



SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA

BOLETÍN DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA.

Nº 209 FEBRERO 2023.

Editado por la Secretaría General del Sescam.

ISSN 2445-3994

Revista incluida en Latindex

asesoria.juridica@sescam.jccm.es

EQUIPO EDITORIAL:

D. Vicente Lomas Hernández.

Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica del Sescam.

D. Alberto Cuadrado Gómez.

Secretaría General. Servicio de Coordinación Jurídica del Sescam.

AVISO LEGAL. Se autoriza de manera genérica el acceso a su contenido, así como su tratamiento y explotación, sin finalidad comercial alguna y sin modificarlo. Su reproducción, difusión o divulgación deberá efectuarse citando la fuente.

SUMARIO:

-DERECHO SANITARIO-

1.-LEGISLACIÓN.

I.-LEGISLACIÓN ESTATAL: 2

II.-LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: 2

2.- TRIBUNA

- TRANSHUMANISMO Y SANIDAD: UNA APROXIMACIÓN (2ª Parte). 6

Por: Javier Sánchez Caro.

Presidente del Comité de Bioética de Castilla- La Mancha.

3.- LEGISLACIÓN COMENTADA:

- 10 NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 1/2023, DE 28 DE FEBRERO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. 16

Por: Vicente Lomas Hernández.

Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica. SESCOAM.

4.- DOCUMENTOS DE INTERÉS. 23

5.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES. 40

-NOTICIAS-

- Selección de las principales noticias aparecidas en los medios de comunicación durante el mes de febrero de 2023 relacionadas con el Derecho Sanitario y/o Bioética. 41

-BIOÉTICA y SANIDAD-

1.- CUESTIONES DE INTERÉS. 42

2.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES. 44

-DERECHO SANITARIO-

1-LEGISLACIÓN

I. LEGISLACIÓN ESTATAL.

- Real Decreto 118/2023, de 21 de febrero, por el que se regula la organización y funcionamiento del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

boe.es

- Orden SND/136/2023, de 17 de febrero, por la que se incluyen nuevas sustancias en el anexo 1 del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación.

boe.es

- Resolución de 13 de febrero de 2023, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre el Servicio Murciano de Salud y el Instituto Social de la Marina, para acceder a los datos de carácter personal mediante el acceso a la historia clínica electrónica para la realización de los reconocimientos médicos de embarque marítimo.

boe.es

II. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

CASTILLA-LA MANCHA.

- Ley 2/2023, de 10 de febrero, de Atención Temprana en Castilla-La Mancha.

docm.es

- Decreto 10/2023, de 7 de febrero, por el que se modifica el Decreto 82/2019, de 16 de julio, de estructura orgánica y funciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha.

docm.es

- Resolución de 02/02/2023, de la Dirección General de Salud Pública, por la que se acuerda la publicación de los precios públicos en los laboratorios de salud pública de la Consejería de Sanidad.

docm.es

MURCIA

- Decreto n.º 13/2023, de 26 de enero, por el que se regulan las condiciones y requisitos mínimos, de carácter técnico y sanitario, que deben cumplir los establecimientos de óptica en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

borm.es

- Resolución de 30 de enero de 2023 del Secretario General de la Consejería de Salud, por la que se dispone la publicación de autorización de Consejo de Gobierno de 26 de enero de 2023 en el Boletín Oficial de la Región de Murcia, de ratificación del Acuerdo suscrito por la Consejería de Salud y las organizaciones sindicales SATSE, CESM y CSIF, de 25 de noviembre de 2022, de adopción de medidas para la mejora y fortalecimiento de la asistencia sanitaria en la Región de Murcia.

borm.es

- Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la que se aprueba la Instrucción 1/2023 para la mejora en la continuidad y coordinación asistencial entre diferentes niveles asistenciales del Servicio Murciano de Salud.

borm.es

ARAGÓN

- Orden SAN/178/2023, de 17 de febrero, por la que se aprueba el calendario sistemático de vacunación en todas las edades de la vida en la Comunidad Autónoma de Aragón y las recomendaciones de vacunación en grupos de riesgo y circunstancias especiales.

boa.es

- RESOLUCIÓN de 22 de febrero de 2023, de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, por la que se adoptan medidas para la reducción de la carga burocrática derivada de las actividades clínico-administrativas desarrolladas en el ámbito de la Atención Primaria.

boa.es

LA RIOJA

- Decreto 5/2023, de 22 de febrero, por el que se crea el "*Departamento de Salud Mental*" y se aprueba su relación de puestos de trabajo.

bor.es

- Decreto 3/2023, de 15 de febrero, por el que se deroga el Decreto 29/2012, de 13 de julio, por el que se deja en suspensión la vigencia del Decreto 1/2005, de 7 de enero, por el que se regula el estatuto jurídico y funcionamiento del Defensor del Usuario del Sistema Público de Salud de La Rioja.

bor.es

EXTREMADURA

- Decreto 9/2023, de 10 de febrero, por el que se regula la figura del Tutor o Tutora de formación sanitaria especializada en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

doe.es

BALEARES

- Decreto 7/2023 de 20 de febrero por el cual se aprueban los Estatutos de la Agencia de Salud Pública de las Illes Balears.

boib.es

- Resolución del director general del Servicio de Salud de las Islas Baleares por la que se amplía al año 2023 la aplicación del procedimiento relativo a la prestación de determinados productos del catálogo de material ortoprotésico de las Islas Baleares y el procedimiento de adhesión de asociaciones y/o establecimientos dispensadores.

boib.es

MADRID

- Decreto 5/2023, de 1 de febrero, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 46/2015, de 7 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la coordinación en la prestación de la atención temprana en la Comunidad de Madrid y se establece el procedimiento para determinar la necesidad de atención temprana.

bocm.es

- Orden 187/2023, de 8 de febrero, del Consejero de Sanidad, por la que se aprueban el Plan Integral de Inspección de Sanidad y los criterios de actuación para los años 2023-2025.

bocm.es

- Orden de 10 de febrero de 2023, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se dictan Instrucciones para la contratación de personal laboral temporal, el nombramiento de funcionarios interinos, personal estatutario interino y sustituto, y otro personal docente en centros docentes no universitarios.

bocm.es

ANDALUCÍA

- Ley 1/2023, de 16 de febrero, por la que se regula la atención temprana en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

boja.es

- Orden de 23 de febrero de 2023, por la que se actualiza y desarrolla el sistema de presupuestación y tarificación de convenios y conciertos que suscriba el Servicio Andaluz de Salud para la prestación de asistencia sanitaria en centros sanitarios.

boja.es

- Resolución de 21 de febrero de 2023, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio Andaluz de Salud.

boja.es

CATALUÑA

- Decreto 17/2023, de 31 de enero, por el que se establecen los requisitos adicionales para la realización de estudios observacionales con medicamentos de uso humano de seguimiento prospectivo y se crea la Comisión de Estudios Observacionales con Medicamentos de Seguimiento Prospectivo.

dogc.es

- ORDEN SLT/21/2023, de 6 de febrero, por la que se actualiza la relación de intervenciones quirúrgicas que tienen garantizado un plazo máximo de acceso.

dogc.es

2.- TRIBUNA

- TRANSHUMANISMO Y SANIDAD: CUESTIONES CONCRETAS.

Javier Sánchez-Caro.
Presidente del Comité de Bioética de Castilla-La Mancha.

Se abordan, a continuación, una serie de cuestiones específicas en el ámbito del transhumanismo sanitario o muy relacionadas con el mismo. Dado su carácter innovador y de avance tecnológico, las cuestiones éticas contemplan, como es lógico, el estado actual de la ciencia, por lo que pueden y deben, quizás, variar en la misma medida en que la ciencia lo determine.

1.-La técnica de edición genética conocida como CRISPR/Cas9.

La introducción de los sistemas CRISPR (del inglés “Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats”: repeticiones palindrómicas cortas agrupadas y regularmente espaciadas) ha supuesto una ampliación extraordinaria del potencial de las tecnologías de edición genética disponibles en la última década

El acrónimo CRISPR es, pues, el nombre de unas secuencias repetitivas presentes en el ADN de las bacterias, que funcionan como autovacunas. Contienen el material genético de los virus que han atacado a las bacterias en el pasado y por eso permiten reconocer si se repite la infección y defenderse ante ella, cortando el ADN de los invasores.

Los científicos han aprendido a utilizar la herramienta CRISPR fuera de las bacterias para cortar y pegar trozos de material genético en cualquier célula para lo cual utilizan unas guías y una proteína -Cas9- para dirigirse a zonas elegidas del ADN. A partir de ahí, se pueden pegar los extremos cortados e inactivar el gen o introducir moldes de ADN, lo que permite “editar” sus letras a voluntad.

En particular, La técnica CRISPR/Cas9 es de fácil manejo y precisión, lo que anticipa escenarios verosímiles de aplicaciones terapéuticas. Sin embargo, pese a su extraordinario potencial presenta importantes limitaciones, pues, por el momento, existe un consenso amplio sobre el alto riesgo asociado al uso de dicho sistema en la línea germinal humana.

Aunque la falta de alternativas justifique en determinados casos el recurso a tratamientos experimentales de alto riesgo, conviene reforzar antes la confianza en un marco general de justicia, equidad y criterios inclusivos de política pública que despejen el camino para la convergencia de su uso (MIGUEL MORENO MUÑOZ, “Perspectiva crítica sobre la ampliación en humanos de sistemas CRISPR/CAS de edición genética”, 2021).

La herramienta CRISPR/CAS9 puede utilizarse para prevenir las enfermedades genéticas (por ejemplo, el corea de Huntington) o a disminuir la probabilidad de que los descendientes las desarrollen (variante del gen BRCA1, asociada a un mayor riesgo del cáncer de mama). Pero las ventajas de dicha edición hacen verosímiles la posibilidad de acciones dirigidas a mejorar alguna función por encima de las capacidades típicamente humanas.

Aunque la opinión pública mayoritaria esté en contra de las aplicaciones dirigidas a mejorar las características físicas o cognitivas no patológicas, no puede olvidarse el alto nivel de aceptación hacia intervenciones de carácter similar, pero de naturaleza estrictamente preventiva: recurrir al diagnóstico prenatal para averiguar el riesgo de padecer enfermedades graves y, si es seguro, adoptar medidas para mejorar la salud de la descendencia.

