El marco normativo sería el siguiente: Principio del formulario

Final del formulario

Artículo 142.

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años.

2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses.

Salvo en los casos en que se produzca utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, el delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Artículo 152.

1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:

1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.

2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor

y ciclomotores de uno a cuatro años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinará la producción del hecho.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a cuatro años.

Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.

2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refiere el artículo 147.1, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses, y si se causaren las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres meses a un año.

El delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Artículo 157.

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Artículo 158.

El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

La producción de muerte o lesiones, en sus distintas modalidades, aparecen como resultados proscritos por el ordenamiento también en su vertiente imprudente y no solo dolosa o intencional

La imprudencia, en su construcción dogmática, se basa en la concurrencia de un desvalor de acción, o comportamiento negligente, y un desvalor de resultado o materialización del riesgo prohibido en el tipo penal, en este caso la muerte o las lesiones relevantes que se formulan por referencia a los artículos 147, 149 y 150CP. Entre ambos elementos debe presentarse una relación de causalidad.

Particularmente sugerente es la STS 9 de marzo de 2023 que desarrolla lo expuesto en el sentido de fijar como base de la responsabilidad penal imprudente lo siguiente:

1. Si existe una acción u omisión que, violando la *lex artis*, genera un peligro para el bien jurídico protegido.
2. Si hay producción de un resultado previsto en el tipo.
3. Si entre el comportamiento y el resultado hay una relación de causalidad.

La *lex artis*, básica como punto de partida, consistiría en un conjunto de conocimientos, técnicas y procedimientos convencionales de actuación de los médicos o sanitarios para un caso concreto; son los protocolos de actuación fundamental que se derivan del conocimiento exigible al profesional; esta *lex artis* es preciso observarla caso a caso, STS 495/2006, y su valoración corresponde procesalmente al Juez quien la determinará generalmente basándose en el informe de los peritos que vengan al procedimiento teniendo, en este orden de ideas, una función nuclear el informe del médico forense quien, art 479LOPJ, adscrito a jueces y fiscales ayudará a determinar, en clave aséptica y neutral, la presencia de imprudencia y su entidad como grave o leve. Junto a la *lex artis* está, también, la *ley funtionis* que opera en el momento de llevar a cabo o ejecutar el acto médico de modo correcto.

La concreción de la causalidad en el caso concreto supone, además, deslindar la presencia de concausas que interfieran la producción del resultado como es el hecho de enfermedades previas en el paciente que condicionen el resultado o la intervención de diversas personas que coadyuven en el resultado dañoso final.

La causalidad, como antecedente necesario del resultado, opera como esencial y se explicita en su vertiente más elaborada en la STS 11 de diciembre de 2017 dictada en el “caso Madrid Arena”; dentro de las distintas teorías existentes en la dogmática se opta por la de la imputación objetiva: no se trata solo de si un comportamiento “causa” un resultado sino si se ha incrementado el riesgo permitido con la acción o la omisión indebida de comportamiento; cuando de modo negligente se incrementa el riesgo el resultado dañoso final se le es atribuido incluso aunque concurren otras causas en ese resultado.

Si el juicio de la conducta se consolida en una condena se aplicarían penas privativas de libertad, cuya ejecución puede suspenderse si se dan los requisitos de los artículos 80 y siguientes del CP, se establecerían, igualmente, en los supuestos más graves, las inhabilitaciones especiales para el ejercicio de la profesión y surgiría, además la necesidad del abono de la responsabilidad civil.

En relación a la fijación de la responsabilidad civil se reproducen las consideraciones ya efectuadas en orden a su determinación y el uso del baremo como criterio, posible, de inspiración.

El artículo 109 del Código Penal establece el principio, vinculado al artículo 100 LE-Crim., de que la ejecución de un hecho penal obliga a reparar los daños causados; esta doble responsabilidad penal y civil se suele ejercer conjuntamente en el mismo procedimiento penal si bien, el perjudicado podría reservarse el resarcimiento civil para un procedimiento de esta naturaleza.

En cuanto a las compañías aseguradoras, presentes generalmente en estos conflictos, su intervención se configura como responsable directo por la vía del artículo 117 del CP.

Decir, por último, que la posición procesal del sanitario está bajo las garantías del artículo 118 LECrim., y 24 CE, desplegándose la totalidad de derechos previstos en los mencionados artículos.

Hay otros tipos penales aplicables al sanitario que por razón simplificación tan sólo aludiremos pero que de los mismos puede, igualmente, derivarse responsabilidad penal y, en algunos de ellos, también civil:

- La causación por imprudencia grave de aborto, artículo 146 del CP.
- Omisión del deber de socorro de los artículos 195 y 196 del CP; es preciso destacar que el médico ostenta una posición de garante en determinadas circunstancias.
- Revelación de secretos, artículos 197 y ss. del CP; a destacar, además, de modo especial el párrafo 5 de este artículo que señala como figura agravada la revelación de aspectos vinculados a la salud de una persona; en estos supuestos suele fijarse un monto de responsabilidad civil alzado en una cuantía genérica. A reseñar, también, la concurrencia de inhabilitaciones de naturaleza profesional.

Para concluir diremos que los contenidos expuestos, típicos de un estado de derecho, cada vez más exigente con la actuación no sólo de los poderes públicos sino de los profesionales, no debe llevarnos a conclusiones erróneas: tan sólo un número escasísimo de supuestos llegan a nuestros tribunales y en muy pocos casos a los órganos penales lo que da una idea de que la actuación de los sanitarios, cuyo trabajo es esencial para la sociedad de modo rotundo, es de modo general acorde a los parámetros de profesionalidad.

EL MÉDICO ANTE LAS NUEVAS MEDIDAS DE APOYO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Mariano Casado Blanco

Doctor en Medicina.

