



**SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-
LA MANCHA.**

BOLETÍN DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA.

Nº 217 Noviembre 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^a. Lourdes Juan Lorenzo.
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 COMUNITARIA.

[4](#)

II.-LEGISLACIÓN ESTATAL.

[4](#)

III.- LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

[5](#)

2.-TRIBUNA.

[9](#)

- LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA. DICTÁMENES DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. CONVENCIÓN CONTRA TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER Y PROTOCOLO FACULTATIVO.

Por: Matilde Vera Rodríguez.

Letrada de Administración Sanitaria.

Subdirectora de asuntos jurídicos del Servicio Andaluz de Salud.

- PACIENTES O CONSUMIDORES. VISIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA POR PRODUCTO DEFECTUOSO.

[26](#)

Por: Juan Siso Martín.

Doctor en Derecho Público.

Docente y comunicador en Derecho Sanitario.

3.- SENTENCIA PARA DEBATE.

- STC 148/2023, 6 DE NOVIEMBRE DE 2023: DISCREPANCIA DE LOS PROGENITORES ACERCA DE LA NECESIDAD Y CONVENIENCIA DE VACUNAR A SU HIJA MENOR CONTRA LA COVID-19.

[36](#)

Por: Vicente Lomas Hernández.

SESCAM.

4.- DOCUMENTOS DE INTERÉS.

[40](#)

5.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES.

[57](#)

-NOTICIAS-

[58](#)

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

-BIOÉTICA y SANIDAD-

1.- CUESTIONES DE INTERÉS.

[61](#)

2.- FORMACIÓN Y PUBLICACIONES.

[63](#)

-DERECHO SANITARIO-

1-LEGISLACIÓN

I. LEGISLACIÓN COMUNITARIA.

- Reglamento de Ejecución (UE) 2023/2529 de la Comisión, de 17 de noviembre de 2023, por el que se especifican los datos técnicos del conjunto de datos, se establecen los formatos técnicos para la transmisión de la información y se detallan las modalidades y el contenido de los informes de calidad en relación con la organización de una encuesta muestral en el ámbito de la salud, de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/1700 del Parlamento Europeo y del Consejo.

boe.es

- Decisión de Ejecución (UE) 2023/2520 de la Comisión, de 8 de noviembre de 2023, sobre la solicitud de registro, con arreglo al Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de la iniciativa ciudadana europea denominada Trust and Freedom (Confianza y libertad).

boe.es

II. LEGISLACIÓN ESTATAL.

- Orden SND/1250/2023, de 17 de noviembre, por la que se corrigen errores en la Orden SND/1186/2023, de 20 de octubre, por la que se procede a la actualización en 2023 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud.

boe.es

- Resolución de 15 de noviembre de 2023, de la Universidad Europea de Madrid, por la que se publica el plan de estudios de Máster Universitario en Investigación en Bioética.

boe.es

- Resolución de 16 de noviembre de 2023, de la Secretaría de Estado de Sanidad, por la que se publica el Convenio con el Instituto para el Uso Seguro de los Medicamentos, para la elaboración y difusión de recursos para el uso seguro del medicamento.

boe.es

III. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.

CATALUÑA

- Acuerdo GOV/251/2023, de 28 de noviembre, por el que se autoriza la transformación de Sistema de Emergencias Médicas, SA, en una entidad de derecho público, y se aprueba la constitución y puesta en funcionamiento de esta entidad de derecho público de acuerdo con las previsiones del proyecto de cesión global de activos y pasivos, y se aprueba el texto íntegro de sus Estatutos.

dogc.es

- Acuerdo GOV/239/2023, de 21 de noviembre, por el que se aprueba la desvinculación del Instituto Catalán de la Salud del Consorcio Sanitario Integral, se modifican los Estatutos y se aprueba el texto íntegro

dogc.es

- Orden SLT/261/2023, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Orden SSS/143/2002, de 30 de abril, por la que se crea la Comisión Asesora sobre la Publicidad de Productos Sanitarios Dirigida al Público.

dogc.es

- Orden SLT/254/2023, de 15 de noviembre, por la que se crea la estructura directiva, operativa y coordinación de la transformación de la salud mental y las adicciones por el despliegue del nuevo modelo de atención a la salud mental en el ámbito del sistema sanitario integral de utilización pública de Cataluña (SISCAT).

dogc.es

- Resolución SLT/3708/2023, de 2 de noviembre, por la que se crea el Programa temporal para mejorar la adecuación de la prescripción farmacéutica del modelo de atención a los pacientes crónicos complejos.

dogc.es

- Resolución SLT/3850/2023, de 10 de noviembre, por la que se modifica la Resolución SLT/606/2022, de 4 de marzo, por la que se crea la Comisión Interdisciplinaria de Protones de Cataluña.

dogc.es

COMUNIDAD VALENCIANA

- Resolución de 24 octubre 2023. Crea y regula, como grupo de trabajo, la Comisión para la elaboración, implantación y seguimiento del Código Compresión Vertebromedular Aguda en la Comunitat Valenciana.

dogv.es

- Resolución de 26 octubre 2023. Dispone el registro y la publicación del texto del acta de constitución de la comisión paritaria del Acuerdo interprofesional de mejora de las condiciones de trabajo de las personas profesionales del Sistema Público Valenciano de Servicios Sociales en el ámbito de la acción concertada.

dogv.es

- Resolución de 22 de noviembre de 2023, del conseller de Sanidad, relativa al acceso de los animales de compañía a los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad de la Generalitat Valenciana.

dogv.es

ASTURIAS

- Resolución de 27 octubre 2023. Modifica el pacto sobre contratación de personal temporal y sobre promoción interna temporal del personal del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

bopa.es

ANDALUCÍA

- Acuerdo de 14 de noviembre del 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Andaluz de Prescripción de Ejercicio Físico (Andalucía en forma).

boja.es

- Acuerdo de 7 de noviembre de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Estratégico de Salud de la Infancia y la Adolescencia de Andalucía 2023-2027

boja.es

- Acuerdo de 7 de noviembre de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia de Investigación e Innovación en Salud del Sistema Sanitario Público de Andalucía 2024-2027.

boja.es

MURCIA

- Orden de 2 noviembre de 2023, se crea la opción de Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia dentro de la categoría de Facultativo Sanitario Especialista, prevista en el Decreto 119/2002, de 4-10-2002, por el que se configuran las opciones correspondientes a las categorías del personal estatutario del Servicio Murciano de Salud, y se adecúa la titulación exigida a la opción de Gestión Administrativa dentro de la categoría de Diplomado no Sanitario.

borm.es

PAÍS VASCO

- Acuerdo de 31 de octubre de 2023, del Consejo de Administración del Ente Público Osakidetza-Servicio vasco de salud, que aprueba el texto refundido del Acuerdo de 21 de julio de 2021, de elaboración y gestión de las listas de contratación temporal en Osakidetza-Servicio vasco de salud, con las modificaciones aprobadas en la Mesa Sectorial de 28 de septiembre de 2023.

bopv.es

- Orden de 24 octubre de 2023, que modifica el Anexo I «Listado de residuos infecciosos (Grupo II A) procedente de pacientes con las enfermedades infecciosas», del Decreto 21/2015, de 3-3-2015, sobre gestión de los residuos sanitarios en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

bopv.es

LA RIOJA

- Decreto 155/2023, de 21 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Políticas Sociales y sus funciones en desarrollo de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

bor.es

- Decreto 153/2023, de 14 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica y funciones de la Gerencia del Servicio Riojano de Salud.

bor.es

- Orden núm. SPS/12/2023, de 23 noviembre. Aprueba la plantilla orgánica correspondiente a los órganos de dirección del Servicio Riojano de Salud.

bor.es

GALICIA

- Orden de 13 de noviembre de 2023 por la que se crean y regulan el Registro Gallego de Tumores y el Consejo de Asesoramiento del Registro Gallego de Tumores.

dog.es

NAVARRA

- Decreto Foral 248/2023, de 15 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos del Organismo Autónomo Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra.

bon.es

- Decreto Foral 247/2023, de 15 de noviembre, por el que se modifican los Estatutos del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, aprobados por Decreto Foral 171/2015, de 3 de septiembre.

bon.es

CASTILLA Y LEÓN

- Orden PRE/1339/2023, de 23 de noviembre, por la que se aprueba la carta de servicios del programa de prevención y detección precoz de cáncer de cuello de útero en Castilla y León.

bocyl.es

2.-TRIBUNA:

LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA. DICTÁMENES DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. CONVENCIÓN CONTRA TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER Y PROTOCOLO FACULTATIVO.

Matilde Vera Rodríguez.
Letrada de Administración Sanitaria.
Subdirectora de asuntos jurídicos del Servicio Andaluz de Salud.

1.-INTRODUCCIÓN

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (por sus siglas en inglés: *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*, CEDAW) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la ONU.

La Convención es un tratado internacional adoptado en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue instituido el 3 de septiembre de 1981 y ha sido ratificado por 189 estados. La Convención fue ratificada por España el 16 de diciembre de 1983¹ y el protocolo facultativo y esto es muy importante, como después veremos, en cuanto a la ejecución de los dictámenes, en 2001.²

El Protocolo establece los mecanismos de denuncia e investigación de la CEDAW y se otorga la competencia a este Comité para conocer denuncias de individuos o investigar “violaciones graves o sistemáticas” de la Convención.³

Hasta la fecha España cuenta con tres dictámenes sobre vulneración de los derechos protegidos en los artículos 2 b), c), d) y f), 3, 5 y 12 de la Convención, en el sentido de no proceder diligentemente en relación con la protección de los derechos de las mujeres y sus hijos a recibir una atención obstétrica de calidad y sin violencia.

¹ Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (BOEn° 69, de 21 de marzo de 1984)

²

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer fue adoptado por la Asamblea General en 1999, y obliga a los Estados signatarios a reconocer la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las quejas expresadas por personas o grupos organizados de la sociedad civil, lo que constituye un mecanismo exigente de rendición de cuentas en materia de actos de discriminación contra las mujeres, en comparación con el mecanismo vigente de presentación de informes periódicos.

³ <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cedaw> Naciones Unidas. Derechos Humanos.

Corresponden, por su orden, al servicio gallego de salud (SERGAS) de 28/02/2020; al servicio vasco de salud (Osakidetza) de 13/07/2022 y servicio andaluz de salud (SAS) de 7/03/2023.