La convergencia ética citada explica el rechazo unánime al trabajo del investigador chino (2018) que coordinó el equipo que consiguió el nacimiento de dos niñas con resistencia al virus de la inmunodeficiencia humana (VIH): por la falta de escrutinio ético y legal sobre una investigación no validada y de alto riesgo en seres humanos, desarrollada en secreto, además de que el riesgo de contraer el SIDA es relativamente bajo y no comparable a las consecuencias de por vida que podría suponer la inducción de mutaciones no deseadas.

La propuesta de marco regulador para ensayos clínicos que incluyan edición del genoma hereditario, que aportan STEFFIN, HSIEH Y ROUCE, (2019) pone el acento en las condiciones de aceptación:

- 1) Ausencia de alternativas razonables.
- 2) Restringida a la prevención de una enfermedad o condición seria
- 3) Limitadas a la edición de genes sobre los cuales existe evidencia de que causan o predisponen fuertemente a la enfermedad o condición
- 4) Limitada a convertir los genes editados en versiones que sean prevalentes en la población y sobre los que no exista evidencia de efectos adversos
- 5) Avalada por la disponibilidad de datos preclínicos y/o clínicos creíbles sobre los riesgos y los posibles beneficios para la salud de los procedimientos
- 6) Bajo supervisión continuada y rigurosa de los ensayos clínicos, de los efectos del procedimiento en la salud y la seguridad de los participantes en la investigación
- 10) Con un protocolo fiable para evitar usos que no sean la prevención de una enfermedad o afección graves.

En el estado actual de la ciencia que se comenta, las condiciones reseñadas conforman, a nuestro juicio, un marco ético razonable.

2.- La alteración de la naturaleza humana: una crítica a las intervenciones biológicas

Aunque la mejora humana fuera segura y contribuyera al bienestar de las personas, un sector de la doctrina se opone a ellas al entender que se altera la naturaleza propia del ser humano (JEAN DECKERS, “El significado moral de la naturaleza para el debate sobre la mejora humana”, 2021). A pesar de la dificultad de distinguir lo natural de lo antinatural, en la estela de JOHN STUART MILL, se entiende que una actividad o producto no sería natural al estar bajo la influencia de la cultura humana y natural en caso contrario, de manera que se puede contrastar el artificio humano con la naturaleza, sin negar que el hombre es parte de la misma.

De acuerdo con la distinción se afirma que existe la obligación (deber normativo y moral), *prima facie*, de salvaguardar la integridad de la naturaleza, y si bien no debe protegerse a toda costa (para el nacimiento del *Homo Faber* hubo que alterar otras entidades naturales), una acción que altere más la teleología interna de una entidad natural es más problemática que otra acción, entendiendo por teleología interna la capacidad de una entidad para dirigir el desarrollo de su esencia específica, mientras que la teleología externa se refiere a la capacidad de otra entidad para dirigirla. Por ejemplo, la teleología de un ordenador no es realmente suya, ya que está determinada completamente por la externa de los diseñadores.

Todo lo cual conduce, necesariamente, como hace dicho autor, a elaborar una tabla que va de lo más antinatural hasta lo más natural. La clasificación se lleva a cabo en función de una serie de preguntas: ¿La entidad está influenciada por los seres humanos de alguna manera? ¿ha cambiado su esencia específica por un proceso humano, que probablemente sea significativamente diferente a un proceso natural que hubiera podido producirse? ¿El cambio en la esencia específica ha sido causado por la acción humana?

En definitiva, para esta objeción, deberíamos aceptar un deber moral *prima facie* de abstenernos de alterar la naturaleza, a menos que podamos identificar otro deber que sea al menos moralmente comparable a aquel y que no podamos cumplir sin alterar la naturaleza.

Otros autores (J. PUGH, G. KAHANE y J. SAVULESCU, “Bioconservadurismo, parcialidad y la objeción de la naturaleza humana a la mejora”, 2016) al abordar el problema de la naturaleza humana, parten de la distinción entre las mejoras de rango normal y aquellas otras que trascienden la normalidad. Las primeras incluyen el uso de tecnologías que aumentan la capacidad dentro de los límites de la variación humana normal, a diferencia de las segundas, que van más allá de la variación normal de la especie: un ejemplo lo constituyen las encaminadas a la extensión de la vida, hasta el punto de que podrían servir para hacer que las personas futuras sean “posthumanas” (FUKUYAMA, 2002).

El desacuerdo sobre tal cuestión ha originado un debate entre “bioliberales” y “bioconservadores”, entendiendo estos últimos que el uso de tecnologías de mejora se debería restringir o prohibir por socavar algo intrínsecamente valioso en el ser humano, puesto que tratar de reemplazarla es inherentemente incorrecto o es probable que tenga malas consecuencias (FUKUYAMA, 2002; HABERMAS, 2003; KASS, 2003; President`s Council on Bioethics, 2003).

Los autores del trabajo mencionados tratan de resolver el dilema acudiendo a la distinción ya formulada de las mejoras: las de rango normal mejoran al individuo dentro de los límites de la variación normal de la especie. Por el contrario, las que trascienden la normalidad y precipitan cambios inmediatos podrían entenderse, de manera más plausible, como una ruptura de la historia compartida, alterando radicalmente las características que son fundamentales para nuestro sentido de compartir una historia biológica y cultural común con otros miembros de nuestra especie (por ejemplo, proporcionarían razones para abstenernos de garantizar que todos los niños recién nacidos sean mujeres).

Sin embargo, afirman que los cambios radicales pueden ser compatibles con la salvaguarda de una historia compartida si son parte de una evolución gradual, de manera que las mejoras podrían provocar los cambios, evolutivamente, conservando un grado suficiente de continuidad en las diferentes etapas de desarrollo de la especie, por lo que la objeción de la naturaleza humana no proporciona motivos para rechazar todas las formas de mejora humana.

3.- Mejora y mérito

¿Los individuos mejorados merecen menos las recompensas asociadas a sus logros que los no mejorados? Se ha argumentado que las mejoras son generalmente indeseables en algunos aspectos desde el punto de vista moral o prudencial, mientras que los medios más tradicionales de aumentar nuestras capacidades, como la formación y la educación, no lo son (la tesis del mérito).

A combatir esta tesis, con ciertos matices, se dedica el filósofo THOMAS DOUGLAS (“Mejora y mérito, 2019). Parte de una serie de ejemplos (en uno de ellos, dos ciclistas llegan al mismo tiempo a la meta, pero uno usó una sustancia dopante y otro no: no merecen el mismo reconocimiento) y refuta una parte importante de los tres argumentos que generalmente se esgrimen, a saber, el argumento de los medios inmorales, el de la disminución del esfuerzo y el de la responsabilidad compartida.

En el caso de los medios inmorales, además de la tesis del mérito, se han argumentado otros principios: la mejora aleja a los individuos mejorados de su verdadero yo; restringe la libertad o autonomía; expresa un inquietante deseo de dominio; socava la solidaridad social o envenena las relaciones familiares y románticas sanas.

Sin embargo, lo que resulta de tales posiciones es que una mejora socava el mérito solo en aquellos casos en los que ya existe una objeción independiente a la mejora (por ejemplo, se gana un oro olímpico en patinaje, pero previamente se había atacado y lesionado a uno de los competidores) .En estos casos la apelación al mérito pierde gran parte de su interés dialéctico, pues los argumentos demuestran que las mejoras son inadmisibles solo en circunstancias especiales (previas, determinadas por el mal uso de los medios empleados)

Otro tanto sucede con el argumento de la disminución del esfuerzo, que afirma que las mejoras hacen que nuestros logros sean “demasiado fáciles”, pues parece que tiene que haber una relación entre el esfuerzo y el mérito. Pero, según este filósofo, hay situaciones en las que las mejoras socavan el esfuerzo, pero no afectan para nada a la obtención del mérito, dándose estas circunstancias cuando la adopción de una ruta de menor esfuerzo para la obtención de un logro no tiene ningún efecto negativo en el mérito conseguido.

En tales supuestos, la adopción de la ruta del esfuerzo superior implica un esfuerzo gratuito y sería impensable que hacer las cosas de la manera más difícil pudiera conllevar que uno sea más merecedor de los bienes obtenidos. Por supuesto, en determinadas circunstancias puede haber razones para adoptar la ruta de mayor esfuerzo, lo que es cierto en muchos eventos deportivos, pero en tales casos hay una objeción independiente que impide conseguir la mejora de otra manera, pues en otro caso se socava el valor de la actividad en la que se está involucrado.

Tampoco el argumento de la responsabilidad compartida (que entiende que las personas mejoradas no son responsables, al menos totalmente, de los logros que sus mejoras permiten) justifica la tesis del mérito. No es cierto que las mejoras en general disminuyan la responsabilidad.

Una persona puede externalizar muchas tareas necesarias para la obtención de un logro sin disminuir su propia responsabilidad, siempre y cuando siga ejerciendo el control ejecutivo al recurrir a la ayuda de otros. Por ejemplo, cuando el piloto de fórmula 1 haya participado activamente en la decisión de que innovaciones tecnológicas adoptar respecto al diseño del coche. En tal supuesto, su victoria no se habrá visto mermada por el hecho de que le hubieran proporcionado un coche especialmente rápido.

4.-La mejora moral

Ante la dificultad de afrontar los enormes problemas de todo tipo que amenazan el futuro de la humanidad (desafío climático, ambiental, político, económico, tecnológico), utilizando solo los cambios culturales y educativos, se plantea la posibilidad de biomejorar moralmente a los seres humanos.

Se persigue entonces, la obtención de un comportamiento moral por encima del nivel normal y se entiende, por tal, el aumento de la motivación, lo que mueve a la acción, lo que es acorde con las exigencias altruistas y de imparcialidad propias de la moral, lo que se conseguiría, según algunos autores, con un mayor grado de empatía hacia los demás y la utilización de medios biomédicos: drogas, manipulación neuronal o, cuando sea seguro, por medio de la ingeniería genética. (“Mejora moral: ¿En beneficio o detrimento de la libertad?, ANTONIO DIEGUEZ y CARISSA VÉLEZ, 2019).

Un experimento reciente mostró que cierto tipo de estimulación eléctrica transcraneal de la corteza prefrontal media disminuía los prejuicios raciales de 60 estudiantes holandeses con respecto a los nombres de personas marroquíes (SELLARO et al., 2015), aunque los autores reconocen que los mecanismos precisos no son bien conocidos.