Especialista en Medicina Legal y Forense.

Vocal de la Asociación Española de Derecho Sanitario.

I.- REVISIÓN SOBRE RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE DERECHOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Ley Orgánica 8/2021, de 2 de junio¹, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha llevado a cabo una de las modificaciones más importantes del ordenamiento jurídico civil español de los últimos años, ya que ha sido eliminada la establecida diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, dando así cumplimiento al espíritu del artículo 12² de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006³, como ins-

-
- 1 La Ley 8/2021, de 2 de junio, es la norma que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, adaptando el ordenamiento español a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Su principal objetivo es promover la autonomía de estas personas, basándose en sus preferencias y necesidades concretas, y reemplazando figuras como la tutela por apoyos como la curatela y el curador.
 - 2 *Artículo 12 Igual reconocimiento como persona ante la ley 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*
 - 3 El 13 de diciembre de 2006 se adoptó en Nueva York la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, por sus siglas en inglés) de la ONU, un tratado internacional que busca asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente sus derechos

trumento internacional de los derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas o Derecho internacional de los derechos humanos destinado a proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Históricamente, ya en el propio Derecho romano era definida la capacidad de obrar como la facultad para actuar válidamente en Derecho, lo cual estaba relacionado de manera directa con la capacidad natural de la persona. De esta facultad quedaban excluidos los enfermos mentales, los menores de edad, los pródigos y las mujeres.

La evolución social hacia un progresivo reconocimiento y protección de derechos, y una igualdad cada vez más valorada y reclamada nos ha acercado a legislaciones más parecidas en ámbitos territoriales cultural e históricamente más próximos. Ya en el siglo xx, importantes reformas en el campo de la legislación civil pusieron de manifiesto esta dirección, aunque se mantuvo la limitación de la capacidad de obrar tanto en personas menores de 18 años como de aquellas que fueran portadoras de patologías mentales y que, consecuentemente, les conllevaban al impedimento de su autogobierno, para lo que estaba establecido un complejo proceso de incapacidad judicial, muy garantista y de interés protector, sustento legal que permitió la declaración de incapacidad judicial para muchas personas cuyas circunstancias así lo aconsejaban y permitían, en su propio beneficio, pero con la pérdida para ellas de derechos fundamentales y con la imposibilidad de ejercer determinadas acciones que, en ciertas ocasiones, podían considerarse injustas y hasta desproporcionadas.

II.- IMPORTANCIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CONVENCIÓN DE NUEVA YORK)

La situación se fue haciendo insostenible en el siglo xxi, hasta que se llevó a cabo la nueva regulación legal con respeto máximo a la autonomía de la persona, con independencia de que esta pudiera padecer una discapacidad. Aunque es difícil, el objetivo es conseguir que cada persona sea capaz de desarrollar al máximo sus cualidades y aptitudes psicofísicas, disponiendo de todos los apoyos y ayudas que

humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás. Este documento establece que la discapacidad es un concepto en evolución, resultado de la interacción entre las personas y las barreras del entorno, y obliga a los estados firmantes a adoptar medidas para promover la inclusión, la no discriminación y la accesibilidad.

puedan ponerse a su disposición para ello y alcanzando la ejecución jurídica de sus actos hasta el máximo grado posible.

Así, la propuesta era «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente». Realmente, esta Convención de Nueva York resultó ser el punto de inflexión para las personas con discapacidad, al tratar de conseguir la ampliación y el incremento de la autonomía de las personas con discapacidad en un contexto que les resulte más favorable.

En la citada Convención, hay que destacar cuatro cuestiones esenciales que quedan específicamente reconocidas en sus artículos 12 y 19⁴:

1. Las personas con discapacidad tienen todos los derechos y libertades.
2. Estos derechos y libertades deben ser respetados como en las demás personas.
3. Las personas con discapacidad pueden y deben participar plenamente en la sociedad en igualdad de oportunidades.
4. Consecuentemente, se pretende lograr la plena inclusión social.

Concretamente, el artículo 12 de la Convención engloba la capacidad jurídica en la capacidad de obrar, a la vez que exige el reconocimiento, por parte de los Estados, de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, en todos los aspectos de la vida.

4 Art. 19. *Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad* Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta; -16- c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades

En definitiva, era simplemente una cuestión de Derechos Humanos, donde quedan recogidos derechos ya reconocidos previamente por diversas convenciones internacionales, pero si algo importante tenía era lograr el reconocimiento de que las personas con discapacidad tienen derecho a que les sean reconocidos estos derechos, pasando de esta manera de una percepción negativa respecto a la persona con discapacidad, donde se la consideraba que no podía, no sabía o no debía realizar determinadas acciones en el ámbito civil, a un cambio sustancial donde es preciso considerar que esa persona, a pesar de su discapacidad, puede, sabe y debe ejercer su propia autonomía al máximo posible. La discapacidad debe sustituirse por una actitud propicia a proporcionar una serie de medidas de asistencia y apoyo a la misma, que permitan dar cumplimiento tanto a su voluntad, como a sus deseos y a sus preferencias, es decir, se proporcionará a la persona con discapacidad la compañía y los medios necesarios en la toma de sus propias decisiones. En España, antes de la aprobación de la Ley 8/2021⁵, ya se habían ido estableciendo estas bases y así, a nivel jurisprudencial, hay que recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002⁶, que declaraba que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad, y que se pronunciaba sobre la adecuación a la norma constitucional de las disposiciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a la incapacitación y al proceso sobre la incapacitación de la persona.