2.-DEFINICIÓN DE VIOLENCIA OBSTÉTRICA. NORMATIVA RELACIONADA.

Deberíamos partir de la definición consensuada⁴ sobre qué se entiende por violencia obstétrica, indicando que no existe como tal. El Observatorio de Violencia Obstétrica en España ⁵ la define como: *“El acto de desconocer la autoridad y autonomía que tienen las mujeres sobre su sexualidad, sus cuerpos, sus bebés y sus experiencias de embarazo/parto”. Un acto que también incluiría “ignorar las necesidades emocionales” tanto de las personas gestantes como del bebé “en cualquier momento del embarazo”.*

Por otro lado y partiendo del propio nomenclátor de Violencia Obstétrica (desde ahora, VO), que se encuentra en los dictámenes del Comité citados, la definen, por la propia Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la Mujer como *“violencia sufrida por las mujeres durante la atención del parto en los centros de salud, y afirma que esta forma de violencia es un fenómeno generalizado y sistemático.”*

Aunque la VO no está aún regulada como tal, tanto la Organización Mundial de la Salud (desde ahora, OMS) como diversos organismos internacionales recogen desde hace años no solo la denominación, sino también estudios y estadísticas sobre la misma a nivel internacional.

El Comité CEDAW reconoce la violencia obstétrica como una forma de violencia contra la mujer.

Por su parte y en el ámbito de la Unión Europea, el informe del Comité de Igualdad y No Discriminación del Consejo de Europa, de 12 de septiembre de 2019, relativo a la violencia obstétrica y ginecológica, detalla graves violaciones de los derechos humanos de las mujeres en el marco de la prestación de asistencia sanitaria y que ha servido de base a varias resoluciones del Parlamento europeo, entre ellas, la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 3 de octubre de 2019, sobre la violencia obstétrica y ginecológica (RES 2306), en la que la Asamblea pide a los Estados miembros del Consejo de Europa que combatan la violencia obstétrica y ginecológica y que formulen recomendaciones sobre cómo hacerlo.⁶

Hay que citar el proyecto de informe del Parlamento Europeo de fecha 27.10.2020, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres (2020/2215(INI)) , Comisión de Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género⁷, que en su apartado d) 16, pide a los Estados

⁴ La propia Organización Mundial de la Salud (OMS) al redactar una declaración en el año 2014 titulada "Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud", no la utiliza ni en el encabezamiento, ni en el cuerpo del texto. Josefina Goberna-Tricas y Margarita Boladeras (coord.) El concepto «violencia obstétrica» y el debate actual sobre la atención al nacimiento Tecnos, Madrid, 2018, 185 pags.

⁵ <https://observatorioviolenciaobstetrica.es/>

⁶ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/LIBE-PR-646996_ES.pdf

⁷ 2020/2215(INI) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/FEMM-PR-660070_ES.pdf

miembros que luchen contra el abuso físico y verbal, incluida la violencia ginecológica y obstétrica, que constituyen formas de violencia de género.⁸

Debiendo reseñarse, la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres (2020/2215(INI)) (2022/C 81/04)⁹, en su considerando I, señala:

*“ Considerando que los desafíos y los obstáculos en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos pueden incluir, entre otras cosas, obstáculos de carácter jurídico, financiero, cultural e informativo, como la falta de acceso universal a servicios en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos de calidad y accesibles... la violencia de género; la **violencia ginecológica y obstétrica**; la esterilización forzada, ...” “ (...) las disparidades y brechas en las tasas de mortalidad materna y en el apoyo en materia de salud mental materna; la mayor frecuencia de cesárea...” “(...) los estereotipos de género perjudiciales las disposiciones jurídicas obsoletas o basadas en consideraciones ideológicas que limitan la salud y los derechos sexuales y reproductivos.” (La negrita es nuestra)*

Por otro lado, el informe provisional sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. 2.2.2023 - (COM (2016)0109 - 2016/0062R (NLE))¹⁰, concretamente en el considerando M), señala:

*“(...) la violencia de género –que se ejerce especialmente contra las mujeres y las niñas– puede adoptar muchas formas, como la agresión física, la violencia sexual, incluida la violación, la mutilación genital femenina, el feminicidio, la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, el acoso sexual, los «delitos de honor» y los matrimonios forzados, la cautividad conyugal, la esterilización forzada, el aborto obligado, pero también la denegación de un aborto seguro y legal, la **violencia obstétrica y ginecológica**, la violencia institucional, la violencia vicaria, la violencia económica que se produce en la familia o en la unidad doméstica, el acecho, el hostigamiento y el acoso, la incitación al odio, tanto en línea como fuera de línea, y diversas formas de ciberviolencia; que, en el caso de las mujeres LGBTIQ+, la violencia de género se manifiesta también en otras formas de violencia sexual: las violaciones y el acoso sexual «correctivos», las mutilaciones genitales femeninas e intersexuales, la esterilización forzosa de las personas trans e intersexuales y las terapias de conversión.” (La negrita es nuestra).*

Y en el apartado f), contempla: *“(...) Atención materna, prenatal y relacionada con el parto para todas las mujeres. Pide a los Estados miembros que adopten medidas para garantizar el acceso sin discriminación a cuidados de alta calidad, accesibles, basados en pruebas y respetuosos con la maternidad, el embarazo y el parto para todos, incluidas las matronas, los cuidados prenatales, durante el parto y posnatales, y el*

⁸ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/FEMM-PR-660070_ES.pdf

⁹ R.de 24-06-2021. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2022_081_R_0005&from=ES

¹⁰ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0021_ES.html#_section1

*apoyo a la salud materna, de conformidad con las normas y pruebas actuales de la OMS, y que reformen, en consecuencia, las leyes, políticas y prácticas que excluyen a determinados grupos del acceso a la maternidad, el embarazo y la atención relacionada con el nacimiento, entre otras cosas suprimiendo las restricciones legales y políticas discriminatorias que se aplican por motivos de orientación sexual o identidad de género, nacionalidad, de raza, origen étnico y migratorio. **Pide a los Estados miembros que hagan todo lo necesario para garantizar el respeto de los derechos de las mujeres y su dignidad en el parto, y condenen enérgicamente y luchen contra el abuso físico y verbal, incluidos la violencia ginecológica y obstétrica, los pagos informales y los sobornos en la atención prenatal, durante el parto y posnatal, que vulneran los derechos humanos de las mujeres y pueden constituir formas de violencia de género. Pide a la Comisión que elabore normas comunes a escala de la Unión sobre atención sanitaria en la atención prenatal, durante el parto y posnatal, y que facilite el intercambio de mejores prácticas entre expertos en la materia; solicita a los Estados miembros que promuevan y garanticen que los proveedores de asistencia sanitaria reciban formación sobre los derechos humanos de las mujeres y los principios de consentimiento libre e informado y de elección con conocimiento de causa en la atención prenatal, durante el parto y posnatal.. Recuerda que la región europea de la OMS presenta el índice más bajo de lactancia materna del mundo; subraya la necesidad de una mayor sensibilización e información sobre los beneficios de la lactancia materna; pide a los Estados miembros y a la Comisión que organicen campañas de gran envergadura para destacar los beneficios de la lactancia materna.**" (La negrita es nuestra)*

Por otro lado, parece oportuno traer a colación, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 9 octubre 2014¹¹, relativa a las injerencias de los poderes públicos en la vida privada-intimidad, relativa a la presencia de estudiantes de medicina durante el parto, sin mediar el consentimiento de la mujer. El Tribunal considera tal actuación una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹²

En lo que respecta a España, Cataluña, incluyó la VO en la Ley 17/2020, de 22 de diciembre , como una de las formas de violencia contra la mujer.

Así el artículo.4.2 d), literalmente dispone:

¹¹caso Konovalova v. Russia (n. 37873/04). [https://hudoc.echr.coe.int/ukr#%22itemid%22:\[%22001-146773%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/ukr#%22itemid%22:[%22001-146773%22])}.

¹² Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE> núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Artículo 8.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

“Violencia obstétrica y vulneración de derechos sexuales y reproductivos: consiste en impedir o dificultar el acceso a una información veraz, necesaria para la toma de decisiones autónomas e informadas. Puede afectar a los diferentes ámbitos de la salud física y mental, incluyendo la salud sexual y reproductiva, y puede impedir o dificultar a las mujeres tomar decisiones sobre sus prácticas y preferencias sexuales, y sobre su reproducción y las condiciones en que se lleva a cabo, de acuerdo con los supuestos incluidos en la legislación sectorial aplicable. Incluye la esterilización forzada, el embarazo forzado, el impedimento de aborto en los supuestos legalmente establecidos y la dificultad para acceder a los métodos anticonceptivos, a los métodos de prevención de infecciones de transmisión sexual y del VIH, y a los métodos de reproducción asistida, así como las prácticas ginecológicas y obstétricas que no respeten las decisiones, el cuerpo, la salud y los procesos emocionales de la mujer.”

En este escenario y con ocasión del proyecto de modificación de la ley orgánica de salud sexual y reproductiva con la finalidad, entre otras, de incluir el término VO , la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), se pronuncia y realiza un comunicado el día 14 de Julio de 2021 . El comunicado, entre otras cuestiones señala lo que sigue:

“(…)La “violencia obstétrica” es un término utilizado como referencia para aquellas intervenciones médicas innecesarias durante el proceso del parto, a menudo rutinarias, que en muchas ocasiones se realizan sin proporcionar información suficiente a las mujeres ni solicitarles el consentimiento”.(…) Nos parece inapropiado, tendencioso e injusto el término “violencia obstétrica” por su significado jurídico doloso, como intención de causar daño, ánimo de lesionar, empleo de fuerza o amenazas, tipificable penalmente, que debemos rechazar por completo. No debe confundirse en modo alguno la praxis inadecuada con las expectativas de parto no cumplidas. Sin embargo, es un término que ha permitido poner de manifiesto las experiencias desagradables de muchas mujeres y posicionarlo en el debate público.”