Se objeta a la mejora moral que con ella disminuimos nuestro libre albedrío, en particular la libertad para decidir la realización de acciones moralmente incorrectas (JOHN HARRIS, 2011). Se contesta que, aunque algunas formas de mejora moral podrían convertir a las personas en autómatas, hay muchas otras que no anulan la libertad de la voluntad, pues la mejora moral podría tener como objetivo actuar en el nivel de la evaluación y deliberación y no directamente en el nivel de la decisión, aumentando la autonomía de los individuos. Más aun, en el caso de que actuara sobre la motivación o los sentimientos, tampoco anularía la voluntad, del mismo modo que la educación moral a través de la lectura, por ejemplo, no es considerada como una limitación de la libertad.

5.- Oxitocina y mejora moral.

Se considera a esta hormona responsable, en gran medida, de la empatía de los seres humanos, puesto que su administración influye en el comportamiento de las personas, consiguiendo, entre otros efectos, la formación de vínculos de pareja y la generación de actitudes y conductas sociales. Las expectativas depositadas en ella son cada vez más importantes, hasta el punto de que se plantea la posibilidad de utilizarla no solo en el terreno terapéutico (por ejemplo, en el autismo, caracterizado por una acentuada falta de empatía), sino también en las personas sanas (FRANCISCO LARA, “Oxitocina, empatía y mejora humana, 2017).

Según los estudios efectuados, dicha hormona atenúa la sobreexcitación provocada por el contagio emocional, facilita la adopción de la perspectiva de los demás (imaginar el sufrimiento del otro, poniéndonos en su lugar) y favorece el altruismo (evitar el sufrimiento). Existen, estudios con resultados discrepantes: los efectos positivos dependerían del contexto, se incrementan entre conocidos pero disminuye en situaciones de competencia o interacción entre extraños y hay quien tiene menos capacidad innata de ponerse en el lugar de los demás (esto es, bajo ciertas circunstancias y peculiaridades individuales).

Para resolver esta cuestión es conveniente distinguir dos ámbitos distintos: su utilización terapéutica y su utilización en las personas normales. En el primer caso, la literatura actual muestra cierto optimismo en su utilización: por ejemplo, se piensa que puede potenciar la cognición social en los autistas, exigiéndose, claro está, una mejora considerable y segura en el bienestar social y la autodeterminación del paciente, que supone contar con su consentimiento. En el segundo supuesto, ante la dificultad de distinguir entre terapia y mejora, no cabe otra solución que exigir los mismos requisitos, sin que su aplicación afecte, por tanto, a la identidad (la educación y la mejora pueden contemplarse como formas de facilitar la autonomía de los individuos y constituyen sistemas equivalentes de ayuda).

En cuanto a la tendencia al favoritismo o a la parcialidad, se debe tener en cuenta que la empatía debe ir siempre acompañada de correctores cognitivos y reflexivos que eviten la discriminación arbitraria: por ejemplo, la insistencia de que los extraños comparten con nosotros creencias, valores y emociones complejas o, en el caso de la oxitocina, dado que algunos autores entienden que el favoritismo podría mitigarse cuando las personas, en lugar de considerar la pertenencia a un grupo, fueran capaz con medidas reflexivas de comprender que su grupo es el de la humanidad en su conjunto.

Sin embargo, se acaba desaconsejando por las malas consecuencias de su implementación voluntaria en un habitual contexto de individuos con perfil no colaborativo. Es decir, si se mejora la empatía de una parte de la sociedad (la de los que voluntariamente lo solicitan) se promovería un altruismo pleno con el que, paradójicamente, se acentuaría y propagaría el egoísmo de los demás, con negativas consecuencias para todos.

6.- El neurofeedback y la mejora moral.

Se trata de una técnica que se utiliza con fines terapéuticos para la recuperación de accidentes cerebrovasculares, el trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) y la epilepsia.

Consiste en un entrenamiento cognitivo o emocional a partir del conocimiento que aportaría un electroencefalograma sobre el funcionamiento de las ondas de diferentes partes de nuestro cerebro. Gracias al control de la propia actividad cerebral y al consiguiente incremento de la autorreflexión y la consciencia o modulación de las emociones, podría ser un buen instrumento para perfeccionar los aspectos deliberativos y motivacionales, de manera respetuosa con la autonomía (PALOMA GARCÍA DÍAZ, “El neurofeedback y el proyecto de la mejora moral”, 2016).

Es una técnica segura con efectos probados en el campo terapéutico, de la investigación y como entrenamiento para la mejora humana en la música, el deporte, la cognición y la moral.

Se ha debatido, no obstante, si no sería más preciso considerarla solo como una técnica de mejora cognitiva y no moral. Sin embargo, la autora del trabajo entiende que no solo mejora las funciones ejecutivas, como la memoria, la atención o la destreza visual, sino que también permite que las personas que aprenden a neuromodularse puedan inhibir respuestas emocionales negativas, lo que puede servir para favorecer un razonamiento moral más pleno. A lo anterior hay que añadir que si se analiza como un prerrequisito de una Inteligencia moral interactiva (o un elemento coadyuvante), que no socave la autonomía de los agentes morales, la respuesta es sí podría considerarse como una técnica de mejora moral.

7.- La inteligencia artificial y la mejora moral

Otra forma no biotecnológica de mejora moral, poco estudiada, es la Inteligencia Artificial (IA), esto es, poner los sistemas computarizados al servicio de una mejor toma de decisiones morales. Los sistemas algorítmicos artificiales procesan mucha más información que nuestros cerebros, no sucumben a sesgos cognitivos o errores lógicos y son capaces de computar múltiples alternativas. Al estudio de la IA, entendida como una posible herramienta estratégica para la mejora de la moral humana, se dedica el trabajo “Automatizando la toma de decisiones morales: inteligencia artificial y mejora humana” de ANIBAL MONASTERIO ASTOBIZA, 2016.

Debe tenerse en cuenta que la IA puede usar datos de cientos de miles de personas cuando toman decisiones morales y puede aprender las respuestas apropiadas a situaciones a situaciones morales diversas.

Así entendido se enfrenta a tres problemas importantes: el pluralismo axiológico, la autonomía de los usuarios y la atrofia moral.

En el primer caso se enfrenta a la cuestión de como programar la IA para que tenga en cuenta las distintas respuestas morales que las personas puedan tener. En el segundo, a la llamada “evitabilidad”, esto es, como impedir que la IA se convierta en una fuerza externa que nos obliga, engaña o manipula a tomar una decisión, aunque no estemos de acuerdo con ella. En el tercero, la atrofia moral, por cuanto su uso habitual nos impida tomar decisiones por nosotros mismos. En definitiva, la instrumentalización de las personas, en sus diferentes variantes, a través de una máquina.

En nuestro ámbito europeo (UE) tiene especial interés el documento publicado por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel creado por la Comisión Europea en junio de 2018, en el que se presentan varios principios éticos para una IA fiable. Asimismo, hay que mencionar el Reglamento General de Protección de Datos, (2016), que en relación con la información sensible ha establecido el derecho a recibir y a acceder a información significativa de los efectos de los efectos de la automatización de las decisiones (artículos 13.2, 14.2, 15.1 y 22), además de establecer que “todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”.

Es de reseñar también la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y sus 36 países miembros, junto con Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Perú y Rumania, que han adoptado formalmente el primer conjunto intergubernamental de directrices políticas sobre la IA.

En consecuencia, la IA se puede utilizar con propósitos buenos y malos, por lo que debemos considerar los riesgos y desafíos de una sociedad de la “caja negra” (black box), porque muy pocos conocen, ni siquiera los mismos programadores, el funcionamiento de unos algoritmos, opacos y poco transparentes, que se utilizan para automatizar las decisiones en los diferentes campos, mientras está recolectando, tratando, almacenando y posiblemente distribuyendo información personal sensible.

Para solucionar los problemas planteados se han ideado varios sistemas, que FRANCISCO LARA Y JAN DECKERS analizan en su trabajo “La inteligencia artificial como asistente socrático para la mejora moral”, 2020.

Rechazan un primer sistema, que denominan “mejora reemplazante porque incluye la cesión total de la toma de decisiones a máquinas que podríamos no entender, con la consiguiente pérdida de aquello que nos hace seres éticos, además de que en el proceso de mejora los seres humanos asumimos siempre un papel muy pasivo, haciendo imposible el progreso moral, puesto que no puede explicar el hecho de que los juicios morales realizados hoy sean inaceptables en el futuro.

Tampoco admiten la que llaman “mejora auxiliar”, aunque no excluyan a las personas de las decisiones, dando protagonismo a sus valores. La razón estriba, en este caso, en la puesta en peligro del desarrollo de nuestras capacidades morales, pues, una vez que los valores han sido fijados por el agente, la única función del sistema es recomendar decisiones que se ajusten a esos valores, pero en ningún caso inducir al agente a cuestionar esos valores. Por tanto, aun permitiendo esa propuesta la existencia de perspectivas plurales, al no perseguir una actitud crítica, difícilmente fomentarán amplios equilibrios reflexivos o acuerdos entre aquellos que eligen diferentes configuraciones éticas del sistema.

Su propuesta se basa en un modelo basado en el diálogo interactivo, al estilo socrático, con un asistente virtual que solo pretenda la capacitación del usuario para tomar por sí mismo mejores decisiones morales, de manera que haya una interacción constante entre el humano y la máquina, sin que haya previas listas o marcos de valores desde los cuales intentar la mejora moral del agente.

Se trata de algoritmos que impidan que la máquina se incline hacia principios o valores o teorías particulares. Este enfoque, que desarrollan en el trabajo citado, contrasta con la tendencia actual a desarrollar prototipos de modelos informáticos de decisión que se basan en teorías o valores de diferente signo.

En conclusión, se puede decir que los beneficios de la mejora pueden ser muchos e importantes, pero también sus efectos negativos. El peor de estos sería que, pretendiendo mejorarnos como humanos, acabásemos paradójicamente poniendo en peligro lo mejor de nosotros.