Posteriormente, y de manera similar, en el año 2009, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de abril⁷, señalaba que la normativa sobre incapacitación, interpretada

5 Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE núm. 132, de 03 de junio de 2021

6 La sentencia del Tribunal Constitucional (TC) del 9 de octubre de 2002 más notable es la Sentencia 174/2002, que resolvió un recurso de amparo promovido por Florencio Ferrer Gómez, centrándose en la declaración de incapacitación de su hijo y la posterior rehabilitación. Esta sentencia, declaró la vulneración de derechos fundamentales y ordenó retroceder el proceso para garantizar los derechos del recurrente.

7 La «Sentencia de 29 de abril de 2009» hace referencia a una resolución del Tribunal Supremo, siendo la más conocida la STS 282/2009, del Pleno de la Sala Primera, que interpretó la legislación interna para ajustarla a los principios de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad, estableciendo criterios para el reconocimiento de su personalidad jurídica y capacidad legal.

conforme a la citada sentencia constitucional, era conforme con la Convención, siempre que se tenga en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección y no una medida discriminatoria, porque la situación merecedora de la protección tiene características propias. Todo ello con independencia del nombre con el que el legislador acuerde identificar esta medida de protección.

Desde la óptica legislativa, y antes de la citada Convención, hay que destacar la Ley 41/2003, de 18 de noviembre⁸, de protección patrimonial de las personas con discapacidad⁹, donde se establecían determinados medios para que la minusvalía que padecen las personas no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes, logrando así que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva. Así como la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹⁰, o la Ley, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹¹, e incluso la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas¹², llegando hasta la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se esta-

8 Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Jefatura del Estado BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

9 Con la Ley 41/2003 se ha venido a regular una nueva figura jurídica, la del «patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad» que garantiza la seguridad y bienestar del afectado y la tranquilidad de los padres y familiares, cuando se plantean un futuro que podría ser incierto. La masa patrimonial que se irá formando va a quedar automática y exclusivamente vinculada a las necesidades básicas, personales y sociales, de la persona con discapacidad.

10 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Jefatura del Estado «BOE» núm. 289, de 03 de diciembre de 2003

11 La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia es una ley estatal que creó el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) y estableció un catálogo de servicios y prestaciones económicas para garantizar derechos a las personas en esta situación, abordando la dependencia como un derecho subjetivo y un nuevo derecho de ciudadanía.

12 La Ley 27/2007, de 23 de octubre, es una ley española que reconoce la lengua de signos española (LSE) como lengua de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas, garantizando su derecho a la comunicación y a la igualdad de oportunidades. La ley también establece la obligación de los poderes públicos de promover los medios de apoyo a la comunicación oral y de asegurar el acceso de estas personas a la información, la formación y los servicios en su lengua.

blece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹³.

III.- LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Tras la ratificación¹⁴ de la Convención por parte de España, en el año 2008, se lograba dar visibilidad a las personas con discapacidad y consecuentemente hacía obligatoria la adaptación de la legislación interna al contenido de la misma, hecho que culminó finalmente con la aprobación de la citada Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, de manera que permitió regularizar la situación de las personas con discapacidad para que puedan ser consideradas de manera social y legal como titulares de sus propios derechos.

Igualmente, tras la aprobación de la Convención y su ratificación en el año 2008, se promulgaron en España diversas leyes basadas en la obligación de su cumplimiento y su adaptación a nuestro país.

Centrándonos en la entrada en vigor de esta nueva legislación (Ley 8/2021)¹⁵, ciertamente que esta ha conllevado importantes modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico civil y, consecuentemente, en el papel que hay que desarrollar desde diferentes ámbitos, ya sean sanitarios, sociales e incluso periciales, lo que nos lleva a desaprender lo ya aprendido y a adquirir nuevas nociones (reaprender).

En primer lugar, la Ley ha dado paso a la eliminación de la clásica diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Hasta la aprobación de la Ley, se entendía como *capacidad jurídica* la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la cual se consideraba *inherente a la persona*, por lo que se aplicaba a toda persona desde el momento

13 Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Jefatura del Estado «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2007

14 La ratificación de la Ley 8/2021 no se trata de un proceso de ratificación de una norma existente, sino que la ley es la ratificación o adopción de una nueva legislación, en este caso, la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reforma el Código Civil y otras leyes para promover el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica..

15 Entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, eliminando la figura de la incapacitación y estableciendo un sistema de medidas de apoyo basado en la voluntad y preferencias de la persona

de su nacimiento. Por otra parte, la *capacidad de obrar* era entendida como la aptitud para *realizar actos jurídicos válidos*. La Ley 8/2021, como se indica, acaba con esta diferenciación y establece como objetivo el reconocimiento de que todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en las mismas condiciones que las demás personas, implicando que son titulares del derecho y además tienen derecho a ejercerlo, de manera que ellos mismos puedan ser los protagonistas de sus vidas y tomar las decisiones que prefieran, aunque precisen de apoyo en determinadas ocasiones.

Por otra parte, con la nueva legislación han desaparecido los clásicos términos de *tutela* (que queda restringida a los menores) e *incapacitado*¹⁶, sustituidos por los de *apoyo* y *persona con discapacidad*.

La cuestión que se plantea es cómo actuar a partir de ahora con las personas discapacitadas. A este respecto, recordamos que, hasta la promulgación de la nueva norma legal, la actuación con las personas discapacitadas se podía ejercer de dos formas muy concretas:

1. *En el ámbito extrajudicial*, bajo la figura conocida como *guarda de hecho*¹⁷. Resultaba ser la forma más frecuente y estaba destinada a aquellas situaciones en las que una persona necesitada de protección no había sido sometida a un procedimiento de incapacitación judicial, careciendo, por tanto, de un representante, pero que sin embargo era, «de hecho», atendida o asistida por otra, normalmente algún familiar que convivía con dicha persona discapacitada y que se encargaba de su protección. Esta práctica, muy habitual, generaba ciertos celos en el caso de que dicha persona no cumpliera con su cometido de una manera óptima y beneficiosa.