La SEGO rechaza por completo esta terminología e indica que no debe confundirse en modo alguno la praxis inadecuada con las expectativas de parto no cumplidas. La SEGO considera que la buena praxis debe basarse en la formación de los profesionales en competencias técnicas y de comunicación, en la información a las pacientes y en la documentación de la historia clínica. Considera importante escuchar a las mujeres y a sus parejas, e incorporar su participación en las políticas de salud, establecer puntos de reflexión y de intercambio, reclamar medios suficientes a la administración sanitaria y a las entidades aseguradoras, y denunciar sus carencias, para proporcionar una atención respetuosa con la maternidad, enfocada a conseguir que el nacimiento sea una experiencia positiva, en el marco del compromiso con la excelencia. Por otra parte, la SEGO se pone a disposición de las autoridades sanitarias para prestar su asesoramiento y alcanzar una praxis de excelencia con seguridad jurídica para profesionales y pacientes.

Finalmente el término de VO, no se incluyó en la modificación de la ley orgánica de salud sexual y reproductiva, operada por 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.

3.-ANÁLISIS CONJUNTO DE LOS TRES DICTÁMENES DEL CEDAW CONTRA ESPAÑA.

3.1 Introducción. Supuestos de hecho. Alegaciones de las relatoras.

En primer término, hay que indicar que el asunto gallego, es trascendente dado que por primera vez, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer condena a España por trato degradante a una mujer embarazada y a su recién nacido, calificándolo como violencia obstétrica.

-Las circunstancias fácticas son similares en los tres supuestos; pudiéndose distinguir tres tipos de alegaciones referidas por las autoras, sobre vulneración de los derechos de la mujer, fundamentalmente:

a) Trato degradante.

Violación de la dignidad personal. Actuaciones sanitarias sin contar con la intervención de la embarazada. Violación del derecho a decidir.

Galicia: Se interna a la embarazada en el centro hospitalario con una antelación de tres días, dado que refiere acudir al hospital para recibir orientación y se le somete a varias intervenciones y no se permite acompañamiento de la pareja.

Separación del bebé, dado que fue llevado a la unidad de neonatología, permaneciendo siete días ingresado ,para recibir un tratamiento antibiótico que, según la denunciante podría haberse administrado sin separación materna y solamente permitieron el acompañamiento materno durante 15 minutos cada tres horas, y paterno durante dos únicos intervalos de 30 minutos al día. Además, refiere que le dieron biberones sin el permiso de la madre, quien quería lactancia materna.

País Vasco: No se le permitió a la embarazada comer antes de la inducción al parto, ni la presencia de su pareja durante la realización de la cesárea, ni una vez producido el alumbramiento, puede abrazar al bebé por llevarlo a pediatría, transcurriendo largo período sin poder ver al recién nacido, dificultando la lactancia materna.

Andalucía: No se administra a la parturienta medicación para paliar el dolor y la postura que se le obligan a adoptar para dar a luz, es incómoda para la mujer por la patología preexistente que padece (hernia de hiato).

b) Vulneración del derecho a la información y ausencia del Consentimiento Informado.

Galicia: Se realizan a la embarazada diez tactos vaginales sin su consentimiento; igualmente, se le administra oxitocina sintética intravenosa, sin su consentimiento y se procede a la extracción del niño mediante parto instrumental con ventosa y episiotomía sin explicación ni información; extracción manual de la placenta sin los cuidados necesarios previos.

País Vasco: Inducción al parto mediante oxitocina, sin consentimiento de la mujer. Realización de numerosos tactos vaginales sin su consentimiento. Se le practica cesárea sin consentimiento informado, según refiere.

Andalucía: Se administra anestesia epidural, mediante nueve pinchazos. Práctica de la cesárea, sin consentimiento informado. Conviene manifestar, que si el dictamen del SERGAS (Galicia) del año 2020, recogía que el Estado parte debe requerir el consentimiento de las mujeres en todos los tratamientos invasivos durante la atención del parto *“excepto en situaciones en las cuales la vida de la madre o del bebé esté en riesgo”*, en simetría con lo previsto en el artículo 9,2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (desde ahora, LAP). En el segundo y tercer dictamen esta excepción desaparece. Lo que es ciertamente significativo. Siendo así, que en nuestro ordenamiento en el artículo 9.2 de la LAP citado, se prevé el consentimiento por representación.¹³ Así, en situaciones de emergencia sanitaria será muy difícil recabar el consentimiento informado de la mujer y más complicado aún que medie información adecuada, sin poner en riesgo la vida de la madre y el bebé.¹⁴

c) Medicalización del parto.

Como consecuencia de lo anterior, refieren secuelas físicas y psíquicas, principalmente, estrés postraumático, angustia y ansiedad anticipatoria, labilidad emocional y ánimo depresivo reactivo y dolor recurrente. .

Dichas intervenciones, refieren, que afectaron muy negativamente la salud física y psíquica de la mujer, su integridad moral y la salud del recién nacido.

3.2 Recursos administrativos y judiciales instados por las autoras ante el Estado español.

Las autoras presentaron diversas reclamaciones y ejercieron acciones judiciales, según el ordenamiento jurídico interno, que fueron, desestimadas.

Las resoluciones administrativas y judiciales concluyen afirmando que no hubo mala praxis médica, *“(…) pues está acreditado que se realizaron todas las prescripciones indicadas a la vista de lo que iba sucediendo”* (Galicia).

En País Vasco: *“(…) cuando una prestación sanitaria se efectúa con sujeción a los conocimientos científicos-técnicos, los posibles daños que ella ocasione no dan lugar a*

¹³ Art. 9.2; *“(…) Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:*

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.”

¹⁴ Debemos mencionar la STEDH de 8/3/2022 (Reyes Jiménez contra España) que declara que la ausencia de consentimiento informado por escrito para una intervención quirúrgica, supone la vulneración del derecho fundamental al respeto de su vida privada y familiar del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La sentencia se basa en que la legislación española exige para estos casos que el consentimiento informado se otorgue por escrito y que no admite que esa ausencia pueda suplirse con otro consentimiento escrito dado para una operación anterior ni con la información verbal dada por el médico.

responsabilidad patrimonial de la Administración. (...) la inducción fue una práctica acorde con la lex artis y la cesárea se realizó debido al estancamiento del parto.”

En Andalucía, se razona por la sentencia de instancia: “(...) *única alternativa terapéutica para garantizar la seguridad de la madre y el feto, era la realización de una cesárea y que “es cierto que este podría no haber sido el parto deseado de la Sra., pero sobre sus legítimos deseos prevalece el deber de preservar la integridad y la salud de la madre y de su hijo por parte de los servicios sanitarios, que son los que, en atención a esa finalidad y la función que desempeñan, han de adoptar las decisiones que mejor la procuren y atiendan”*”

Respecto al consentimiento informado, se determina que no se había vulnerado la normativa que regula el consentimiento informado, en unos supuestos, por razón de la urgencia sanitaria, así en Galicia: “*se ofrecía como inverosímil la prestación del consentimiento en tales condiciones y en pleno parto”*; en Andalucía: “ (...) *la no existencia de un consentimiento expresamente firmado no altera la decisión de realizar la cesárea, dado su carácter urgente”* y en otros, por no exigirse por la normativa en vigor.

Así las cosas, las autoras intentan recurrir en amparo, ante el Tribunal Constitucional, quien inadmitió el amparo solicitado por considerar que ninguno de los tres asuntos presentaba trascendencia constitucional.

En Andalucía, además, se acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que inadmite también el recurso.

Ante dichas resoluciones, las autoras, entienden agotados los recursos internos ante el Estado español y deciden presentar una comunicación ante el Comité de la CEDAW¹⁵, ya que, en esencia, alegan ser víctimas de una violación de la Convención por parte de un Estado parte, en este caso, España.

Prima facie, hay que aclarar, que para que el Comité pueda recibir denuncias individuales, el Estado parte en cuestión debe haber reconocido la competencia del Comité mediante la ratificación del Protocolo Facultativo, como es el caso y como adelantamos al principio de nuestra exposición.¹⁶

3.3 Comunicación ante el comité de CEDAW.

Admitida ad limine la comunicación, por el Comité, se da traslado al Estado parte para alegaciones.

3.3.a) Alegaciones del Estado español

El Estado, indica al Comité las siguientes alegaciones, haciendo un resumen conjunto de los tres supuestos enjuiciados:

¹⁵ Comunicaciones individuales, también conocidas como quejas, establecido en el Protocolo facultativo a la Convención.

¹⁶ <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cedaw/individual-communications>

Respecto a las cuestiones adjetivas o de forma y sustantivas o de fondo, hay que destacar:

Entre las primeras, se alega, falta de agotamiento de los recursos internos, dado que no se ha acudido al procedimiento de derechos fundamentales, que hubiese sido el cauce procesal adecuado, cuando se invoca una pretendida discriminación en el trato por los servicios sanitarios.

Respecto al fondo, se alega que ha existido falta de actividad probatoria, respecto a la pretendida discriminación padecida, no llevándose a cabo la misma ni en sede administrativa, ni judicial.

Sigue alegando el Estado español, que los tribunales de justicia tuvieron en cuenta las pruebas aportadas por las partes, aplicando las reglas de valoración establecidas en las leyes procesales, fundamentalmente, la apreciación conjunta de la prueba.

En cuanto a la pretendida vulneración de la *lex artis*, el procedimiento de responsabilidad patrimonial es el idóneo y con las pruebas practicadas, quedó claro, a juicio del Estado español, que se actuó conforme a los protocolos establecidos, no quedando acreditada la pretendida violación de la *lex artis*, a juicio de los tribunales de justicia.

En el caso de las cesáreas realizadas, eran la única alternativa terapéutica para preservar la salud y la vida de la madre y de su hijo y así se acreditó por las periciales realizadas en los procedimientos señalados. En el caso de Andalucía, existía desproporción cefalo-pérvica que raramente se puede diagnosticar antes del parto.

Y la inexistencia de consentimiento informado, se justifica por la actuación urgente, aplicándose el reiterado artículo 9.2 de la LAP, habiendo precedido información verbal.

Por último, se alega por el Estado español, que los servicios de salud son garantes de la salud e integridad de madre e hijos y por tanto deben hacer uso de los medios necesarios para preservar las mismas.

Respecto a la indemnización solicitada, se indica que tratándose en los tres supuestos de resoluciones judiciales firmes, se deben respetar las mismas y, en consecuencia, no se puede reconocer indemnización alguna por este motivo. En definitiva, se trata del respeto a la cosa juzgada.