3.- LEGISLACIÓN COMENTADA:

- 10 NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 1/2023, DE 28 DE FEBRERO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

Vicente Lomas Hernández
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica.
Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM)

1.- Entrada en vigor:

- 2 de marzo de 2023.
- Excepto:

Disposiciones finales tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, undécima, decimotercera y decimocuarta que entrarán en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

2.- Mujeres embarazadas extranjeras:

*“Los derechos previstos en esta ley orgánica serán de aplicación a todas las personas que se encuentren en España, **con independencia de su nacionalidad, de si disfrutan o no de residencia legal** o de si son mayores o menores de edad, sin perjuicio de las precisiones establecidas en el artículo 13 bis, y siempre de acuerdo con los términos previstos en la legislación vigente en la materia sanitaria. Todas las referencias de esta ley orgánica a las mujeres relacionadas con los derechos reproductivos serán aplicables a personas trans con capacidad de gestar, lo que incluye lo previsto en relación con la salud durante la menstruación.”*

3.- IVE e información:

- Durante las primeras 14 semanas de gestación. Eliminación de dos requisitos existentes en la legislación anterior:
 - a) Información preceptiva a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y, en el caso de personas con alguna discapacidad
 - b) Plazo de reflexión de tres días.
- Información vinculada a la interrupción voluntaria del embarazo:
 1. Información del personal sanitario sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, quirúrgico y farmacológico, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley orgánica, los centros públicos y acreditados a los que se podrán dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente.

2. Interrupción voluntaria del embarazo después de las catorce semanas de gestación por causas médicas:

Información sobre los distintos procedimientos posibles para permitir que la mujer escoja la opción más adecuada para su caso

3. La información adicional, como la derivada sobre ayudas a la maternidad, o derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes relativas al apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, **solo se facilitará si así lo requiere la mujer, y nunca como requisito para acceder a la prestación del servicio.**

4.- IVE y edad:

- A partir de los 16 años, sin necesidad de consentimiento de sus representantes legales.
- Modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Se modifica el apartado 5 del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que queda redactado como sigue:

«5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.»

Sombreado la parte que se suprime del art. 9.5

LEY 41/2002 ANTES DE LA REFORMA	LEY 41/2002 TRAS LA MODIFICACIÓN POR LA L.O 1/2023
<p>LA PRÁCTICA DE ENSAYOS CLÍNICOS Y LA PRÁCTICA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA SE RIGEN POR LO ESTABLECIDO CON CARÁCTER GENERAL SOBRE LA MAYORÍA DE EDAD Y POR LAS DISPOSICIONES ESPECIALES DE APLICACIÓN.</p> <p>PARA LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO DE MENORES DE EDAD O PERSONAS CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE SERÁ PRECISO, ADEMÁS DE SU MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD, EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE SUS REPRESENTANTES LEGALES.</p> <p>EN ESTE CASO, LOS CONFLICTOS QUE SURJAN EN CUANTO A LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR PARTE DE LOS REPRESENTANTES LEGALES, SE RESOLVERÁN DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL CÓDIGO CIVIL.</p>	<p>5. LA PRÁCTICA DE ENSAYOS CLÍNICOS Y LA PRÁCTICA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA SE RIGEN POR LO ESTABLECIDO CON CARÁCTER GENERAL SOBRE LA MAYORÍA DE EDAD Y POR LAS DISPOSICIONES ESPECIALES DE APLICACIÓN</p>

- **Menores de 16 años:** será de aplicación el régimen previsto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

El citado precepto establece que procederá el consentimiento por representación, *“Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”*; por tanto, cabría plantear, a sensu contrario, la aplicación de la doctrina del menor maduro (aquel que sí tiene capacidad intelectual y emocional).

- **Discrepancia entre la menor y los llamados a prestar el consentimiento por representación:**
 - a) Los conflictos se resolverán por la autoridad judicial.
 - b) El procedimiento tendrá carácter urgente en atención a lo dispuesto en el artículo 19.6 de la ley orgánica.

5.- IVE y Garantías:

- **Proximidad geográfica:**

“Las administraciones sanitarias que no puedan ofrecer dicho procedimiento en su ámbito geográfico remitirán a las usuarias al centro o servicio autorizado para este procedimiento, en las mejores condiciones de proximidad de su domicilio, garantizando la accesibilidad y calidad de la intervención y la seguridad de las usuarias.”

- **Protección jurisdiccional:**

La usuaria del Sistema Nacional de Salud podrá recurrir en vía jurisdiccional, mediante el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el caso de que el Comité clínico no confirmase el diagnóstico a que alude la letra c) del artículo 15 y la usuaria considerase que concurren los motivos expresados en el referido apartado.

- **Garantías compensación de gastos:**

Se añade, que además de cubrir los gastos de la intervención:

“En este supuesto, las autoridades competentes de las comunidades autónomas o del Estado asumirán también los gastos devengados por la mujer, hasta el límite que éstas determinen”.

6.- Objeción de conciencia:

- **Objeción de conciencia.**

- a) Nuevo art. 19 bis.

b) Solo profesionales sanitarios **directamente implicados** en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo (sanidad pública y privada)

c) No es posible la objeción de conciencia por personas jurídicas. Es una **decisión individual**.

d) Con **antelación y por escrito**.

e) Se puede **revocar** la decisión.

f) Se deben organizar los servicios públicos para que se garantice el personal sanitario necesario para el acceso efectivo y oportuno a la interrupción voluntaria del embarazo.

➤ **Registro de objetores de conciencia.**

a) Creación en cada comunidad autónoma y en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA).

b) Los datos de las personas objetoras:

Aquellos que resulten estrictamente necesarios para identificar al personal sanitario, no debiendo incluirse, en ningún caso, el motivo de la objeción.

c) Finalidad:

La correcta programación de las intervenciones de interrupción voluntaria del embarazo.

d) Responsables del tratamiento:

Las Consejerías competentes en materia de sanidad de las comunidades autónomas y el Instituto Nacional de Gestión.

e) Destinatarias de los datos:

i) Las personas titulares de las Direcciones o Gerencias de los centros sanitarios acreditados para la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, y

ii) Quienes sean responsables de planificar los recursos humanos en cada Comunidad Autónoma

f) Plazo de conservación de los datos:

El tiempo necesario para el cumplimiento del fin para el cual fueron recogidos.

g) Integrantes del Comité Clínico:

Ninguno de los miembros del Comité podrá formar parte del Registro de objetores de la interrupción voluntaria del embarazo ni haber formado parte en los últimos tres años.

h) Garantías protección de datos:

i) Medidas proactivas: protección de datos desde el diseño, el correspondiente análisis de riesgos, y evaluación de impactos

ii) Deber de confidencialidad y de secreto

iii) Derechos del titular de los datos a información previa, y ejercicio de los derechos previstos en la Ley (acceso, rectificación...) con la excepción del derecho de oposición.

iiii) Trazabilidad en los accesos al registro.

Castilla La-Mancha. Creación por Orden de 21/06/2010, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo, modificada por Orden de 14/10/2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social.

7.- Dispensación gratuita y acceso a métodos anticonceptivos.

Se garantizará:

- Financiación con cargo a fondos públicos de los anticonceptivos hormonales, incluidos los métodos reversibles de larga duración, sin aportación por parte de la usuaria, cuando se dispensen en los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud.
- Dispensación gratuita de la anticoncepción de urgencia en los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud y en los servicios de atención especializada, atendiendo a la organización asistencial de los servicios de salud de las comunidades autónomas y entidades gestoras del Sistema Nacional de Salud.

8.- Protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito ginecológico y obstétrico.

De entre todas las modificaciones introducidas, destacamos la siguiente:

“Requerir de forma preceptiva el consentimiento libre, previo e informado de las mujeres en todos los tratamientos invasivos durante la atención del parto, respetando la autonomía de la mujer y su capacidad para tomar decisiones informadas sobre su salud reproductiva, en los términos establecidos en el artículo 8 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.”

La autonomía decisoria de la mujer en relación con el momento del parto objeto de valoración por los órganos judiciales en diversas ocasiones. Así cabría citar la STSJ de CLM de 23 de marzo de 2015, nº 88, que declaró que el uso de fórceps es una decisión técnica del facultativo.

Más información: poderjudicial.es

Otras novedades:

b) Disminuir el intervencionismo, evitando prácticas innecesarias e inadecuadas que no estén avaladas por la evidencia científica y reforzar las prácticas relativas al parto respetado y al consentimiento informado de la paciente incluyendo a tal fin todas las medidas necesarias para incrementar el número de personal especializado.

c) Proporcionar un trato respetuoso, y una información clara y suficiente, lo que incluye el respeto a la decisión sobre la forma de alimentación elegida por las madres para sus recién nacidos.

d) Garantizar la no separación innecesaria de los recién nacidos de sus madres, y otras personas con vínculo directo con estas”.

9.- Violencia en el ámbito de la salud sexual y reproductiva:

- Aborto forzoso y la esterilización y anticoncepción forzosas.

Evitar las actuaciones que permitan los casos de aborto forzoso, anticoncepción y esterilización forzosas, con especial atención a las mujeres con discapacidad.

- Gestación por subrogación o sustitución.

Información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del contrato

- Prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución.

Se instará la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese

10.- Nuevas situaciones de IT para las mujeres en la reforma de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva.

a) Incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria.

- Consideración de IT por contingencias comunes.
- Menstruación incapacitante secundaria (patología previamente diagnosticada).

Situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada.

- A cargo de la Seguridad Social desde el día de la baja en el trabajo.
- No se exige periodo mínimo de cotización.
- Los procesos por bajas médicas por menstruación incapacitante secundaria: cada proceso se considerará nuevo, sin que resulte aplicable a efectos de recaídas.

b) Incapacidad temporal por interrupción, voluntaria o involuntaria, del embarazo.

- Consideración de IT por contingencias comunes.
- Mientras reciba asistencia sanitaria del Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo.
- Cuando la interrupción sea consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, tendrá la consideración de incapacidad temporal por contingencias profesionales.
- El pago del subsidio será a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente a la baja en el trabajo.
- Estará a cargo del empresario el salario íntegro del día correspondiente a la baja.
- No se exige periodo mínimo de cotización.

c) Incapacidad temporal por gestación avanzada desde la semana 39.^a.

- Consideración de IT por contingencias comunes.
- Desde el día primero de la semana 39.^a de gestación hasta la fecha de parto.
- El pago del subsidio será a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente a la baja en el trabajo
- A cargo del empresario el salario íntegro del día correspondiente a la baja.
- Si la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación.
- Período mínimo de cotización: el previsto para el subsidio por nacimiento y cuidado de menor para las personas mayores de 21 años (art. 178.1 de la LGSS)

4.- DOCUMENTOS DE INTERÉS.

Vicente Lomas Hernández
Doctor en Derecho.
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica.

I.- RECURSOS HUMANOS

- Revisión de los importes correspondientes a los módulos de atención continuada.

STSJ Galicia de 08 de febrero, nº 83/2023, rec. 381/2022.