16 Las personas que estaban incapacitadas quedan por tanto automáticamente sometidas a curatela representativa (aunque la idea a largo plazo es sustituir también esta figura, excepto en casos muy excepcionales, por un sistema de apoyos). Mientras que la figura de la tutela tomaba todas las decisiones que concernían a la persona con discapacidad, la curatela asesora a la persona con discapacidad, sin tomar las decisiones por ella.

17 La guarda de hecho es una figura de apoyo informal en la que una persona (el guardador de hecho), usualmente un familiar o allegado, asume de forma espontánea el cuidado y la protección de otra persona que tiene dificultades para valerse por sí misma, como una persona con discapacidad o mayor. No requiere un nombramiento judicial formal, aunque está reconocida por ley y se trata de una medida de apoyo válida y eficaz, especialmente desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Para acreditarla frente a terceros, se puede recurrir a testimonios, informes de servicios sociales o, para mayor seguridad jurídica, a un acta de notoriedad ante notario.

2. *En el ámbito judicial*, mediante el procedimiento de *incapacitación judicial*.

Era el mecanismo más habitual, ya que en no pocas ocasiones se llegaba a incapacitar a una persona por cuestiones muy concretas y hasta obligadas, por cuestiones hereditarias o incluso financieras, entre otras, e incluso para proceder a la esterilización de una persona portadora de una discapacidad, aunque en muchas ocasiones no se diesen todas las circunstancias para proceder a la declaración de dicha incapacidad. Todo este procedimiento judicial, que resultaba laborioso y en el que había partes demandadas y demandantes, finalizaba con una sentencia judicial que determinaba la incapacitación total de la persona y por la cual quedaba supeditada bien a la prolongación de la patria potestad o a la designación de un tutor, y en ocasiones y de manera excepcional a la asignación de un curador.

En definitiva, estas percepciones implicaban que una persona que era incapacitada judicialmente quedaba imposibilitada legalmente para poder tomar decisiones, por su discapacidad psíquica, intelectual o física, ya que se consideraba que esa persona no podía ejercer su propia autonomía en su propio beneficio.

IV.- ESTADO ACTUAL DE LA SITUACIÓN

Ahora, todo esto ha cambiado de manera sustancial y la consideración de las personas que presentan algún tipo de discapacidad es que aun así mantienen su capacidad jurídica, la cual es universal y equiparable a la capacidad civil y además la pueden ejercer en igualdad de condiciones que el resto de las personas, aunque en determinadas ocasiones, para poder ejercerla, precisen las necesarias y determinadas medidas de apoyo.

Con esta nueva legislación, que implica la modificación de importantes leyes, se ha visto reflejado básicamente en el propio Código Civil, aparte de otras muchas normas legales, entre ellas la propia ley del Registro Civil e incluso en algún apartado del propio Código Penal. Pero al mismo tiempo hay leyes que no se han visto alteradas por estos cambios, así ocurre en la Ley 41/2002 de autonomía del paciente¹⁸, donde se establecen cuestiones que están muy directamente relacionadas con la propia autonomía personal, espe-

18 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. Jefatura del Estado «BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 2002

cíficamente dentro del ámbito sanitario (consentimiento informado, derecho a la información, instrucciones previas, etc.), manteniendo terminologías que para nada resultan compatibles con esta nueva regulación, tales como ocurre con términos como *incapaz*, *capacidad modificada judicialmente*, *persona que carece de capacidad* e incluso *consentimiento por representación*, que han desaparecido con la nueva legislación.

En definitiva, a partir de ahora, ya no es posible incapacitar a una persona ni modificar su capacidad jurídica, cuestión que como se ha expuesto y hasta la aprobación de esta Ley era lo que se realizaba en aquellas personas que fueran portadoras de algún tipo de discapacidad, configurándose como una específica *situación jurídica* por la que se determinaba que una persona debido a su situación psíquica, física o sensorial no tenía capacidad suficiente para regir ni sus bienes ni su propia persona, lo que conllevaba a que otra persona, ya fuera familiar o cónyuge, fuera nombrada, por sentencia judicial, como representante de esa persona discapacitada y consecuentemente poder ejercer sus derechos en régimen de curatela, tutela o defensor judicial, según lo dictaminase el juez en su sentencia.

Hay que recordar que esta Ley está limitada a los mayores de 18 años, de manera que no es aplicable a los menores de esa edad y que sean portadores de una discapacidad, ya que legalmente se considera que, en el caso de los menores de edad, con independencia de la capacidad que tengan, estos tienen los mismos derechos que el resto de los niños.

V.- APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Se debe tener presente que la nueva legislación establece dos puntos muy concretos, tal y como reza el propio título de la Ley: apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. De ahí que resulte interesante valorar estos dos conceptos:

1.- Personas con discapacidad

Al hacer referencia a la *discapacidad*¹⁹, es importante precisar que este concepto ha evolucionado con el tiempo. Queda atrás la consideración de la persona con

19 La discapacidad es una condición de una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras sociales y ambientales, dificultan su plena y efectiva participación en la sociedad en igualdad de condiciones. No se trata

discapacidad como aquella que presentaba algún tipo de carencia en sus extremidades, partes anatómicas o alteraciones funcionales de las mismas, o que tenían mermadas cualidades intelectuales o sensoriales que limitaban su estar en el mundo y su desarrollo integral como personas. La perspectiva actual nos lleva a ver la discapacidad desde el Derecho y desde la óptica social, por lo que encontramos que la discapacidad está marcada por la interacción que se produce entre las personas que presentan alguna deficiencia en su estructura o en su función corporal, y las barreras impuestas por el entorno que le impiden participar de forma efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

En el ámbito civil, la Ley 8/2021 indica que persona con discapacidad es aquella que precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Pero si nos movemos en el campo del Derecho de familia o el de sucesiones, la persona discapacitada tiene que cumplir unos requisitos administrativos, como tener el certificado administrativo de minusvalía o bien el reconocimiento de una dependencia de tipo severo (grado II) o una gran dependencia (grado III)²⁰.