3.3.b) Dictamen del Comité

Ante las alegaciones expuestas, el Comité resuelve, mediante un dictamen, que estableció, en primer lugar, que las autoras habían agotado todos los recursos internos y, por lo tanto, podía entrar a examinar las cuestiones de fondo.

En segundo lugar, consideró que las autoridades estatales no habían cumplido con sus obligaciones convencionales al no actuar con la debida diligencia en los procedimientos administrativos y judiciales y que, sus decisiones se habían basado en estereotipos de género; de igual modo, el Comité afirmó que no habían sido valoradas adecuadamente las pruebas aportadas por las autoras, al no realizarse un examen exhaustivo de las mismas, limitándose tanto la administración sanitaria como los tribunales a dar

credibilidad únicamente a los informes emitidos por el personal médico de los servicios públicos de salud y asumiendo, de esta forma, estereotipos de género. Señalando, además, que en los casos de violencia de género, como de violencia obstétrica, no es necesario mencionar expresamente la discriminación, pues se presume la misma.

Respecto al consentimiento informado para los tratamientos médicos relacionados con la salud reproductiva y el parto, se indica que es un derecho humano fundamental, debiendo preceder información para adoptar decisiones libres y fundadas. No obstante, no se hace mención a la urgencia de la situación.

Para llegar a sus conclusiones el Comité tuvo en cuenta el informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias.

3.4.-Recomendaciones del Comité al Estado español

Una vez sentada la violación, la Comisión elabora dos tipos de recomendaciones:

a) La primera, específicamente dirigida a la situación de la reclamante, que conlleva una reparación individual, es decir indemnizar económicamente a la víctima de maltrato o violencia.

b) La segunda hace referencia a una dimensión colectiva de la ejecución del Dictamen, dirigidas al Estado parte de la Convención, que tienen por finalidad asegurar el cumplimiento del contenido de la Convención mediante diferentes tipos de medidas organizativas, sanitarias, formativas y normativa que tendrían que ser realizadas por el Estado para prevenir y reparar infracciones al convenio similares a las sufridas y que implica a varios niveles de la Administración española ,dado que España por la organización territorial del Estado involucrará a varias Administraciones Públicas.

Las recomendaciones de los tres dictámenes son muy similares. El dictamen de 2020 (Galicia) contiene cuatro recomendaciones donde insta al Estado español a garantizar que la mujer sea informada y se requiera su consentimiento en todos los tratamientos invasivos durante la atención al parto. Además, pide a España que realice estudios sobre violencia obstétrica, que capacite al personal sanitario y que ponga medidas para garantizar que el personal judicial actúa sin estereotipos cuando debe pronunciarse sobre un caso de violencia obstétrica.

Sin embargo, el dictamen publicado en julio de 2022 (País vasco) contiene una diferencia significativas con respecto al de 2020. En primer lugar, añade una quinta recomendación que consiste en “establecer, publicitar e implementar una Carta de Derechos de los Pacientes”, un documento donde se establecerían los derechos y los deberes aplicables a todos los servicios sanitarios, lo que de alguna manera señala como insuficiente la Ley de Autonomía del Paciente.

Y el más reciente (Andalucía), amplía a 11 las recomendaciones generales, enfatizando las siguientes:

Asegurar que las mujeres tienen acceso a servicios adecuados de salud durante el embarazo, parto y puerperio, y que se les proteja del maltrato, falta de respeto y abuso durante el parto en instituciones de salud

Asegurar que el personal que trabaja en instituciones de salud, públicas y privadas, cumplan con las obligaciones establecidas en los numerales (i) y (ii) de las presentes recomendaciones.

Realizar estudios y estadísticas sobre la violencia obstétrica en el Estado parte que permitan visibilizar la situación y así orientar las políticas públicas de lucha contra dicha violencia.

Desarrollar campañas de sensibilización sobre igualdad de género y violencia por razón de género contra la mujer que combatan estereotipos de género como los inherentes a la maternidad y el papel reproductivo de las mujeres.

Proporcionar capacitación profesional adecuada al poder judicial y la sanidad pública y privada, para reconocer las diferentes manifestaciones de la violencia por razón de género contra la mujer, incluida la violencia en el ámbito obstétrico.

Fomentar un diálogo público que incluya también a los medios de comunicación acerca de los derechos humanos de las mujeres en general, la violencia por razón de género contra las mujeres y en particular la violencia obstétrica.

Revisar su legislación sobre la violencia por razón de género contra la mujer en vigor a fin de que incluya otras formas de violencia de género, como lo es la violencia obstétrica. -Por último el Estado firmante debe:

- prestar debida consideración al dictamen.
- prestar información por escrito con las medidas adoptadas
- publicación y difusión de los dictámenes llegue a todos sectores sociedad.

4.-Valor jurídico de los dictámenes del Comité.

En primer término y sin que sea óbice recordar ,que a tenor de lo previsto en los artículos 3 ; 9.2 y 10 de la Constitución, en relación con los artículos 95 y 96 del mismo texto constitucional, los órganos del Estado deben interpretar las normas de nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por España.

El Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 11 de junio de 2015, el cual toma nota de un Informe de la Abogacía del Estado que, basándose en el carácter extraordinario del recurso de revisión, señaló que no se pueden atacar por esta vía actos administrativos confirmados por sentencias firmes, ya que desvirtuaría la cosa juzgada¹⁷. En este escenario tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional tradicionalmente no reconocían valor jurídico a los Dictámenes de los Comités de la ONU, estableciendo que las decisiones de los Comités de la ONU no

¹⁷ Número de expediente: 318/2015 (JUSTICIA). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-318>

tienen carácter vinculante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, ya que, simplemente se consideran meras recomendaciones de los Comités.

La posición unánime de los tribunales españoles había sido la de oponerse a la posibilidad de utilizar un Dictamen de un órgano o mecanismo de control previsto en un tratado internacional en materia de derechos humanos, como es el caso de los Comités de la ONU, para evidenciar un error judicial o un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia de España, y así, poder obtener una indemnización por la responsabilidad patrimonial del Estado.

No obstante lo anteriormente expuesto, se produce un cambio en este panorama judicial mediante la STS 2747/2018, de 17 de julio¹⁸, al reconocer efectos jurídicos a un dictamen del CEDAW. El Dictamen de 16 julio de 2014, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el asunto González Carreño¹⁹ la mujer cuya hija fue asesinada en 2003 por su padre, condenado por malos tratos, en una visita no supervisada y después de que González Carreño hubiese interpuesto cuarenta y siete denuncias para que no se produjeran esos encuentros. Su caso motivó un dictamen del comité de la ONU que señalaba los estereotipos del sistema de justicia que habían dejado a González Carreño y a su hija desamparadas.

La autora interpuso reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la administración de Justicia ante el Ministerio de Justicia y contra la desestimación presunta inicia un procedimiento de derechos fundamentales ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; siendo así que el 17 de julio de 2018, el Tribunal Supremo resuelve mediante sentencia 2747/2018 ,en la que admite la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la administración de Justicia y por ende accede a establecer indemnización para la recurrente , en la medida en que la administración española había vulnerado el derecho a la igualdad y a la no discriminación de la demandante en los términos en los que el CEDAW establece los derechos enunciados. Así mediante la citada sentencia se obliga a la Administración a cumplir el Dictamen y obligó al Estado a que otorgara una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos por no haber cumplido con su deber de diligencia en relación con los hechos que llevaron al asesinato de la menor.

Por primera vez, el TS reconoció y afirmó que un Dictamen de un Comité de la ONU (en este caso, el Comité de la CEDAW) tiene efectos vinculantes y obligatorios en el ordenamiento español, y constituye base suficiente y válida para formular una

¹⁸En la sentencia 1263/2018, de 17 de julio de 2018, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo condena al Estado a pagar una indemnización de 600.000 euros por daños morales a la mujer cuya expareja asesinó a su hija común durante una de las visitas no vigiladas que estableció un juzgado de Madrid tras su separación, después de denunciarle en cuarenta y siete ocasiones por malos tratos y otras causas.

¹⁹ Dictamen 47/2014¹⁹, de 16 de julio, en el que declaró que el Estado español había vulnerado el derecho a la igualdad y a la no discriminación de la Convención, en este caso en violencia de género. En el Dictamen, el Comité dejó claramente establecido que el Estado español había quebrantado las obligaciones que, como Estado parte de la Convención debía cumplir en lo que se refiere a la prevención de situaciones de violencia de género y obligaciones de reparar el daño que se ha provocado.

reclamación patrimonial contra el Estado por el funcionamiento anormal de la administración de Justicia.²⁰

Esta resolución judicial, bien puede ser considerada como antecedente y de modo análogo a la solución que el propio legislador establece con la introducción del actual artículo 5 bis de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ) ²¹para garantizar la aplicación de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que no supone una declaración de efectos automáticos sino dentro de los parámetros del art 5 bis. En el mismo sentido, el artículo 102.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA).²²

A pesar de este importante pronunciamiento del Tribunal Supremo, ha sido el único en tal sentido, la tónica general ha sido negar efectos vinculantes a los dictámenes de los Comités de la ONU. Así, en la sentencia de 12 de febrero de 2020 (STS 401/2020) el Tribunal Supremo afirmó que *“(...) los dictámenes de los Comités de Naciones Unidas no son asimilables a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, por tanto, no son elementos suficientes para que un recurso de revisión reabra un caso, dado el carácter excepcional del procedimiento de revisión de sentencias que no admite su aplicación extensiva a supuestos no contemplados en la ley.”*²³

²⁰ -La ejecución de los Dictámenes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: un estudio teórico-práctico TFG presentado por Julia Arenas Martínez Curso académico 2020/2021 Titor: Prof. Carlos Teijo García.Facultad de Derecho.Universidad Santiago de Compostela.