La controversia se origina ante el hecho de que, así como la remuneración correspondiente al concepto de guardias fue objeto de actualización mediante Resolución de 27 de mayo de 2005 por la que se ordena la publicación del acuerdo suscrito entre la Secretaría Xeral de la Consellería de Sanidade y la Dirección Xeral de RRHH del SERGAS que, entre otras cuestiones, revisó las cuantías de las guardias para el personal estatutario, sin embargo no ocurrió lo mismo con la remuneración de los módulos de atención continuada, que no ha sufrido incremento alguno respecto a lo inicialmente previsto.

A tenor de los pactos vigentes en la CA de Galicia, la Sala considera que la exención de guardias constituye un derecho reconocido a favor de los facultativos mayores de 55 años. A continuación, toma en consideración la actividad realizada por quienes participan en dichos módulos:

“... quienes participan en dichos módulos, están realizando una actividad asistencial, atendiendo a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada, y desarrollando una jornada complementaria, aunque lo es en la forma que establecen las Instrucciones, y según la programación funcional que corresponda.”

Para concluir diciendo que los importes de dichos módulos deben ser objeto de actualización conforme a los fijados para las guardias:

“En consecuencia, si, por una parte, la Administración reconoce a favor de los facultativos mayores de 55 años la posibilidad de participar en los módulos de atención continuada y esta prestación se hace efectiva, favoreciéndose la Administración de quienes prestan una actividad asistencial ordinaria porque existen necesidades asistenciales que así lo justifica, y si, por otra parte, la normativa utiliza como criterio para determinar la retribución correspondiente, las horas de guardia a través del complemento de atención continuada, la Administración deberá de respetar esta regla de equivalencia, que comprende la actualización que corresponda en cada momento en función de la que experimente el módulo de 12 h. de guardia de presencia física.”

Más información: poderjudicial.es

- Médico interno designado concejal: la Administración no tiene la obligación de reservar el puesto.

STS n 25/2023 de 12 de enero, nº. Rec. 4839/2021.

1. Cuestión de interés casacional:

la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia estriba en determinar si el derecho de los funcionarios electos como miembros de las corporaciones locales, sin dedicación exclusiva en dicha condición, a la permanencia en el mismo puesto de trabajo en el centro o centros de trabajo públicos o privados en los que estuvieran prestando servicios en el momento de la elección, es extensible a quienes están unidos por vínculo estatutario temporal con nombramiento interino, o, por el contrario, se reconoce únicamente a quienes mantienen vínculo estatutario fijo o son funcionarios de carrera.

2. Lo que dice la LBR:

El artículo 74.3 de la LBR dispone que " 3. Los miembros de las Corporaciones locales que no tengan dedicación exclusiva en dicha condición tendrán garantizada, durante el período de su mandato, la permanencia en el centro o centros de trabajo públicos o privados en el que estuvieran prestando servicios en el momento de la elección, sin que puedan ser trasladados u obligados a concursar a otras plazas vacantes en distintos lugares."

3. Criterio de la Sala: Inaplicación del citado precepto legal al personal interino.

“Tratándose de interinos no cabe oponer tal garantía si la Administración actúa como el ordenamiento prevé y le ordena que actúe, esto es, que ponga fin a una situación excepcional de interinidad ofertando la plaza vacante para su cobertura por funcionarios de carrera o personal estatutario fijo: esa es la normalidad o regularidad jurídica y lo anómalo sería prolongar indefinidamente la interinidad pese a que desaparezca el presupuesto objetivo que lo justifica.”

De no entenderlo así, ello supondría crear una situación de fraude:

“obviar la jurisprudencia que considera abusivo mantener situaciones de larga temporalidad existiendo una vacante real e implicaría erigir el artículo 74.3 de la LBR en impedimento para la recta ordenación del empleo público: bastaría que el concejal que es funcionario interino o personal estatutario interino sea reelegido en sucesivas convocatorias para que se perpetúe esa situación de temporalidad”.

Más información: poderjudicial.es

- El personal estatutario temporal no puede desempeñar jefaturas de libre designación.

STS nº 212/2023, de 21 de febrero.

Recurso de casación contra la STSJ de Castilla-La Mancha, que anula el acto dictado en instancia y revoca el nombramiento realizado para una Jefatura de Grupo no sanitario, que había recaído en personal estatutario temporal.

La Sala desestima el recurso y hace suyos los argumentos de la STSJ de Castilla-La Mancha recurrida:

“...la libre designación es una forma de provisión de destinos entre los empleados públicos que son funcionarios de carrera -en este caso, personal estatutario fijo-, lo que no es el caso de quienes no lo son”.

Como complemento a esta STS véase **“COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2 ALBACETE .SENTENCIA: 10065/2021 .PUESTOS DE LIBRE DESIGNACION Y PERSONAL NO FIJO Y LA SENTENCIA DEL T.S.J.DE ANDALUCIA, SEVILLA CON/AD.SEC1. SENTENCIA: 516/2019 DE 10 DE ABRIL.”** (Boletín de Derecho Sanitario y Bioética, nº 189. Abril 2021):

https://sanidad.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/pdf/20210514/189_abril.pdf

En el mismo sentido que la STS ya se habían pronunciado los distintos Tribunales Superiores de Justicia, entre otras la STSJ de Andalucía, nº 516/2019 de 10 abril, o la STSJ de Madrid, de 16 de diciembre de 2013, nº 1325/2013, ambas publicadas en el Boletín de Derecho Sanitario y Bioética.

Más información: poderjudicial.es

- Orden jurisdiccional competente. Complemento de Atención Continuada y situación de riesgo durante el embarazo.

STS 9 de febrero, nº 157/2023, rec. 1047/2021.

La STS se pronuncia sobre el derecho al percibo del complemento de AC por profesional sanitaria durante la situación de riesgo durante el embarazo.

Téngase en cuenta:

- a) La STS de 14 de julio de 2022 ya reconoció el derecho al abono del complemento de atención continuada correspondiente a las guardias no realizadas durante los periodos de incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo.
- b) La STS 997/2022 de 14 julio, sobre derecho al Complemento de Atención Continuada en casos de adaptación del puesto de trabajo derivado de riesgo por el embarazo.

En el presente caso, la sentencia de instancia concluyó que “durante las situaciones de riesgo para el embarazo, maternidad y lactancia, las funcionarias tienen derecho a percibir un promedio de las guardias, nocturnidad y festivos realizadas durante los tres últimos meses trabajados”. Disponible en la página 45 del Boletín de Derecho Sanitario y Bioética del SESCAM del mes de diciembre de 2021:

https://sanidad.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/pdf/20220117/196_diciembre.pdf

Dos son las cuestiones de interés casacional:

- **Competencia del orden jurisdiccional.-**

Si debe conocer la jurisdicción del orden contencioso administrativo de las reclamaciones que formulen los empleados públicos integrados en el régimen general de la Seguridad Social para solicitar un determinado importe o cuantía de la mejora voluntaria que prevea una Administración pública o si, por el contrario, esta competencia corresponde al orden social.

- **Derecho al percibo del complemento de AC.**

Determinar la procedencia del abono del complemento de atención continuada correspondiente a las guardias no realizadas durante los periodos de incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo

-RESPUESTA DE LA SALA-

➤ Sobre la determinación del orden jurisdiccional competente:

La Sala de lo Contencioso, en cambio, no se pronuncia al respecto por considerar que el recurso de casación no se puede fundar en la infracción de normas de Derecho autonómico.

➤ Sobre la segunda cuestión de interés casacional.

Se somete a estudio desde la doble perspectiva de la legislación comunitaria, y el derecho nacional:

1. Desde la perspectiva del derecho comunitario:

La Administración considera que “[...] no hay una disposición que diga que una mujer embarazada ha de percibir el complemento de atención continuada en todo caso [...]”, e invoca la previsión de la DA 7ª de la Ley del Empleo Público, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, lo que en definitiva defiende es que supone igualar el tratamiento de la situación derivada de la adaptación del puesto de trabajo por riesgo por situación de embarazo con la de incapacidad temporal. Argumenta que la sentencia recurrida ha dejado de aplicar, indebidamente, dicha disposición autonómica, que no considera desvirtuada por la LOI, ni tampoco contraria al Derecho de la Unión Europea que pudiera resultar aplicable.”

Respuesta de la Sala:

Toma como referencia a estos efectos la STJUE de 1 julio 2010 (asunto Parviainen, C-471/08) para manifestar que, si bien la legislación comunitaria no garantiza que la mujer trabajadora deba percibir la totalidad de sus retribuciones, esa protección puede ser mejorada por los Estados:

“la Directiva 92/85 no garantiza a la trabajadora afectada por una adaptación del puesto de trabajo por situación de riesgo de embarazo la percepción, durante esta situación temporal, de complementos vinculados a funciones específicas realizadas antes de esa adaptación y que no continúa realizando como consecuencia de la misma. No obstante, hay que precisar que, como destaca el propio TJUE en la citada sentencia, si bien de la referida Directiva no se desprende la obligación de los Estados miembros de mantener, durante ese destino provisional, los complementos que dependen del ejercicio de “[...] funciones específicas en condiciones singulares y que tienden en esencia a compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio” (párrafo 61), lo cierto es que dicho precepto prevé una protección mínima que puede ser mejorada por los Estados miembros o, en su caso, por los interlocutores sociales. Así pues, hemos de examinar la cuestión desde el ámbito de la normativa nacional española”.

2. Desde la perspectiva de la legislación nacional.

Procede a continuación completar el estudio de la cuestión con la legislación nacional:

a) Estatuto Marco.

Sobre la naturaleza del Complemento de Atención Continuada y la jornada complementaria:

“son tiempos de trabajo obligatorios para el personal, que no tienen la consideración de horas extraordinarias, y que, en el caso de autos, no se cuestiona que su realización era obligatoria para la profesional recurrente. El complemento de atención continuada constituye, en consecuencia, una retribución ordinaria y estable en su devengo, lo que no es incompatible con su naturaleza de retribución complementaria y variable en su cuantía según el número de horas realizadas en cada periodo de devengo mensual. De ahí que su exclusión durante el periodo de adaptación del puesto de trabajo por situación de riesgo derivado del embarazo menoscabe un componente ordinario y establece de la retribución, y lo hace por una razón última, el embarazo, que tan sólo puede vincularse al sexo femenino.

b) Artículo 4 de la LOI y la doctrina del Tribunal Constitucional:

“La igualdad de trato entre sexos exige que las modificaciones del puesto de trabajo adoptadas transitoriamente y durante el limitado periodo del embarazo, cuando puedan repercutir en la prestación de jornada complementaria, no conlleven una disminución de las retribuciones estables de la trabajadora afectada, pues, en otro caso, se consolidaría una práctica aparentemente neutra que, sin embargo, ocasiona un perjuicio exclusivamente vinculado con la situación de embarazo y, por tanto, con las mujeres, lo que constituiría una práctica de discriminación indirecta por razón de sexo (art. 6.2 LOI)”.