Como discapacidades se pueden considerar diferentes tipos, ya sean físicas, mentales, intelectuales, sensoriales a largo plazo, y que al interactuar con diversas barreras pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás.

La terminología que es preciso utilizar es la de persona con discapacidad, dejando de lado otras formas totalmente incorrectas, como discapacitado, personas con discapacidades diferentes, minusválido, inválido, persona que sufre una discapacidad, diversidad funcional u otros términos por proponer.

solo de una limitación individual, sino de una relación entre la persona y su entorno, donde las barreras actúan impidiendo su inclusión y participación.

- 20 Los grados de dependencia se refieren a la clasificación de la Ley de Dependencia en tres niveles que determinan el nivel de necesidad de ayuda de una persona para realizar actividades básicas de la vida diaria. Son el Grado I (Dependencia Moderada), donde se requiere ayuda para algunas actividades básicas una vez al día; el Grado II (Dependencia Severa), que necesita apoyo varias veces al día pero no de manera constante; y el Grado III (Gran Dependencia), que precisa ayuda continua y supervisión permanente debido a la pérdida total de autonomía.

2.- Apoyos a las personas con discapacidad²¹

Estas medidas son el otro gran pilar en el que se fundamenta la Ley 8/2021, la cual refleja una transformación social, pone la dignidad del ser humano en primera línea, con todas sus circunstancias, y además tiene como punto de partida la autonomía de la voluntad de la persona.

Con esto, es preciso modificar la forma de realizar la evaluación de las personas con discapacidad y ser conscientes de cuántas decisiones pueden y deben tomar de manera individual e independiente estas personas, teniendo presente que cada acto concreto merece la evaluación especial y particular, sin generalizaciones, sin tutelas por el hecho de estar diagnosticado de una discapacidad.

Para ello, y siguiendo con las definiciones dadas para «persona con discapacidad», es preciso conocer cuáles son las barreras que pueden obstaculizar el normal desarrollo de la persona que presenta algún tipo de limitación de carácter funcional.

Realmente, cuando se hace referencia a la discapacidad, es preferible hacerlo de forma plural y hablar de *discapacidades*, ya que se trata de algo complejo y a la vez heterogéneo. No existe una sola discapacidad, pues la etiología de cada una es muy variable, bien sea congénita, adquirida, sobrevenida, etc.; algunas más visibles y otras incluso invisibles. Consecuentemente, unas precisan mayor nivel de apoyo y otras, por el contrario, menos.

Con todo esto, se trata de tener en cuenta las capacidades que estas personas pueden, saben y deben desarrollar de una manera autónoma. Y en caso de no poder llevarlas a cabo de una manera eficaz y eficiente, aplicar específicas medidas de apoyo que les sean necesarias tanto en lo personal como en lo patrimonial.

Hablar de *apoyo* no es algo que resulte novedoso, pues ya era utilizado en el año 2000 por la propia Asociación Americana de Discapacidad²², haciendo referencia a

21 Los apoyos para personas con discapacidad son un conjunto de prestaciones y servicios diseñados para garantizar su autonomía, participación plena y calidad de vida, abarcando desde ayudas económicas (como la pensión no contributiva) y para la movilidad hasta servicios de asistencia sanitaria, formación, vivienda adaptada y apoyo en la toma de decisiones legales.

22 La Asociación Americana de Discapacidad puede referirse a dos organizaciones principales en Estados Unidos: la Asociación Estadounidense de Personas con Discapacidades (AAPD), que organiza a la comunidad para impulsar el cambio político y social, y la Asociación Americana de Discapacidad Intelectual y del Desarrollo (AAIDD), una organización de profesionales que ha liderado el campo de la discapacidad intelectual y del desarrollo desde 1876

cualquier tipo de recurso o estrategia que mejoraba o permitía el funcionamiento de las personas con discapacidad.

Es cierto que hablar de las medidas de apoyo resulta a partir de ahora un tema esencial y muy marcado, algo que está en el propio espíritu y título de la Ley. Así, se hace referencia al apoyo y no a la sustitución, al acompañamiento y a la asistencia, y se recurre a la sustitución de manera excepcional.

Se establecen diferentes niveles de apoyos, que se pueden desarrollar de manera ocasional o continuada, de forma voluntaria ante notario o bien ante los órganos judiciales, e incluso se pueden destinar a cuestiones que sean asistenciales o representativas, aunque siempre teniendo en cuenta que el concepto de apoyo no lo es desde la vertiente jurídica sino esencialmente de tipo personal y social, y además es muy amplio por las diferentes medidas que se pueden aplicar a cada caso concreto y a cada situación específica con la finalidad de que puedan hacer realidad su capacidad jurídica.

Básicamente, estos apoyos de carácter personal pueden ser de tipo informal o de tipo formal. Se explican seguidamente.

2.1.- Apoyos de carácter informal

En referencia a la *guarda de hecho*, y a diferencia de la normativa anterior, se considera como un refuerzo para así evitar los problemas, a los que se han hecho referencia anteriormente, en relación con las actuaciones extrajudiciales que se realizaban con la persona discapacitada

Resulta significativo que la guarda de hecho sea un apoyo considerado como informal, cuando realmente se constituye como la figura estelar de la nueva normativa legal, tal y como queda recogido de manera muy concreta en la propia Ley,

2.2.- Apoyos de carácter formal

Se establecen dos figuras: la curatela y el defensor judicial.

a) Curatela²³

La *curatela* constituye la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad y será de aplicación para las personas que precisen apoyo de un modo continuado. Con estas características, únicamente se podrá constituir por

exclusiva decisión judicial siempre y cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. De esta manera, se pretende prestar apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, y solo en los casos en los que sea preciso, y únicamente de manera excepcional, podrán atribuirse al *curador* funciones representativas.