²¹ **Artículo 5 bis.LOPJ.** *“Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.”*

²² 2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

²³ STS 12/02/2020. ECLI: ES: TS: 2020:401.Número del procedimiento: 11 /2019, Recurso de revisión contra la sentencia de 9 de febrero 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 120/2013. El recurrente formuló reclamación ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y por Dictamen de 25/07/2007 el citado Comité consideró que se había producido una vulneración del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.Se formuló recurso de revisión de condena ante la Sala II de este tribunal desestimándose esa pretensión por autos de 14/12/2007 y 28/01/2008.Posteriormente se formuló solicitud de indemnización por funcionamiento anormal de la administración y el Ministerio de Justicia la desestimó por Resolución del Secretario de Estado de 21/11/2008.Interpuesto recurso contencioso administrativo, también fue desestimado por sentencia de 15/07/2010 de la Audiencia Nacional, confirmada en casación por la Sala III del Tribunal Supremo por sentencia de 30/11/2012.En enero de 2012 se presentó nueva demanda, por responsabilidad patrimonial del Estado legislador ante el Consejo de Ministros, desestimada de forma expresa mediante resolución de 22/11/2013.Contra dicha resolución se interpuso recurso contencioso administrativo que fue desestimado por sentencia de 06/02/2015 de la Sala III del Tribunal Supremo.Con fecha 17/07/2018 la Sección Cuarta de la Sala III del Tribunal Supremo dictó la sentencia 1263/2018 por la que se declara al recurso de revisión contra sentencias denegatorias de la responsabilidad patrimonial del Estado como cauce procesal adecuado para hacer efectivas las recomendaciones de los Dictámenes de la CEDAW sobre violación de derechos humanos.Conocida esta última sentencia, se ha interpuesto recurso de revisión contra la sentencia de 06/02/2015 de la Sala III del Tribunal Supremo.

Recientemente, el 13 de junio de 2023, El Tribunal Supremo ha dictado sentencia, en cuya virtud establece que las decisiones del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas por sí solas, no son suficientes para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado. Las resoluciones de los Comités de la ONU no tienen por sí solas carácter vinculante.²⁴ Así, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo ha anulado una indemnización de tres mil euros a una mujer por las lesiones que presentó tras una detención policial y ha establecido en la sentencia que las decisiones del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas no pueden considerarse que vinculan a la Administración ni a los órganos jurisdiccionales españoles a los efectos de constituir prueba suficiente y bastante para declarar la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado. Sino que debe realizarse el correspondiente examen de cada uno de los requisitos propios para establecer la responsabilidad patrimonial. Señala la sentencia: “(...) *la caracterización y efectos de estas decisiones y dictámenes de los Comités de Naciones Unidas han sido objeto de examen por esta Sala Tercera, señalando, con reiteración, que estas decisiones o dictámenes no tienen carácter vinculante en los términos que ahora se postula, porque carecen de fuerza ejecutoria directa para determinar la nulidad de resoluciones judiciales firmes de los jueces y tribunales nacionales.*”

Sigue diciendo la citada sentencia: “(...) *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contiene ninguna cláusula, ni previsión específica, que establezca ese efecto ejecutivo de las resoluciones de los Comités. Tampoco en nuestro ordenamiento jurídico interno se ha establecido un cauce concreto y específico que permita a los jueces y tribunales revisar los autos o sentencias penales firmes como consecuencia de la decisión o dictamen de un Comité. En este sentido ya nos pronunciamos en nuestra sentencia de 6 de febrero de 2015 (recurso contencioso administrativo nº 120/2013), al señalar que los dictámenes << no tienen carácter vinculante, pues el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, firmado por España el día 28 de septiembre de 1976 (BOE de 30 de abril de 1977), cuando regula, en los artículos 28 y siguientes, al citado Comité, especialmente en los artículos 41 y 42, no diseña un órgano jurisdiccional, con facultades de carácter jurisdiccional, es decir, para determinar el Derecho de forma definitiva en caso de conflicto e imponerse frente a todos. Ni tampoco se le atribuye al mismo el monopolio para la interpretación y aplicación de sus normas. El artículo 41.1. h) del Pacto al describir el contenido de los informes se señala que “se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados partes interesados” y “en cada asunto enviará un informe a los Estados partes interesados”>>. Conviene recordar que la STC 70/2002, de 10 de abril, venía advirtiendo que << las “observaciones” que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que, en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia>>. En este mismo sentido, entre otras, la STC del Pleno 23/2020, de 13 de febrero. El valor jurídico de las decisiones o dictámenes*

²⁴ Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Cuarta Sentencia núm. 786/2023 Fecha de sentencia: 13/06/2023 Tipo de procedimiento: R. CASACION Número del procedimiento: 5269/2022,

del Comité, por tanto, no es vinculante a los efectos que ahora examinamos, no sujetan a una obligación, y no tienen fuerza ejecutiva, lo que no significa que no produzcan ninguna consecuencia jurídica. Así es, estas decisiones deben ser tenidas en cuenta como indicadores relevantes sobre la observancia de los derechos previstos en el Pacto, que mediante las medidas que proponen eviten o limiten las lesiones de tales derechos y contribuyan a su mejor protección. De igual modo que deben ser tenidos en cuenta por los Estados para encauzar su acción legislativa, de forma que se cumplan las exigencias derivadas de la interpretación que, de las normas del Pacto, hace el Comité.”

Sigue exponiendo la sentencia: “(...) Por ello ya concluimos en la citada sentencia de 6 de febrero de 2015 que << Cuanto llevamos expuesto avala que el citado dictamen no pueda ser considerado un título de imputación para dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Dicho de otro modo, del dictamen del Comité de Derechos Humanos no nace una imputación>>.”

5.-CONCLUSIÓN.

Como hemos ido exponiendo, hay que partir y tener presente, que los dictámenes descritos se pronuncian como consecuencia de la ratificación por el Estado español de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la ONU y de su protocolo facultativo, que es el que habilita para que el Comité pueda recibir denuncias individuales, como así ha sido en los tres supuestos detallados ut supra.

En lo que respecta al valor y a la ejecución de los dictámenes comentados , a tenor de la jurisprudencia dominante y casi uniforme del Tribunal Supremo, cabría concluir que sin una norma, que al modo previsto en el artículo 5 bis de la LOPJ ,que contempla de modo expreso la posibilidad de interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, contra resolución judicial firme, cuando el TEDH haya declarado que dicha resolución ha violado algunos de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, con los requisitos que el mismo exige; sin dicha norma expresa, no cabría considerar per se dichos dictámenes o decisiones ,en su caso, ser título suficiente para dar lugar a responsabilidad patrimonial del Estado, vía recurso de revisión.

Por otro lado, tendría que conllevar la reforma de la Ley 25/2014, de Tratados y otros acuerdos internacionales²⁵. Para el establecimiento de un procedimiento de ejecución.

En tal sentido la propia sentencia comentada ut supra de 13 de junio de 2023 establece:

“(...) De ahí, que no podamos compartir el alegato que esgrime la parte recurrida mediante la cita de los artículos 30 y 31 de la Ley 25/2014, sobre Tratados y Acuerdos Internacionales, al pretender expandir el ámbito al que se refieren esas normas legales sobre la ejecución de los tratados internacionales y sus reglas de interpretación, a las decisiones del CAT. Conviene reparar que en este recurso desde luego no está en cuestión que el Estado español deba observar el catálogo de las normas sobre los

²⁵ «BOE» núm. 288, de 28/11/2014. <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/27/25/con>

derechos humanos a lo que se encuentra convencionalmente obligado, ex artículo 96.1 de la CE. De lo que se trata, como venimos señalando, es de determinar si el dictamen del CAT que aprecia una vulneración de un derecho previsto en el Pacto, constituye por sí mismo un título de imputación suficiente para dar lugar a la responsabilidad patrimonial como un medio de dar efectividad a la infracción apreciada.”

BIBLIOGRAFIA.

-Efectos de los dictámenes de los Comités Internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español. Guía práctica para la abogacía. Fundación Abogacía Española. INVESTIGACIÓN REALIZADA POR: Valentín Jesús Aguilar Villuendas SUPERVISIÓN: Francisco Segovia Losa, coordinador de la Fundación Abogacía Española.

-Josefina Goberna-Tricas y Margarita Boladeras (coord.) El concepto «violencia obstétrica» y el debate actual sobre la atención al nacimiento Tecnos, Madrid, 2018.

-.Gac sanit vol.35 no.3 Barcelona may. /jun. 2021 Epub 20-Dic-2021
<https://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2020.06.019> .La violencia obstétrica: una práctica invisibilizada en la atención médica en España. Javier Rodríguez Mira, Alejandra Martínez Gandolfi.

-Organización Mundial de la Salud. Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud.
<https://www.who.int/es/publications/i/item/WHO-RHR-14.23>

-La ejecución de los Dictámenes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: un estudio teórico-práctico TFG presentado por Julia Arenas Martínez Curso académico 2020/2021 Titor: Prof. Carlos Teijo García.Facultad de Derecho.Universidad Santiago de Compostela.

-Castillo, S. N., & garcía, P. O. (2012). *Reflexions sobre género y protección jurisdiccional de los derechos políticos de las mujeres*.
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-electoral/article/view/9962/11990>

-La violencia obstétrica como violación de derechos humanos: el caso S.F.M. contra España Obstetric violence as a human rights violation: S.F.M. versus Spain Carolina Jiménez Sánchez Universidad de Málaga.

-Montesinos Padilla, Carmen. (2023). El cumplimiento de los dictámenes de los comités de Naciones Unidas en España. ¿Imposibilidad jurídica o falta de voluntad política? Revista Española de Derecho Constitucional, 127, 49-80. doi:
<https://doi.org/10.18042/cepc/redc.127.02>

-Blondin M. Obstetrical and gynaecological violence. Reporte Doc. 14495, Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo. 2018. Ref. 4378.
<https://pace.coe.int/en/files/28108>

-Olza Fernández I. Estrés postraumático secundario en profesionales de la atención al parto. Aproximación al concepto de violencia obstétrica. *C Med Psicosom.* 2014:111.

-Margarita García E. La violencia obstétrica como violencia de género. Estudio etnográfico de la violencia asistencial en el embarazo y el parto en España y de la percepción de usuarias y profesionales. [Tesis doctoral]. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid; 2018.

-Belli L. La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos. *Revista Redbioética/UNESCO.* 2013;4:25-34.

PACIENTES O CONSUMIDORES. VISIÓN LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA POR PRODUCTO DEFECTUOSO.

Juan Siso Martín.
Doctor en Derecho Público.
Docente y comunicador en Derecho Sanitario.

PRESENTACIÓN.

Me voy a ocupar del asunto de las reclamaciones por daño sanitario, pero no desde los tradicionales campos de la responsabilidad en la normativa del Derecho Sanitario²⁶, sino desde los del Derecho del Consumo y sus escasamente transitados senderos en materia de responsabilidad sanitaria.