DOCTRINA

“Durante los periodos de adecuación del puesto de trabajo de personal estatutario de los servicios de salud por situación de riesgo derivado del estado de embarazo de la trabajadora que, conlleven la medida de no realización de jornada complementaria por atención continuada, se mantiene, no obstante, el derecho de la trabajadora a la percepción de complemento de atención continuada, que deberá ser proporcional al que venía percibiendo antes de la adaptación del puesto de trabajo y mantenerse durante todo el periodo que se prolongue esta medida de adaptación por riesgo derivado de la situación de embarazo.”

Más información: poderjudicial.es

II.- PROFESIONES SANITARIAS.

- No resulta aplicable la DA 4º del RD 459/2010 para justificar el cese de médico no especialista.

STSJ de Castilla-La Mancha 162/2022, de 19 de mayo, nº de rec 161/2020.

La DA 4ª del RD 459/2010, establece:

“Para quienes hayan obtenido el reconocimiento de efectos profesionales del título extranjero de especialista, al amparo de lo previsto en este real decreto, en la fase de concurso de las pruebas selectivas para el acceso a plazas de facultativo especialista, por el concepto de antigüedad, solo se valorarán los servicios prestados como especialista desde la fecha de obtención de dicho reconocimiento mediante la resolución a la que se refiere el artículo 14.2”

La Administración no reconoció los días trabajados con anterioridad a la homologación del título de especialista en cirugía pediátrica, permaneciendo adscrito al servicio de urgencias. Según recoge la STSJ:

“La Disposición no fue correctamente aplicada por la Administración demandada, pues su presupuesto de hecho es el del acceso a plazas de especialista, mientras que en este procedimiento se ventila la valoración de la antigüedad a efectos de cese; mientras que en el primer caso, el de la D.A.4ª del RD 459/2010, está en juego el art. 23.2 de la Constitución y los requisitos para el acceso a cargos y funciones públicas, en nuestro caso estamos hablando de los requisitos, no para el acceso, sino para la continuidad...”

Asimismo, la Sala trae a colación su sentencia de 21/11/2016 (comentada en el Boletín de Derecho Sanitario y Bioética) que equipara a efectos de cese del personal médico sin título de especialista, al personal médico interino.

Más información: poderjudicial.es

- Efectos jurídicos de la credencial acreditativa de homologación del título de médico especialista.

STSJ de Castilla-La Mancha nº 00032/2022, de 21 de febrero. Recurso nº 451/2019.

La credencial acreditativa de la homologación al título español de Médico especialista en Anestesiología y Reanimación, implica haber superado el proceso de homologación de títulos extranjeros de médicos especialistas, al haber justificado y presentado, en su momento, certificación oficial del programa formativo en el que consta la capacidad docente y la competencia legal para formar especialistas, y certificación oficial de actividades teóricas y prácticas efectuadas durante la realización del programa formativo.

Y añade:

“Los efectos de la credencial acreditativa de la homologación obtenida al amparo de lo establecido en la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1991 tienen los mismos efectos jurídicos que los títulos reconocidos al amparo del RD 459/2010, de 16 de abril”.

Por tanto, y a la vista del criterio fijado por la STS nº 1399/2019, de 21 de octubre, rec. 1424/2017, concluye que:

“ La verificación final positiva obtenida en el procedimiento que regula el Real Decreto 459/2010, de 16 de abril, seguida de una resolución y credencial del mismo signo, referida a un título extranjero que habilite para el ejercicio de alguna de las especialidades que se relacionan en el anexo I del Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, acredita una equivalencia total entre las competencias y formación adquiridas por el solicitante y las que corresponden al título español de especialista de que se trate, relacionado en dicho anexo I.”

Más información: poderjudicial.es

III.- PROTECCIÓN A LA DISCAPACIDAD.

- Análisis sobre la situación de los derechos de las personas con discapacidad e identificación de retos de futuro.

Esta publicación del Real patronato sobre Discapacidad busca conocer el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la vida de las personas con discapacidad y sus familias en España. Con este fin, profundiza en aspectos como la ciudadanía activa y los derechos humanos, la inclusión y participación social, la autonomía personal y la vida independiente, la igualdad y la diversidad y la accesibilidad universal, teniendo siempre especialmente en cuenta la perspectiva de género, la ruralidad o a las personas con grandes necesidades de apoyo.

Más información: rpdicapadicad.gob.es

- Preguntas y respuestas sobre la nueva ley de apoyos a las personas con discapacidad (ley 8/2021).

Documento, dirigido al ciudadano, tiene el objetivo de aclarar las numerosas dudas que se están planteando tras la aprobación de la nueva Ley 8/2021, que ha revolucionado el tratamiento de la discapacidad en España. Se tratan las principales novedades y se intenta responder a las preguntas más frecuentes sobre dos cuestiones fundamentales: a) El nuevo sistema de apoyos que establece la ley. b) La revisión de las sentencias dictadas con anterioridad a la misma.

Más información: fical.es

IV.- DERECHO PROCESAL

- Competencia del orden social: Reclamación mejora voluntaria formulada a título individual por un funcionario integrado en el Régimen General de la Seguridad Social.

STS nº107/2023, de 7 de febrero.

Facultativo especialista de medicina de familia de atención primaria, permaneció en situación de incapacidad temporal del 29 de junio al 2 de julio de 2015, con ingreso en el servicio de urgencias.

El 8 de julio de 2015 presentó una solicitud para que se le reconociese el derecho a percibir un complemento salarial que sumado a las prestaciones económicas de la Seguridad Social le permitiesen alcanzar el 100% de su retribución durante el periodo de incapacidad temporal.

En la instancia se había declarado competente el orden social por aplicación del art. 2 q) LRJS, pero en suplicación se apreció incompetencia de la jurisdicción social en favor de la contencioso administrativa con el argumento de que el acuerdo no era fruto de la negociación colectiva, ni se había publicado o registrado como convenio colectivo.

La Sala discrepa debido a:

- El art. 2, letra c) de la derogada LPL establecía la competencia del orden social de la jurisdicción en materia de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, “*siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o convenio colectivo*”, y con ello se estaba refiriendo a las mejoras que traen causa de una relación de trabajo, para diferenciarlas de aquellos otros supuestos en los que pudieren tener su origen en el ejercicio del poder público por las Administraciones.

La redacción actual:

q) En la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo; así como de los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones, especialmente en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario

- Inaplicación de la STS 5/6/2013, rec.76/2012:

Se concluyó que corresponde al orden contencioso-administrativo la impugnación del contenido de un acuerdo colectivo que regula una mejora voluntaria de seguridad social para el personal estatutario de la sanidad pública.

Sin embargo, esta sentencia de 2013 no resuelve un pleito individual entre un concreto trabajador y su administración pública empleadora, sino un conflicto colectivo en el que se solicita una determinada interpretación del contenido de aquel acuerdo.

Por el contrario, en el presente supuesto no estamos en un proceso colectivo en el que se discuta la eficacia o el alcance del acuerdo, sino ante una reclamación individual efectuada por un funcionario que está integrado en el régimen general de la seguridad social y solicita el derecho a una determinada mejora, cuyo conocimiento corresponde a la misma jurisdicción social a la que está anudada la prestación de ese régimen de seguridad social que con ella se complementa.

DOCTRINA

“El orden social de la jurisdicción es el competente para conocer de la reclamación de una mejora de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social prevista en un acuerdo firmado por una Administración Pública que afecta al personal laboral y funcionario, y que ha sido formulada a título individual por un funcionario integrado en el Régimen General de la Seguridad Social”

Más información: poderjudicial.es

V.- RESPONSABILIDAD SANITARIA

- Responsabilidad por error de diagnóstico.

STSJ de Madrid, nº 3 / 2022, de 13 de enero.

Paciente menor de edad que, durante los diez primeros años de su vida, no fue diagnosticado de la diabetes insípida que padecía, lo cual le ha generado enfermedades, complicaciones, intervenciones, mala calidad de vida del menor y sus familiares hasta mayo de 2015, lo que ha conllevado un sufrimiento físico y psíquico del menor, sus padres y hermano, quedando con irreversibles secuelas habiendo sido tratado de una patología desacertada, la potomanía, habiendo sido sometido el paciente a tratamientos de logopedia, psicología, aprendizajes de alimentación, teniendo que portar pañales durante nueve años, a la vez que debía ingerir solo alimentación triturada,

Las secuelas físicas y los daños morales, padecidos por el error diagnóstico, quedan fijados en cuatrocientos mil euros (400.000). El menor, y su familia, han padecido durante nueve años, las consecuencias de un error de diagnóstico, lo que le ha ocasionado evidentes perjuicios de naturaleza moral y el sometimiento a tres operaciones quirúrgicas, que estaban causalmente relacionadas con la omisión del tratamiento adecuado de la diabetes insípida que vino padeciendo.

[Más información: poderjudicial.es](http://poderjudicial.es)

- Condena por no haber facilitado la información verbal con antelación suficiente en una intervención para la implantación de un marcapasos.

SJC-A nº 1 de Toledo nº 00099/2022, de 2 de mayo.

En el presente caso el documento de consentimiento informado es de la misma fecha en la que se realizó la intervención:

“hemos de asumir que no nos consta cumplida correctamente la obligación de información porque no se cumple con el requisito de información suficiente y amplia si la decisión se adoptó sin que nos consten la totalidad de los elementos necesarios para ello. Si se acepta la intervención cuando la misma ya está en marcha no hay antelación suficiente. No nos consta el contenido de la información verbal”

En definitiva:

“Se exige un nivel determinado de información, con una antelación suficiente y que conste por escrito. Nos consta el escrito, pero no cumple otro requisito de derecho interno que es la aportación previa con antelación suficiente”.

- Error administrativo que impide la comunicación del resultado de una citología: responsabilidad por aplicación de protocolo defectuoso.

STSJ Galicia 80/2023, 1 de Febrero de 2023

No se comunicó a la paciente el resultado de la prueba hasta 22 meses después, sin que tampoco se le hubiera indicado a la misma que era ella la que tenía que pedir cita para conocer ese resultado.