Para garantizar la autonomía de la persona con discapacidad, quedarán establecidos, de manera precisa, los actos en los que el curador deba prestar el apoyo e indicar, en su caso, cuáles son los actos donde debe ejercerse la representación y, en cualquier caso, manteniendo la autonomía de la persona discapacitada. Esta figura está sometida a revisiones periódicas, aunque en todo momento el Ministerio Fiscal podrá recabar la información que estime conveniente y necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la figura de la curatela.

Resulta interesante indicar que se contempla la denominada *autocuratela*, aunque no resulte algo novedoso, pues una primera aproximación (*autotutela*) a esta la figura fue introducida por medio de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (LPPD)²⁴, en la que se preveía la redacción del documento de autotutela, de carácter público o por resolución judicial mediante el cual se podían proteger diversas cuestiones de ámbito civil de la persona discapacitada.

Los requisitos para poder ejercer como *curador* son muy genéricos, como ser mayor de edad y estar en posesión de aptitudes para el adecuado desempeño de esa función. Esta figura podrá recaer también sobre las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, y entre cuyos fines figure la promoción

23 La curatela es una figura jurídica en España que consiste en un sistema de apoyo para personas mayores de edad que, sin ser plenamente capaces, necesitan asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica, es decir, en la toma de decisiones importantes en aspectos como la gestión de sus bienes o su vida personal. Es una medida de carácter excepcional que se aplica cuando no hay otra forma de apoyo suficiente, y es determinada por un juez, quien define los actos específicos en los que el curador debe intervenir para ayudar a la persona protegida, sin privarla de su capacidad de decisión por completo.

24 La Ley 41/2003 de 18 de noviembre, aunque introdujo la figura de la autotutela y los poderes preventivos, no creó la autocuratela. La autocuratela es una figura más moderna, definida en el Código Civil a partir de la reforma de la Ley 8/2021, que permite a una persona capaz nombrar o excluir a un curador en previsión de una futura incapacidad, vinculando al juez al designar la curatela en documento público notarial.

de la autonomía y la asistencia a las personas con discapacidad, e incluso se fija la posibilidad de poder designar dos curadores, uno específicamente para la persona y otro para los bienes, siendo la autoridad judicial la que establezca el modo de funcionamiento de los diferentes curadores.

Además, el curador tiene derecho a recibir una retribución, siempre y cuando el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que le serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio, según lo establezca la propia autoridad judicial.

Finalmente, el curador queda obligado a rendir ante la autoridad judicial, sin perjuicio de la obligación de proporcionar de manera periódica, la situación económica y que haya acordado la autoridad judicial.

Abundando un poco más en este concepto, hay que diferenciar entre curador asistencial y curador representativo:

Curador asistencial.

Su función será adoptar las decisiones que haya tomado la persona con discapacidad, dando así cumplimiento al artículo 249 del Código Civil cuando indica que las personas que presten apoyo *«deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente, procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro»*. De manera que el propio juez en su resolución deberá fijar de forma precisa y pormenorizada los actos que precisan de asistencia por parte del curador.

Curador representativo.

Tal y como se recoge en la exposición de motivos de la Ley 8/2021, «en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, esta pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones», dando lugar a una curatela representativa que habrá de adoptarse «solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad»; en tales casos, la autoridad judicial determinará los actos en los

que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. De manera que en la resolución judicial se deberá hacer constar la fijación de las facultades representativas que debe asumir el curador.

b). Defensor judicial

La segunda figura de medida de apoyo formal es la del *defensor judicial*, que igualmente aparece recogida en el Código Civil (artículos 295²⁵ y 296²⁶) y que precisa de su nombramiento por parte del letrado de la Administración de Justicia, en cumplimiento de la Ley de Jurisdicción Voluntaria²⁷ (artículos 27 al 32), previa petición de oficio por parte del Ministerio Fiscal, la cual se hará efectiva cuando la necesidad de apoyo que precise la persona discapacitada lo sea de una forma ocasional y casual, aunque la circunstancia que la genere sea recurrente.

Básicamente, el defensor judicial es la persona que asume de manera temporal la representación y la defensa de los intereses de las personas con discapacidad, cuando la persona que legalmente debiera hacerlo no lo hace o se plantean conflictos de intereses.

De esta manera, la figura del defensor judicial queda prevista especialmente para cierto tipo de situaciones contempladas en el artículo 295 del Código Civil²⁸.

25 El artículo 295 del Código Civil establece la figura del defensor judicial para personas con discapacidad, el cual será nombrado por la autoridad judicial cuando quien deba prestar apoyo no pueda hacerlo, exista conflicto de intereses, o se necesiten medidas de apoyo ocasionales o hasta que se resuelva la situación. El defensor judicial será una persona idónea para respetar los deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

26 El Artículo 296 del Código Civil español regula la figura del defensor judicial en la curatela, indicando que no se nombrará uno si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, a menos que ninguna pueda actuar o la autoridad judicial lo considere necesario. Este artículo fue añadido por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

27 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Jefatura del Estado «BOE» núm. 158, de 03 de julio de 2015

28 El artículo 759.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece, en el contexto de los procesos de incapacitación, que no se podrá decidir sobre la incapacitación sin un dictamen pericial médico acordado por el tribunal. La ley requiere la intervención de profesionales especializados para la emisión de este dictamen, que puede complementarse con informes de ámbitos social o de otras especialidades que aconsejen las medidas de apoyo adecuadas.