UNAS PRECISIONES PREVIAS.

No puedo comenzar sin dejar constancia de unas prevenciones imprescindibles antes de comenzar mi exposición.

La Constitución reconoce a los ciudadanos “el derecho a la protección de la salud”, con la correlativa obligación de quien está obligado a esta protección de poner los medios necesarios para lograrla. Interesa enfatizar que no existe el tan mencionado como inexacto “derecho a la salud”. De existir este último podríamos demandar al estafilococo áureo o a la espiroqueta pálida, por ejemplo, como agentes perturbadores de este derecho a la salud. Sin embargo el motivo y curso natural de una reclamación sanitaria se dirige a quienes son responsables de los medios y acciones de protección de la salud y los omiten o emplean de modo deficiente.

Ocasionalmente la acción se dirige, no por esas omisiones o acciones deficientes, sino por el producto que se ha puesto en juego para proteger la salud y que ha resultado inadecuado e incluso dañoso. Este es precisamente el terreno de la reclamación de consumo de productos sanitarios que abordaré.

Debo prevenir que la salud es un valor y no un producto, de ahí que no existe, en términos generales, la Medicina como obligación de resultados, sino de medios, en adecuación a todas las circunstancias concurrentes. Esta es la clave. Dirigir las reclamaciones sanitarias a los casos de no haberse puesto en escena los medios de protección de la salud o haberlo hecho de manera deficiente y contra, precisamente, los responsables de ello y reservar las reclamaciones en el terreno del consumo a los productos que directamente han podido ocasionar daño sanitario por su utilización.

EL BASAMENTO JURÍDICO.

SOPORTE CONSTITUCIONAL.

²⁶ Espacios administrativo, civil social e incluso penal.

La necesidad de proteger a los ciudadanos en el uso y disfrute de su salud adquiere rango normativo máximo, desde la configuración del Estado social democrático de Derecho y se plasma en las constituciones europeas, primero en la portuguesa de 1976 y después en la española de 1978²⁷. Así nuestra Carta Magna dispone en su Artículo 43: *1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*

Interesa resaltar que esta protección se hace desde la consideración no de un derecho fundamental, sino de un principio rector de la Constitución, como deja claro la ubicación del Artículo 43, recién mencionado, en el Capítulo Tercero²⁸ del Título Primero de nuestra norma fundamental.

La Constitución española en su artículo 51 dispone, por otra parte, como otro principio rector de la política social y económica que: *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos (Apartado 1). Recoge además que: Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca (Apartado 2).*

LEGISLACIÓN ORDINARIA.

En cumplimiento de este mandato constitucional del Artículo 51, recién mencionado, se promulgó el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobaba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Esta norma fue complementada por la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de Protección de Consumidores y Usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica y que aporta, en su Artículo 8, la importante precisión, en el aspecto que ahora nos ocupa, de que la protección de dichos colectivos frente a los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad tiene la condición de derecho básico, con la consiguiente indemnización por daños y reparación de perjuicios.

Es de interés resaltar que parte del articulado de esta normativa de consumidores y usuarios presenta carácter básico, al haber sido dictada al amparo de las competencias

²⁷ Con sus precedentes internacionales Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que en su artículo 25.1 establece que *"toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial (...) la asistencia médica (...)";* la Carta Social Europea (1961), cuyo artículo 11 preceptúa el derecho a la protección de la salud; y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos e Internacionales (1966), que en su artículo 12 dispone que *"los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"*.

²⁸ De los principios rectores de la política social y económica

que corresponden al Estado conforme al artículo 149.1.1^a de la Constitución: *La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. 13^a Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y 16^a Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.*

De este escenario normativo podemos comprobar que existe una protección legal en el terreno de la salud para los ciudadanos en cuanto tales y además otra visión complementaria desde su condición de consumidores y usuarios.

Desde el primer aspecto siguieron a la Constitución la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, como soportes normativos principales. Desde su condición de consumidores y usuarios el ya mencionado Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobaba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El Artículo 8 de esta norma preceptúa, entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios, "*la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad*" y "*la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos*". Continúa el art. 9 con un mandato a los poderes públicos para que protejan "*prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado*".

En conclusión, es más que evidente el rol del ciudadano-paciente como usuario de servicios sanitarios, debiendo advertir dos situaciones:

- 1) la existente entre paciente y profesional sanitario, de igualdad y corresponsabilidad;
- 2) la existente entre paciente y organización sanitaria, tendente a la desigualdad, necesitando por ello una especial protección el primero, sobre todo por los riesgos derivados de la actividad desarrollada²⁹

Con el tiempo han ido apareciendo disposiciones, mediante las que se procedía a trasponer e incorporar al ordenamiento interno determinadas Directivas comunitarias, entre las que cabe destacar la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que incorpora al ordenamiento español el contenido de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos³⁰. El precedente en nuestro ordenamiento jurídico podemos situarlo en la derogada Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, el que incluye todo lo referente a los productos que, para mejor identificación,

²⁹ RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL USUARIO DE SERVICIOS SANITARIOS: DEL ART. 28 LGDCU AL ART. 148 TRLGDCU. María Nieves Pacheco Jiménez. Profesora titular de Derecho Civil en la Universidad de Castilla La Mancha,

³⁰ Incidencia de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios en los servicios sanitarios. Josep Corbellà i Duch.

denominamos “productos sanitarios”, y que son muchos, desde los preparados farmacéuticos, a las pinzas, bisturís, clavos, yesos, stents, implantes, jeringas, gasas, sondas, cánulas, camas, camillas, luces y esterillas, y el largo etcétera que uno pueda imaginar³¹.

El legislador español no fue muy diligente, sin embargo, a la hora de trasladar los antes citados preceptos constitucionales (artículos 43 y 51) a la normativa ordinaria. Así hasta 1984³² y 1986³³, de inicio, como acabamos a ver.

INCIDENCIA EN EL ESPACIO SANITARIO.

Indubitada y expresa, debemos destacar, tras la mención anterior de su basamento constitucional, a través de los principios rectores declarados en los artículos 43 y 51 antes mencionados de nuestro texto normativo fundamental.

Conviene precisar que la normativa de consumidores y usuarios no se aplica, en general, al ámbito sanitario pero sí que se hace cuando el destinatario final (consumidor) del medicamento o producto sanitario o quien lo utiliza en su actividad profesional (usuario) sufre un daño a consecuencia de un defecto en el producto, dando origen a un reclamación basada en los derechos del consumidor.

UN GIRO TRASCENDENTAL EN ESTE CAMPO.

La normativa de Defensa de Consumidores y Usuarios establece un modelo legal de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos que no precisa de la demostración de negligencia ni de la intención del fabricante del producto al crearlo. Se trata de un régimen de responsabilidad objetiva. Si el producto ha sido utilizado de forma correcta y aun así ha causado un daño, habrá responsabilidad e indemnización para el perjudicado. Este planteamiento se aleja, como podemos ver, del soporte conceptual general de la responsabilidad sanitaria que se asienta sobre patrones de responsabilidad subjetiva.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, con algunas modificaciones, como hemos mencionado, es el que se mantiene vigente en la actualidad. En su texto vigente los servicios sanitarios se contemplan expresamente en los artículos. 147 y 148, y los daños causados por productos en los artículos 135 y siguientes, estableciendo el art. 128 que las acciones reconocidas son compatibles con las que puedan aprovechar al perjudicado por incumplimiento contractual o extracontractual a ser indemnizado por los daños sufridos, incluidos los de índole moral.

UNA NECESARIA PRECISIÓN CONCEPTUAL.

Si hablamos de responsabilidad, en el sector sanitario, por producto defectuoso, es ineludible definir estos conceptos.

A QUÉ PRODUCTOS NOS REFERIMOS.

³¹ Ibidem.

³² Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

³³ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Como hemos apuntado con anterioridad, en el escenario sanitario, hay una ingente variedad de ellos. La Ley determina que se trata de «*todo bien mueble*», (que pueden ser transportados de un lugar a otro). Se incluyen de forma expresa elementos como los gases o el suministro eléctrico y, por supuesto, abarca tanto medicamentos como productos sanitarios y alimentos. Una definición tan amplia tiene una clara finalidad: que nada escape al concepto, y se hace con la finalidad de extender la protección que la norma ofrece a los consumidores y usuarios al máximo de supuestos posibles³⁴.

Para poder generar responsabilidad y la consiguiente indemnización, sin embargo, el producto ha de tener la condición de “defectuoso”. Es decir aquel que no cuenta con las condiciones de seguridad que cabe esperar de un producto de su categoría.

El campo de aplicación, como puede deducirse es inmenso. Prótesis, implantes, material quirúrgico, anticonceptivos e incluso lentillas utilizadas por millones de pacientes en todo el mundo en los últimos años, escándalo que afectaría a grandes empresas como *Medtronic* o *Traiber* entre otras.

NO ES NECESARIA LA INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

El principio *iura novit curia* obliga al juez a aplicar la responsabilidad objetiva de la normativa de consumidores y usuarios, cuando concurren las condiciones y presupuestos para ello, aunque no lo mencione el demandante, como correctamente argumentaba ya la sentencia del T.S. de 9 de junio de 1998 y, más genéricamente, la de 6 de mayo de 1998³⁵.

Es indubitada la aplicabilidad de la responsabilidad objetiva reconocida en la normativa mencionada y así el Artículo 148, en su apartado 2, de la Ley General que nos ocupa recoge: *En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.*

Por consiguiente los servicios sanitarios (los menciona la norma en primer lugar) quedan sometidos a este régimen peculiar de responsabilidad objetiva, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba, cuestión de la máxima relevancia, como es evidente, en los procesos reclamatorios en el espacio sanitario. Trae consigo que, como recoge el Artículo 147 de la norma mencionada: *Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*

LA RESPONSABILIDAD SIN CULPA.

³⁴ Consumidores y Usuarios en Sanidad. Francisco Lavale.

³⁵ Esta sentencia declaraba tajantemente: *cuando los hechos permanecen sustancialmente idénticos, como configuradores de un determinado supuesto normativo (y dentro de la congruencia) la elección de la norma es función netamente judicial.* La sentencia recurrida sostenía erróneamente -según el Tribunal Supremo- que el art. 28 de la L.C.U. era inaplicable por no haberse ejercitado la acción correspondiente.