La Sentencia llama la atención sobre el error administrativo y la obligación de la Administración (no del paciente) de comunicar el resultado patológico:

“En cualquier caso, es lógico que se valore esa circunstancia de haber tenido distintas citas con posterioridad incluso en el mismo centro de salud, para llamar la atención sobre ese error administrativo o dejadez consistente en la falta de comunicación de un resultado patológico, que requería en todo caso una actuación por la administración sanitaria, atendidos los fines de la misma y su compromiso con la salvaguarda de la salud. Y debiendo añadirse que es finalmente la médico de cabecera, y no la matrona, la que se da cuenta de ese resultado anómalo de la citología, y que el mismo no se había comunicado a la paciente, ni por tanto tampoco se había puesto en marcha el protocolo correspondiente, con la realización de colposcopia, biopsia y conización cervical en su caso.”

Más información: poderjudicial.es

VI.- MEDICAMENTOS Y FARMACIA

- Productos sanitarios.

STJUE (Sala Séptima), de 19 enero 2023. C-495/2021.

Cuando el modo de acción principal de un producto no se ha comprobado científicamente, dicho producto no puede responder a la definición del concepto de «producto sanitario», en el sentido de la Directiva 93/42, en su versión modificada por la Directiva 2007/47, ni a la de «medicamento por su función», en el sentido de la Directiva 2001/83, en su versión modificada por la Directiva 2004/27. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar, caso por caso, si se cumplen los requisitos relativos a la definición del concepto de «medicamento por su presentación» en el sentido de la Directiva 2001/83, en su versión modificada por la Directiva 2004/27.

Más información: curia.europa.eu

VII.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- **Modificación de plantilla orgánica: procedimiento de oficio. Inaplicación de la figura del silencio administrativo.**

STSJ de Castilla-La Mancha nº 00270/2022 de 3 noviembre. Rec. nº 106/21.

Se solicita que se dicte sentencia por la que estimando el presente recurso contencioso administrativo se condene a la Administración demandada a proceder, sin demora, a modificar las plantillas orgánicas de las diferentes gerencias del SESCOAM de tal forma que quede establecido el Concurso como procedimiento normal de provisión de puestos y cargos contemplados en las mismas, acudiendo al sistema de libre designación de forma excepcional y con la debida justificación, para los supuestos de especial responsabilidad y confianza que así lo requieran; con todos los efectos que sean inherentes; y con expresa condena en costas a la Administración demandada.

La pretensión no prospera porque no resulta adecuada la vía instada de ejecución de acto firme del DG de RRHH; no cabe invocar en este caso el silencio administrativo positivo en un procedimiento (modificación de plantillas orgánicas), que se inicia de oficio:

“En efecto, lo que no se puede obviar, como pretende la parte apelante, es que el supuesto legal del segundo inciso del art. 43 1 LRJ PAC (la excepción del efecto positivo) se predica de los casos del apartado anterior, que claramente se abre indicando en su encabezamiento como viene referido a “ los procedimientos iniciados a solicitud del interesado...” lo que excluye ese efecto en los casos de peticiones en el marco de procedimientos de oficio a los que se refiere el art.44 de la Ley 30/1992.”

Y en relación con la distinción anterior entre procedimiento iniciado de oficio, y procedimiento iniciado a solicitud del interesado, añade que no se puede confundir la presentación de una solicitud (en este caso dirigida a la modificación de la plantilla orgánica del SESCOAM) con un procedimiento iniciado a instancia de parte:

“nuestra jurisprudencia insiste en que una petición de un interesado no comporta un procedimiento iniciado a solicitud del interesado en los términos del art. 43.1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Y si partimos de la naturaleza jurídica propia de las plantillas orgánicas, tal y como se describe en el art. 2 de la Orden, no hace posible que nos encontremos ante actos aislados - como sostiene la parte apelante-, al ser su modificación, como su aprobación inicial, una actividad administrativa competencia de las Gerencias del Sescam adoptada en atención a las necesidades de planificación y tras las directrices fijadas previamente por el Consejo de Gobierno, dentro de los límites presupuestarios para el periodo correspondiente, entrando en juego la potestad de autoorganización.”

Más información: poderjudicial.es

VIII.- PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

- Sanción disciplinaria por acceso ilegítimo a la historia clínica.

STSJ Asturias 42/2023, 24 de Enero de 2023

Quedó acreditado que hubo accesos injustificados como ponen de manifiesto los informes de trazabilidad aportados y que, además, la sancionada no guardó el debido sigilo toda vez que esos accesos injustificados llegaron a conocimiento de la propia denunciante, por lo que existe prueba suficiente de la divulgación de la información contenida en las historias clínicas a las que se accedió.

A partir de estas consideraciones, cabe colegir que se ha producido un acceso “indebido o ilegítimo”, pues los pacientes afectados no estaban siendo tratados en esos momentos en el centro sanitario:

“partiendo del hecho incontrovertido de los accesos de la interesada a las historias clínicas de determinados pacientes, que había denunciado esta intromisión en sus datos personales, entradas reflejadas en las hojas aportadas con referencia a las fechas y horas cuando estaba de servicio, y que estos hechos no estaban justificados en razones asistenciales o de otra índole sanitaria al no estar ingresados ni atendidos en el centro hospitalario los citados pacientes en aquellos momentos, merecen el calificativo de indebidos e ilegítimos, integrando el elemento objetivo de la infracción al vulnerar los deberes de información y documentación clínica del personal sanitario en orden a la reserva de estos datos y la salvaguarda de la intimidad de los pacientes. También concurre el elemento subjetivo al contener la aplicación información sobre las consecuencias del uso inadecuado de estos accesos, que por los demás no han sido justificados.”

Más información: poderjudicial.es

- **Condena penal a enfermera: 18 accesos no consentidos a la historia clínica de una compañera.**

STSJ de Castilla y León nº 9/2023, de 23 de enero.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ha confirmado la condena de dos años y nueve meses de cárcel a una enfermera por un delito de descubrimiento y revelación de secretos. Prevaliéndose de su condición de funcionaria pública, accedió a datos íntimos de la víctima como lo son los referidos a la salud, es decir a su historia clínica, y por ello a datos incluidos en el núcleo duro de la privacidad, siendo por ello especialmente protegidos, lo que hizo sin estar autorizada, y sin motivo asistencial alguno y causándola el perjuicio de la posible trascendencia de esos datos.

La acusada admitió que desde su ordenador y valiéndose de sus credenciales - usuario y contraseña- se accedió al historial clínico de la denunciante, y los indicios que se desprenden de las pruebas directas practicadas es lo que lleva a la conclusión de que no existe otra tesis más razonable que la autoría por parte de la acusada del delito de descubrimiento y revelación de secretos imputado del artículo 197.2 in fine del código penal , cometido por funcionario público, de manera que se integra la tipicidad del artículo 198 del mismo texto legal.

Frente a los alegatos exculpatorios de la condenada, que la Sala califica de “*meras excusas proporcionadas por la acusada, que no pretenden sino desviar la atención del hecho que desde su ordenador se accedió en 18 ocasiones al historial*”, la Sala manifiesta:

a) Reconoció haber excedido en la historia clínica de Daniela en una ocasión en el mes de septiembre de 2015, con el pretexto de averiguar su teléfono y poderle mandar las cosas que llegaban a la sección a su nombre estando de baja laboral, pero ello es un mero alegato exculpatorio que en su caso no justificaría el acceso a su historia clínica;

b) Que aunque la clave de acceso era personal e intransferible, de facto la dejaba junto al ordenador, siendo posible que durante sus ausencias alguien accediera con su clave al programa, si bien reconoció no haber sorprendido nunca a nadie, nuevo alegato exculpatorio, que en todo caso supondría un incumplimiento de su obligación de confidencialidad y de no ceder sus claves por ser personales, y de la diligencia debida en la custodia de sus claves;

c) Inexplicable que resulta que solo haya un ordenador en toda la sección que tuviera instalado el programa MEDORA, que es el que da acceso a las historias clínicas de los pacientes, y al contrario, lo que parece indicar esta exclusividad en la instalación, es la excepcionalidad del acceso que solo podía ser realizado por una persona, y en cualquier caso prevalece la obligación de confidencialidad, y la necesidad de los accesos deban estar justificados por un objetivo de naturaleza asistencial clínica, necesidad que no existía en relación con la víctima;

d) La falta de seguridad de los sistemas de acceso, nuevo alegato exculpatorio, que en la medida de no ser probado se convierte en una hipótesis muy remota sobre el hecho de que alguien haya podido acceder por la poca seguridad. Al hecho objetivo de los 18 accesos que se produjeron desde el ordenador de la acusada, hay que unir el indicio consistente en la existencia de claves personales e intransferibles, y que las 18 entradas tuvieron lugar durante la jornada laboral, y la falta de razón asistencial.

Más información: poderjudicial.es

- **Neurodatos: privacidad y protección de datos personales (II).**

Las interfaces cerebro-computador permiten recoger la actividad generada por el cerebro. Esta actividad depende de factores internos y externos al individuo, que actúan sobre una determinada base genética. Estas tecnologías permiten la colección de neurodatos que, asociados a personas identificadas o identificables, son datos personales. Estas tecnologías podrían permitir el perfilado, la inferencia de nuevos datos personales, la modificación del comportamiento y podrían ser en sí mismos mecanismos de identificación y autenticación biométrica.

Más información: aepd.es

IX.- PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

- Adaptación de puesto de trabajo: no procede denegar la medida de exención de guardias por falta de personal suficiente para atender su realización.

STSJ de Castilla y León nº. 10/2023 de 9 enero.

El recurrente, especialista en Hematología y Hemoterapia, en situación de incapacidad temporal por síndrome post-covid, ha solicitado la adaptación de su puesto de trabajo mediante la exención de la realización de guardias de presencia física; esta solicitud ha sido desestimada por la resoluciones administrativas impugnadas, que son confirmadas por la sentencia de instancia.

En la sentencia de instancia se desestima el recurso, en esencia, por estimar justificada la imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo del actor por no ser posible disponer de personal que realice las guardias.