Para el nombramiento de defensor judicial se hace preciso oír con carácter previo a la persona con discapacidad, para que de esta manera la autoridad judicial pueda nombrarle, recayendo esta responsabilidad en la persona que resulte más idónea para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.

VI.- CRITERIOS DE ELECCIÓN DE LOS APOYOS

La propia Ley 8/2021 establece cuáles han de ser los criterios de elección de estos apoyos. De manera esquemática, se puede indicar que todos aquellos que conlleven:

- Respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales.
- Respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona en la toma de decisiones.
- Necesidad y proporcionalidad de la medida de apoyo, determinando si debe ser un apoyo formal o informal, y dentro de estos, si debe ser ocasional o continuado, de carácter asistencial o representativo.
- Fomento para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menor apoyo en el futuro. Es decir, favorecer el desarrollo de las capacidades y de las competencias de la persona discapacitada para que precise menor apoyo.
- Establecimiento de salvaguardas para evitar situaciones de abusos, conflictos de intereses o influencia indebida. Y para ello, se establecen rendiciones de cuentas, controles judiciales, revisiones de medidas, etc.

VII.- INFORME MÉDICO-PERICIAL

Como ya se ha indicado, la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha conllevado la modificación de normas legales tan importantes como la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la Ley de Jurisdicción Voluntaria, entre otras.

Concretamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su artículo 759.1²⁹:

29 Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Jefatura del Estado «BOE» núm. 299, de 15 de diciembre de 2006

Con respecto al informe pericial, este debe ser emitido bien directamente por el médico forense o bien por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, siendo en este caso un informe multidisciplinar en el que han de intervenir diferentes profesionales, médicos forenses, psicólogos forenses y trabajadores sociales, lo cual permitirá realizar un análisis que incluya la valoración de carácter multifactorial. A este respecto, se considera que la emisión del informe por el equipo forense resulta mucho más objetiva y cumple mucho mejor sus objetivos.

Sí es preciso tener en cuenta, en lo referente a la realización del informe médico-legal, que este no debe tener un exclusivo enfoque médico, donde específicamente se haga hincapié en la propia deficiencia de la persona. De ahí, a diferencia de lo que se venía realizando con los informes médico-periciales sobre incapacidades, que ahora no resulte tan importante establecer diagnósticos ni valorar procesos patológicos, que en la mayoría de los casos son ya conocidos y constatados en los propios informes clínicos, emitidos por los médicos responsables de los seguimientos clínicos, los cuales se aportan al procedimiento. Ahora se precisa determinar en primer lugar que se trata de una «persona con una determinada discapacidad», ya sea mental, intelectual, sensorial, psicosocial, etc.

El juicio sobre la capacidad que tiene una persona con discapacidad para resolver está basado en datos clínicos y no clínicos (existencia o no de una red de apoyo familiar, social o institucional que haga viable los deseos, las instrucciones y las aspiraciones manifestados por la persona que debe ser evaluada).

En este sentido, hay que tener presente que, en el caso de las personas con discapacidad, dado que su red de relaciones sociales suele ser reducida, la influencia educativa de la familia y del personal de apoyo es mucho mayor que en el resto de la población. Esto es especialmente acusado en el proceso de socialización de las personas cuya discapacidad no es sobrevenida. De ahí que resulte esencial que exista una relación de colaboración, apoyo y comprensión entre los profesionales que intervienen en la atención y los familiares de los que más directamente depende la persona con discapacidad, relación que puede establecerse con mayor facilidad si se facilita su inclusión y participación en el proceso de intervención.

Especial interés pericial tiene determinar la autonomía de la persona con discapacidad, y tal y como establece el artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de de-

pendencia³⁰, la autonomía se define como *«la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria»*. Por ello resulta de suma importancia recordar que nos encontramos en el ámbito civil y que para determinar la capacidad civil y consecuentemente su autonomía de la voluntad que permita a la persona con discapacidad tomar decisiones sea necesario valorar los dos elementos en los que esta se sustenta y que no son otros que la inteligencia y la voluntad, dos cualidades mentales que tienen su estructura orgánica en la que se apoya su funcionamiento, altamente complejo.

Cuando se hace referencia a la toma de decisiones, estas son muy variadas y variables, incluyendo aquellas que pueden resultar más insignificantes por su intrascendencia hasta las que pueden modificar el curso de la propia vida de la persona o incluso el de otras personas.

En el año 2012, la OMS creó la iniciativa QualityRights³¹, un programa global que trata de mejorar la calidad de estrategias efectivas para asegurar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad psicosocial (consentimiento informado, planes de tratamiento y recuperación dirigidos por las personas, apoyo en la toma de decisiones, planificación anticipada y evitación de la detención y tratamientos involuntarios).

Es importante también, para garantizar la protección de la vulnerabilidad, que si se padece enfermedad física o mental identifiquemos las cualidades y las aptitudes que puedan estar comprometidas y la magnitud e importancia del daño. Para una evaluación exhaustiva de los aspectos neurológicos y neuropsicológicos que influyen en la toma de decisiones habría que valorar el nivel de conciencia, la percepción de estímulos, las funciones cognitivas, las funciones ejecutivas, el estado psicoafectivo,

30 En 2012, la OMS creó la Iniciativa QualityRights. Este programa global está trabajando para mejorar la calidad de la atención que se brinda a las personas con problemas de salud mental y para promover los derechos humanos de las personas con problemas de salud mental, discapacidades psicosociales, intelectuales y cognitivas. Su enfoque de atención y apoyo se basa en los derechos y está orientado a la recuperación.

31 El Documento Sitges de 2009 es un informe elaborado por un grupo de juristas y médicos que busca establecer criterios para determinar la capacidad de las personas con demencia para tomar decisiones y abordar las implicaciones legales y sociales del envejecimiento de la población y de las enfermedades neurodegenerativas, como la demencia, especialmente la enfermedad de Alzheimer.

la ideación espontánea y la conciencia de enfermedad. A este respecto es de destacar el Documento Sitges, publicado en 2009³² y que recoge de forma minuciosa el modo de evaluarlas.