En el ámbito tradicional de exigencia de responsabilidad en el espacio sanitario se dan los siguientes parámetros:

- La obligación del medio y del profesional sanitario en el que éste inserta sus servicios es de medios, no de resultados.
- No es concebible, por tanto, un sistema de exigencia objetiva de responsabilidad, sino que ha de ceñirse aquella a deficiencias en ejecución de *lex artis*.
- La carga de la prueba corresponde al paciente, dirigida a demostrar el quebranto de la mencionada práctica ajustada a ciencia, medios y paciente destinatario.

Producido un daño por un producto defectuoso, de seguir el iter tradicional en materia de responsabilidad sanitaria (el de la culpa) deberíamos demostrar, por ejemplo, que, en este concreto supuesto, el producto fue fabricado como deficiente, por negligencia, o que fue ocultado su defecto a sus destinatarios.

En el caso que nos ocupa, de responsabilidad objetiva, sin embargo, para la exigencia de responsabilidad habrá que centrar la prueba en los siguientes aspectos:

1. EL DEFECTO DEL PRODUCTO. Es decir que no cumple los ineludibles requisitos de seguridad para su fin pretendido y que su utilización, por tanto, comporta un riesgo para su destinatario.
2. PRODUCCIÓN DE UN DAÑO. Ha de ser real, efectivo, demostrable y cuantificable económicamente.
3. RELACIÓN DE CAUSA EFECTO evidenciable entre el producto defectuoso y el daño que ocasione al destinatario.

Esta compleja carga de la prueba se alivia en numerosas ocasiones cuando el tribunal exige al fabricante la prueba de inocuidad de su producto. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado³⁶, aligerando, también, la onerosidad de la carga de esta prueba, en el sentido de que si se ha demostrado la existencia de un defecto en productos de un determinado modelo o serie de fabricación, no es necesario demostrar que todos y cada uno de los productos ese modelo o serie tienen el defecto de fabricación: se consideran que todos ellos son defectuosos.

Conviene precisar que el producto puede ser denunciado como potencialmente dañoso no sólo por los destinatarios del mismo, sino también por sus usuarios. Piénsese en un bistori eléctrico potencialmente dañoso por deficiente fabricación. No cabe duda de la complejidad de la acción resarcitoria en la que habrá de contarse con el concurso no sólo de profesionales del Derecho, sino con peritos en la materia técnica de que se trate y de intentar llegar, si no es posible a certezas irrefutables al menos contar con sólidos indicios que apuntalen el triple requisito antes mencionado. Otra cosa es la

³⁶ STJUE 2017/484, de 21/06/201

eventual concurrencia de responsabilidades del fabricante, de los responsables del mantenimiento e incluso de los que utilizan el instrumento.

La piedra angular de esta consideración del paciente como consumidor dañado debe precisarse que no fue introducida en el año 2007 por la Ley de dicho año, sino que ya desde la entrada en vigor de la normativa predecesora, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios consideraba los servicios sanitarios como servicios generadores de daños y preveía la aplicación de la norma en esos supuestos y la consiguiente inversión de la carga de la prueba.

NO SE APLICA A LA ACTIVIDAD MÉDICA PROPIAMENTE DICHA.

Además de la aplicabilidad a productos defectuosos la jurisprudencia ha limitado la aplicación de la normativa de consumidores y usuarios a “aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha”, por lo que no cabe la aplicación del TRLGDCU a cualquier asunto en los que se reclame una negligencia médica³⁷.

Podemos destacar, entre otras, las siguientes sentencias, ya desde una dilatada trayectoria de varios lustros en nuestro Tribunal Supremo.:

✓ STS Nº 267/2004, SALA PRIMERA, 26 DE MARZO DE 2004³⁸

“Ciertamente son cada vez más las sentencias de esta Sala que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica o hospitalaria aplican el artículo 28 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, cuyo apartado 2 hace expresa mención de los servicios sanitarios”.

(...) tales sentencias suelen versar sobre casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario (sentencias de 1 y 21 de julio de 1997 y 9 de diciembre de 1998) o a consecuencia de transfusiones de sangre (sentencias de 3 y 30 de diciembre de 1999), de fallos en determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención (sentencias de 24 de septiembre y 22 de noviembre de 1999) o, en fin, de daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención (sentencia de 29 de junio de 1999)».

✓ STS Nº 1377/2007, SALA PRIMERA, 5 DE ENERO DE 2007³⁹

³⁷ EL PACIENTE COMO NUEVO CLIENTE. : Ignacio Montoro Iturbe-Ormaeche. Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios - Núm. 4. Responsabilidad sanitaria, Enero 2019.

³⁸ Ponente: Clemente Auger Liñán, nº de recurso: 1458/1998, (Id. vLex: VLEX-16808395).

³⁹ Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, nº de recurso: 161/2000, (Id. vLex: VLEX-26668954).

«El fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida da respuesta a esta cuestión, aplicando la STS de 1 de julio de 1997, al considerar incluida la responsabilidad sanitaria en el contenido de los arts. 1, 26 y 28 de la Ley de 19 de julio de 1984, en cuanto que el actor es consumidor de unos servicios sanitarios y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva.

(...) «La invocación por diversas sentencias de esta sala de la LCU respecto de los servicios sanitarios (que debe proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos: STS de 5 de febrero de 2001 y SSTs allí citadas) tiene un sentido análogo al que resulta de los criterios que se vienen examinando».

✓ STS N° 4598/2011, SALA TERCERA, 20 DE NOVIEMBRE DE 2012⁴⁰

«El antiguo artículo 28 de la Ley 26/1984 consideraba objetiva la responsabilidad por incumplimiento de unos determinados niveles constatables de exigencia para los servicios sanitarios. Este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha».

✓ STS N° 333/2012, SALA PRIMERA, 18 DE MAYO DE 2012⁴¹

«Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha.

UNA SENTENCIA CLARIFICADORA.

La aportación jurisprudencial es esclarecedora y de la máxima relevancia en cualquier aspecto de responsabilidad sanitaria y particularmente en el espacio que ahora nos ocupa. Quiero traer aquí una resolución judicial definitiva y esclarecedora de los elementos necesarios para la concurrencia de la responsabilidad por producto sanitario defectuoso. Se trata de la Resolución 1340/2021, de 17 de noviembre 2021, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso⁴².

La recurrente alega para fundar su pretensión, que fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital Río Hortega de Valladolid de desprendimiento de retina en el ojo derecho el 2 de septiembre de 2014. En esa intervención se empleó el producto sanitario,

⁴⁰ Ponente: Enrique Lecumberri Martí, (Id. vLex: VLEX-410179606):

⁴¹ Ponente: José Antonio Seijas Quintana, n° de recurso: 2002/2009, (Id. vLex: VLEX-375394594).

⁴² Cendoj: 2807913005202110025.

PERFLUOROCARBONO, sin que conste en la hoja de protocolo quirúrgico ni la marca ni el nº de lote. Tras la intervención, la evolución fue mala, no por falta de éxito de esta, sino por la alteración del nervio óptico de la que no se encuentra otra explicación excepto, por descarte, que la utilización del gas C3F8 PERFLUOROCTANO ALA OCTA. Este producto sanitario, concretamente de la marca *Ala Octa*, fue objeto de una alerta sanitaria por toxicidad y orden de retirada inmediata del producto el 26 de junio de 2015 por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, habiéndose constatado un importante número de afectados en distintas Comunidades Autónomas. El daño sufrido, finalmente, ha sido la pérdida total de la visión del ojo derecho que entiende debe ser indemnizado por la Administración sanitaria, que utilizó el producto defectuoso. Sostiene la demandante que el hecho de que el defecto del producto empleado en la intervención quirúrgica sea imputable al laboratorio que lo fabricó no impide que pueda exigirse la responsabilidad de la Administración sanitaria, pues se trata de un producto que se ha integrado de modo esencial en el funcionamiento del servicio sanitario, por su aplicación en la intervención quirúrgica⁴³.

En el origen del daño coexisten, recoge esta Resolución, dos causas: el defecto del medicamento (imputable al fabricante, otro agente de la cadena de producción o distribución) y la utilización del mismo en el tratamiento prestado por la organización sanitaria, esto es, por la Administración Pública. Hay dos títulos de responsabilidad, diferentes y concurrentes. Son cuestiones fundamentales que debe resolverse en el presente litigio: primero si existe relación causal entre las secuelas que padece el recurrente y el funcionamiento del servicio público sanitario; segundo, en el caso de que resulte acreditado el nexo causal, si la Administración sanitaria responde de las lesiones causadas como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Administración competente.

Relación de causalidad. Valorando el conjunto de las pruebas practicadas conforme a las reglas de la sana crítica y las que rigen la carga de la prueba, estimamos acreditada la relación causal entre las secuelas padecidas por la recurrente y la utilización del producto *Ala Octa* en su intervención quirúrgica.

En cuanto a la responsabilidad de la Administración sanitaria --cuyos facultativos realizaron correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la *lex artis*-- no debe responder aquella de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello y así en el Fallo de la Sentencia se declara que: *Puede la recurrente reclamar los perjuicios causados, como consecuencia de la aplicación del gas tóxico de referencia, bien del fabricante, bien del distribuidor, bien de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, o de todos ellos, en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente sentencia.*

⁴³ Antecedente de Hecho Primero de la Sentencia.

La clave de dirigir la responsabilidad fuera de la Administración sanitaria se encuentra en el artículo 135 del Texto General de Responsabilidad de Consumidores y Usuarios, que como principio general dispone que *los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen*; y, en el siguiente artículo 136, se incluye al gas dentro del concepto legal de producto; luego, obvio es que, debe ser el productor o fabricante del gas el responsable de los daños causados por un producto defectuosamente fabricado (artículo 137), y, aunque el artículo 138.2 parece establecer un concepto amplio de "perjudicado", sin embargo, no resulta posible considerar al Servicio Sanitario como proveedor ---y responsable--- del producto defectuoso, por cuanto fabricante y distribuidor se encuentran, en el supuesto de autos, perfectamente identificados.

A MODO DE BREVES CONCLUSIONES.