A este respecto, la Sala advierte que *“La adaptación o no del puesto de trabajo debe referirse a las condiciones del puesto de trabajo mismo, pero no a la disponibilidad de recursos humanos para su cobertura pues en caso contrario se está haciendo depender la salud del empleado público de la mejor o peor organización del servicio por parte de la Administración, y con ello no es que el recurrente organice el servicio, sino que lo que hace es oponerse justificadamente al motivo que se le ha esgrimido para no acceder a su solicitud.”*

En definitiva, la falta de personal no significa que el puesto de trabajo no pueda ser adaptado; la normativa anteriormente citada dispone que la adaptación del puesto de trabajo por causa de salud se hará mediante la adopción de las medidas compatibles con el desarrollo de sus funciones, sin necesidad de cambiar de puesto, y una de estas medidas es, sin duda, la exención de guardias en un puesto de trabajo, que no cabe estimar incompatible con las características específicas de la prestación del servicio por el hecho de que sea difícil contratar personal que cubra la guardia.

[Más información: poderjudicial.es](http://poderjudicial.es)

X.- PRESTACIONES SANITARIAS.

- Servicio Extremeño de Salud: Medicamento no financiado por el SNS dispensado a pacientes de otras CCAA. No vulneración de derechos fundamentales.

STSJ Extremadura 47/2023, 2 de Febrero de 2023

Es objeto de impugnación por la Administración sanitaria la sentencia que obliga al SES a suministrar el tratamiento prescrito del medicamento RAXONE (medicamento no financiado por el SNS)

La sentencia, tras exponer diversas circunstancias de la etiología del paciente y tras la transcripción de una argumentada sentencia de un TSJ, concluye que:

- a) El tratamiento estaba prescrito y es necesario para tratar la NOHL
- b) Que 46 personas han sido dispensadas desde 2012 por la sanidad pública y
- c) Que se dan supuestos similares a los de la sentencia expuesta y
- d) Que la no dispensación vulnera el derecho fundamental a la integridad y a la igualdad.

La Sala estima el recurso de la Administración, pues:

- a) No hay afectación del derecho a la vida y a la integridad física:

Como recoge la doctrina constitucional, no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma. Y, en este caso:

“Resulta evidente que la no dispensación de un medicamento, cuyos beneficios no están acreditados de manera fehaciente y que en todo caso como establecen los informes terapéuticos nacionales que obran en las actuaciones, son mínimos y que no implican un beneficio significativo no implican ni un peligro grave, ni un riesgo inminente para la salud y la vida, en todo caso supondría un beneficio potencial mínimo pero que no curaría ni sería esencialmente paliativo de la NOHL. Asimismo, y si es cierto que la Doctora lo prescribe, no se comparte tal decisión por otro organismo técnico y profesional como lo es la Comisión de uso compasivo. En consecuencia, debemos descartar vulneración al Derecho a la integridad.”

Añade de otra parte, que la decisión de la prescriptora no fue confirmada por otro órgano técnico:

“Asimismo, y si es cierto que la Doctora lo prescribe, no se comparte tal decisión por otro organismo técnico y profesional como lo es la Comisión de uso compasivo.”

- b) No se vulnera el derecho de acceso en condiciones de igualdad al medicamento, ya que la dispensación de este medicamento ha tenido lugar en el territorio de otras CCAA.

“...la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad determinó transferencias a las comunidades autónomas en materia de sanidad, por ello debe ser matizadas las actuaciones que se han realizado en cada comunidad sin que conste que en Extremadura se haya dispensado el citado medicamento.”

Y añade:

“En definitiva y retomando la cuestión, el hecho de que, a 46 pacientes de diversas comunidades, ninguno de Extremadura, en un periodo amplio de tiempo se les suministrara el RAXONE que es un medicamento no financiado por el SNS y sin saber a cuantos se les ha denegado o no prescrito y el resto de circunstancias concretas, no puede tildarse de vulneración al derecho de igualdad, máxime cuando la denegación no es arbitraria o irracional, sino que se ajusta a la normativa. Pese a lo que sostiene la recurrida en su oposición al recurso y aunque estamos de acuerdo en las normas sobre carga probatoria, entendemos que la administración ha aportado lo que debe aportar y reiteramos que los términos comparativos que se poseen no pueden ser determinantes para concluir que ha existido vulneración del principio de igualdad. Todo lo anterior desemboca en la estimación de la apelación.

Más información: poderjudicial.es

5.- BIBLIOGRAFÍA Y FORMACIÓN.

I.- Bibliografía

- El Covid-19 y el Derecho de emergencia.

Coordinador/a Viglianisi Ferraro, Angelo.

Más información: marcialpons.es

- La salud mental de las personas trabajadoras. Tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandemia.

Rodríguez Escanciano, Susana.

Más información: casadellibro.com

II.- Formación

- XXVI Congreso Nacional de Informática de la Salud.

Más información: seis.es

- Enfermería y responsabilidad profesional en los servicios de urgencias.

Más información: codem.es

- Sección de Derecho Sanitario: El caso de la talidomida en España. Aspectos jurídicos de interés actual.

El próximo 14 de marzo, a las 16:30h., tendrá lugar la jornada organizada por la Sección de Derecho Sanitario del ICAM para abordar el tema «El caso de la talidomida en España. Aspectos jurídicos de interés actual».

Más información: web.icam.es

-NOTICIAS-

- Fyodor Urnov: “Los primeros fármacos con CRISPR estarán entre los más caros del mundo”.

Fuente: elpais.com

- Condenada la Comunidad de Madrid por la muerte de un paciente por un infarto mal diagnosticado.

Fuente: huffingtonpost.es

- Medicamentos exprés: la inteligencia artificial inicia una nueva era en la industria farmacéutica.

Fuente: abc.es

- “Me hizo sentir muy sucia, como si fuera mi culpa”: cuando una visita al ginecólogo se convierte en un trauma.

Fuente: cadenaser.com

- Jueza reconoce el derecho de una mujer a la prestación por riesgo durante el embarazo desde el inicio de la gestación.

Fuente: economistjurist.es

- “Secreto profesional y confidencialidad”.

Fuente: telemadrid.es

- TC dice que la sanidad asturiana no vulneró derechos de una mujer que fue ingresada contra su voluntad para dar a luz.

Fuente: europapress.es

- Susana, la primera ‘trans’ arrepentida que reclama a la Sanidad pública por haberla operado: “Me arruinaron la vida.”

Fuente: elmundo.es

- Medio centenar de familias denuncia a una enfermera “antivacunas” por pinchar a sus hijos sin inocularles las dosis.

Fuente: elpais.com

- El Constitucional rechaza un segundo recurso de la gestante que fue obligada a dar a luz en un hospital.

Fuente: elpais.com

-BIOETICA Y SANIDAD-

1- CUESTIONES DE INTERES

- **Aplicaciones de la IA en salud en nuestro entorno. Mesa redonda de las Conferencias Josep Egozcue.**

Felip Miralles (director de la Digital Health Unit. EURECAT), Alicia de Manuel (investigadora del OEIAC) y Juliana Ribera (Medical Consultant. Amalfi Analytics) participaron en la mesa redonda moderada por Núria Terribas (directora de la Fundació Víctor Grífols i Lucas) sobre las aplicaciones de la IA en salud en el marco de las jornadas Josep Egozcue.

Fuente: fundaciogrifols.org

- **El tratamiento de afirmación de género en menores con disforia de género y la validez del consentimiento informado. Martha Miranda-Novoa. Cuadernos de Bioética. 2022**

En la práctica médica pediátrica, se presenta el caso de menores de 18 años con disforia de género o con discordancia de género, caracterizadas por una incongruencia entre el sexo biológico y el género sentido. De esta manera, se ofrece la posibilidad médica y jurídica de iniciar un tratamiento de afirmación de género en niños y adolescentes. Aunque el tratamiento indicado para lograr dicho objetivo ha sido avalado por algunas asociaciones científicas, también ha sido objeto de serios cuestionamientos por la posible irreversibilidad de los procedimientos que se realizan en el cuerpo del menor. Por este motivo, si bien la ley le reconoce cierta autonomía al menor para tomar la decisión de iniciar un tratamiento de afirmación de género, la falta de madurez para entender y asumir la información que se le brinda podría llegar a cuestionar la validez del consentimiento informado.

Fuente: aebioetica.org

- **Posicionamiento del Consejo Andaluz de Colegios de Médicos sobre la Ley de Salud Sexual y Reproductiva.**

El Pleno de Presidentes del Consejo Andaluz de Colegios de Médicos ha acordado, por unanimidad, aprobar el posicionamiento propuesto por la Comisión Andaluza de Deontología y Ética Médica sobre el anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo (LO 2/2010, de 3 de marzo).

Fuente: andalucioamedica.es

- Eutanasia, inteligencia artificial y robótica. Ramón D. Valdivia Jiménez. CES Cardenal Spínola - CEU Andalucía.

La Ley Orgánica 3/2021 de 24 de marzo (LORE) que regula la eutanasia ha suscitado una polémica de difícil gestión porque hace uso de la monopolización de la profesión médica para un fin, la eutanasia, que no es estrictamente sanitario, en el sentido de cuidar (care) cuando la persona ya no se puede curar (cure). Esta regulación de la eutanasia está generando un “malestar” entre los profesionales médicos, que pueden ver cómo la IA y la robótica pueden sustituirle con facilidad. En efecto, el momento más complejo para el “médico responsable” será calibrar las condiciones de admisión o rechazo de esta prestación de ayuda a morir (PAM), según las condiciones, imprecisas, que establece la Ley en el llamado “contexto eutanásico”. Preveo que la Inteligencia Artificial puede registrar, ordenar y establecer algoritmos en los que no sólo estén presentes las constantes biométricas, sino también otros datos del paciente registrados en el historial médico para conceder, o no, esta prestación con una objetividad más exacta que la mera perspectiva ideológica, o la exclusiva sensibilidad del médico responsable de incoar el expediente administrativo de la eutanasia. Otra parte del proceso que regula la LORE y que rechaza la profesión médica es la misma ejecución de la Prestación de la Ayuda a Morir (PAM). Así, en lugares donde el suicidio asistido es una realidad más presente que en nuestra sociedad, y donde la tecnología robótica es mucho más avanzada, pronto se podrán encontrar robots que puedan realizar todo el proceso de la aplicación de la eutanasia sin control médico alguno. El presente trabajo supone un acercamiento ético a esta realidad, comprender el encaje normativo que supondría en nuestro ordenamiento jurídico y valora las condiciones éticas que implicaría.

Fuente: [idus.us.es](https://www.idus.us.es)

2-FORMACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA.

I.- Bibliografía

- **Manual práctico de inteligencia artificial en entornos sanitarios.**

Juan José Beunza Nuin & Julo Bonis Sanz & Enrique Puertas Sanz & Borja Rodríguez Vila & Emilia Condés Moreno.

Fuente: elsevier.es