Así, se precisa determinar cuáles son las áreas afectadas por la discapacidad que presenta la persona. Para hacer este informe, podríamos decir que debe ser particular, específico y «a la carta», aplicado a cada caso concreto y donde las circunstancias de dos personas con la misma discapacidad son generalmente muy diferentes.

De manera genérica, el informe pericial debe contener:

- Descripción de la enfermedad o deficiencia psíquica que afecta a la persona, determinando su clase y su pronóstico.
- Efectos de la referida enfermedad o deficiencia, en lo que hace referencia a la capacidad de la persona presuntamente discapacitada para el adecuado gobierno de las habilidades funcionales a las que afecta y referido principalmente a las siguientes áreas:
 - Habilidades de la vida independiente, incluyendo tanto las actividades de la vida diaria como instrumental.
 - Habilidades económicas jurídico-administrativas:
 - Grado de conocimiento de la situación económica que tienen la persona con discapacidad.
 - Capacidad para tomar decisiones de contenido económico, tales como el seguimiento efectivo de sus cuentas bancarias, de sus ingresos, de sus gastos, etc.
 - Capacidad para otorgar poder a favor de terceras personas.
 - Capacidad para realizar disposiciones testamentarias.
 - Capacidad para el manejo diario de dinero de bolsillo y conocimiento sobre los gastos de uso cotidiano de carácter menor.

32 El artículo 249 del Código Civil español ha sido modificado y ahora se centra en las medidas de apoyo a personas con discapacidad. Este artículo establece que quienes presten apoyo deben actuar respetando la voluntad, los deseos y preferencias de la persona. Sin embargo, no existe un apartado concreto numerado como «249.3» en el artículo actual; la referencia parece apuntar a un artículo previo o a un texto legal distinto.

- Habilidades para la salud:
 - Manejo de medicamentos.
 - Seguimiento de pautas alimenticias.
 - Autocuidado, de heridas, úlceras, etc.
 - Consentimiento para el tratamiento.
- Habilidades en relación con el procedimiento judicial:
 - Grado de conocimiento en relación con el objetivo del procedimiento.
 - Grado de conocimiento en referencia a las consecuencias de este.
- Capacidad contractual: determinar el grado de conocimiento sobre el alcance de los préstamos, donaciones, herencias, así como cualquier otro tipo de actos de disposición patrimonial.
- Definir la intensidad del apoyo. Es decir, si requiere algún tipo de supervisión o asistencia en alguno o varios de los ámbitos concernidos por la necesidad de apoyo, o si en alguna de las citadas áreas precisa de manera excepcional un apoyo de representación por no ser posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Aun así, se debería barajar otra posibilidad cuando se trata de situaciones en que las decisiones resultan claramente perjudiciales para la persona sujeta a apoyos mediante curatela asistencial, como ocurre en el caso de enfermos mentales de tipo psicótico o bien cuando no pueda expresarse ni reconstruirse su trayectoria. Se deberá instar una revisión de la curatela asistencial, fundamentada en que el apoyo no resulta suficiente y que nos encontramos ante una situación excepcional que justifica una modificación del apoyo la solicitud de una curatela representativa, dando así cumplimiento a lo que establece el artículo 249.3 del Código Civil³³, cuando hace referencia a casos excepcionales, estableciendo que «cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferen-

33 El artículo 249 del Código Civil español ha sido modificado y ahora se centra en las medidas de apoyo a personas con discapacidad. Este artículo establece que quienes presten apoyo deben actuar respetando la voluntad, los deseos y preferencias de la persona. Sin embargo, no existe un apartado concreto numerado como "249.3" en el artículo actual; la referencia parece apuntar a un artículo previo o a un texto legal distinto.

cias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación».

VIII.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Casado Blanco M, Hurtado Sendin P, Castellano Arroyo M. Dilemas legales y éticos en torno a la asistencia médica a los menores. Rev Pediatr Aten Primaria 2015;17(65):e83-93.
- Castellano Arroyo M, Villanueva Cañadas E. Aspectos médico-legales de la vejez. Ciencia Forense. Revista Aragonesa de Medicina Legal 2001;3:3-40.
- Delgado Roig J. Medicina Legal en las limitaciones de la capacidad civil. Rev Med Leg (Madrid) 1948;1.
- Díez Picazo L, Gullón A. Sistema de Derecho civil, vol. I. 13.ª ed. Madrid: Tecnos; 2016.
- Gisbert Calabuig JA, De Ángel Yágüez R, Castellano Arroyo M. Personalidad jurídica y capacidad de obrar. En: Villanueva Cañadas E, editor. Gisbert Calabuig. Medicina Legal y Toxicología. 6.ª ed. Barcelona: Masson; 2004. p. 1094-110.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Boletín Oficial del Estado, 21 de abril de 2008, núm. 96, p.20648-20658.
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (Boletín Oficial del Estado, número 103, de 30-04-82).
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (Boletín Oficial del Estado, número 277, de 19-11-03).
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (Boletín Oficial del Estado, número 289, de 03-12-03).
- Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas

sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas (Boletín Oficial del Estado, número 255, de 24-10-07).

- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (Boletín Oficial del Estado, número 310, de 27-12-07).
- ONU. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Nueva York; 2006. <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>
- Ramos Chaparro E. Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Glosa General). Act Civ 2001;I:339-88.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Boletín Oficial del Estado, número 289, de 03-12-13).

“finis coronat opus”

La redacción de este texto se dio por concluida
el día 2 de octubre de 2025



CON LA COLABORACIÓN DE