- Hay un derecho a una atención segura a su salud por parte de ciudadanos y usuarios y pacientes en general.
- Dirigir atención sanitaria a pacientes y usuarios supone eventualmente asumir una responsabilidad por hacerlo de forma deficiente.
- La responsabilidad puede venir de acciones o de productos que hayan sido prestados de forma inadecuada.
- Cuando la responsabilidad se deriva de infracciones a *lex artis* se asienta sobre bases de determinación subjetiva, mientras que si proviene de producto defectuoso lo hace sobre responsabilidad objetiva.
- Las deficiencias en aspectos organizativos de la asistencia se asimilan, a estos efectos, a un producto defectuoso y se rigen en la determinación de la responsabilidad por patrones objetivos.

3. SENTENCIA PARA DEBATE

STC 148/2023, 6 DE NOVIEMBRE DE 2023: DISCREPANCIA DE LOS PROGENITORES ACERCA DE LA NECESIDAD Y CONVENIENCIA DE VACUNAR A SU HIJA MENOR CONTRA LA COVID-19.

Vicente Lomas Hernández
Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica.
SESCAM.

La STC se pronuncia sobre el recurso de amparo interpuesto contra dos resoluciones judiciales- auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, y el posterior auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, desestimatorio del recurso de apelación- favorables a que el padre de la menor de edad, sin intervención de la madre, que se mostraba contraria a la medida planteada, se realizasen las gestiones necesarias para la vacunación de la hija común de ambos de once años, contra la covid-19.

La demanda de amparo afirma que se ha producido una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral de la hija por dos motivos:

- a) Los órganos judiciales autorizaron su vacunación contra la covid-19 sin haber obtenido previamente el consentimiento informado de los progenitores y de la propia menor, por escrito y con todas las garantías exigidas por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (LAP);
- b) Los órganos judiciales no han justificado la necesidad de la vacuna, ni los beneficios directos que habría de reportar a la menor en el sentido expresado por el art. 6.1 del Convenio de Oviedo.

1. Consideraciones generales:

Previamente al estudio del caso el TC, a partir de su reciente STC 38/2023, de 20 de abril, FJ 4b), en la que se analizó por vez primera la incidencia de la vacunación sobre el derecho fundamental a la integridad física, si bien referido a una persona con discapacidad, hace un recorrido sobre la normativa aplicable en este tipo de situaciones.

Conforme a dicha doctrina, *“la administración de una vacuna requerirá para su constitucionalidad del consentimiento libre, válido e informado de la persona afectada. Cuando falte ese consentimiento o no pueda obtenerse por el motivo que sea, la constitucionalidad de la administración de la vacuna queda supeditada al cumplimiento de los siguientes: (i) que la medida o actuación limitativa del derecho fundamental de que se trate esté prevista por la ley (habilitación legal), con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias; (ii)*

que sea autorizada por resolución judicial que contenga una motivación reforzada relativa a la legitimidad constitucional de la medida autorizada; (iii) que esté dirigida al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo; y (iv) que respete el principio de proporcionalidad, por derivarse de ella más beneficios o ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.”

La habilitación legal en este tipo de casos se encuentra en la LAP que, para el supuesto de personas menores de edad, articula la fórmula del “*consentimiento por representación*”, que se atribuye a los representantes legales de la persona menor, siempre y cuando esta “*no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención*” y después de haber escuchado su opinión.

La lectura art. 9.3, letra c) de la LAP parte de la premisa de que la minoría de edad no implica per se la falta de capacidad para la prestación del consentimiento informado, ni autoriza el recurso automático al consentimiento por representación –otorgado por los representantes legales de la persona menor o, en caso de desacuerdo, por la autoridad judicial–.

No obstante, el TC matiza al afirmar que tanto: i) la capacidad general de autodeterminación de las personas que todavía no hayan alcanzado la mayoría de edad en relación con las actuaciones médicas que les afectan, como ii) la obligación de dar audiencia al menor de edad con edad inferior a los 12 años (art. 9.3, letra c) de la Ley 41/2002), y iii) la prestación del consentimiento por representación, tienen como límite común la salvaguarda del interés superior del menor, que cabe identificar con “[l]a *protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas*” [art. 2.2, letra a) de la Ley Orgánica 1/1996].

Lo que no parece contemplar el TC en sus consideraciones generales son los distintos tramos de edad en relación con la prestación del consentimiento por parte del menor de edad, como se pondrá de manifiesto en el siguiente apartado.

2. Aplicación al caso concreto.

2.1. Ausencia de consentimiento informado por parte de la menor:

En el presente caso el TC interpreta que sí procedía la prestación del consentimiento por representación, pues:

- a) No consta informe profesional ni datos que permitan afirmar que la menor contaba con la madurez a que se refiere el art. 9.3 c) de la Ley 41/2002 a efectos de responsabilizarse del acto de consentir con exclusión de sus padres.

A sensu contrario, es decir, si se hubiese constatado por parte de los profesionales sanitarios madurez suficiente, se podría concluir -siempre conforme al planteamiento que hace el TC en su sentencia- que la menor de once años de edad podría haber prestado por sí misma su consentimiento, sin necesidad de intervención alguna por parte de sus progenitores, afirmación ésta que no se corresponde con el marco legislativo actual.

Recordemos que un paciente con 11 años de edad- como es el caso- no puede tomar decisiones que afecten a su salud por sí mismo, siendo preciso para ello tener una edad igual o por encima del umbral de los 12 años y, además, la concurrencia de dos requisitos adicionales, a saber: a) tener madurez suficiente, y b) que la decisión se adopte en relación con actos médicos cuya realización no comporte grave riesgo para su vida o salud.

- b) Ambos progenitores asumieron que la menor carecía de la capacidad emocional e intelectual para que pudiera prestar el consentimiento informado por sí misma y de forma autónoma; y que, en consecuencia, habían de ser ellos, en cuanto titulares de la autoridad familiar, quienes habían de prestarlo por representación.

2.2. Omisión del trámite de audiencia a la menor:

Si bien las resoluciones judiciales impugnadas fueron dictadas sin escuchar previamente a la menor afectada, esta omisión a juicio del TC no reviste trascendencia suficiente para estimar el recurso de amparo, y la anulación de las resoluciones recurridas.

El argumento empleado para ello es que la cuestión suscitada presentaba una especial complejidad técnica, *“...la decisión pasaba por efectuar una compleja ponderación de los riesgos y beneficios de la vacunación frente a la covid-19 y requería, para un adecuado análisis, de la capacidad de comprender y someter a juicio crítico documentos médico-científicos contrapuestos que, a su vez, utilizaban argumentos técnicos, propios de la medicina, la farmacología y la estadística aplicada, notablemente sofisticados e intrincados”*.

2.3. Omisión de información previa a la prestación del consentimiento.

Se argumenta en la demanda de amparo que no se entregó a los progenitores un consentimiento informado por escrito sobre la composición, riesgos y consecuencias de la administración de la vacuna.

Nada de esto se correspondería con la realidad, toda vez que *“del expediente judicial se desprende con total claridad que los dos progenitores de la menor contaban con tal información desde un momento anterior incluso a la iniciación del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Así resulta de modo evidente del escrito de iniciación del expediente presentado por el padre de la menor, en que justifica su pretensión de vacunarla atendiendo precisamente a la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de la intervención pretendida, que obviamente conoce. Del mismo modo, la madre – recurrente en amparo– se negó en su escrito de oposición a prestar dicho consentimiento, alegando una amplia variedad de argumentos basados en estudios e informes que le eran conocidos y que aportó con dicho escrito de oposición”*.

2.4. Ausencia de motivación de las resoluciones judiciales impugnadas sobre la necesidad y beneficios de la vacunación de la menor.

Se desestima, pues *“Las resoluciones judiciales impugnadas justificaron la decisión de autorizar la vacunación de la menor en la realización efectiva de su interés superior, concretado en este caso en la preservación de su salud física y mental, que, conforme a los estudios, informes y recomendaciones de los organismos oficiales autorizados en materia de vigilancia de la salud, resultaba tutelado de un modo más efectivo y eficaz mediante la inoculación de la vacuna frente a la covid-19”*.

4. - DOCUMENTOS DE INTERÉS.

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

I.- INTELIGENCIA ARTIFICIAL

- Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública.

Esta Carta pretende dar un paso adicional ofreciendo una orientación aplicada para que los gobiernos y administraciones públicas de los Estados miembros puedan consolidar sus propias estrategias y políticas de Inteligencia Artificial. En concreto, el contenido de la Carta pretende identificar las dimensiones clave para la adopción y uso de la Inteligencia Artificial desde y en gobiernos y administraciones públicas iberoamericanas. Lo anterior se completa con una serie de recomendaciones sobre el desarrollo de esta Carta y la puesta en práctica de proyectos que reconozcan la centralidad de las personas.

[Más información: clad.org](https://www.clad.org)

II.- SISTEMA NACIONAL DE SALUD

- Informe oferta-necesidad de especialistas médicos 2021-2035.

Este es el quinto informe desde el año 2007 sobre la oferta y necesidad de médicos especialistas en España. Todos ellos están disponibles en la web del Ministerio de Sanidad. Se presenta en un momento en que las necesidades de profesionales sanitarios del sistema de salud están acrecentadas por la pandemia y el propio sistema está muy tensionado por el esfuerzo de hacer frente a la COVID-19, nuevo y preocupante problema de salud que ya ha causado una pérdida de 1,6 años en la esperanza de vida al nacer de los españoles en 2020.

[Más información: sanidad.gob.es](https://www.sanidad.gob.es)

- El TC desestima el recurso del PP frente al Real Decreto-Ley que creó un recurso de casación contra autos de medidas de las autoridades sanitarias durante el Covid-19.

El Pleno del Tribunal Constitucional ha desestimado por unanimidad, en una sentencia de la que ha sido ponente el magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla, el recurso de

inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional a aplicar tras la finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Los preceptos impugnados crearon un recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo contra los autos dictados por las Salas del mismo orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional en materia de autorización o ratificación judicial de medidas adoptadas por las autoridades sanitarias que impliquen restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.

La sentencia desestima el recurso al apreciar, en primer lugar, que concurre el presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” (art. 86.1 CE), por cuanto el Gobierno ha aportado una justificación para la adopción de la concreta medida discutida y que existe conexión de sentido entre la situación de urgencia definida y la medida articulada para hacerle frente. En concreto el Gobierno optó por esta reforma procesal como una de las medidas relacionadas con el nuevo escenario tras el fin del estado de alarma y la pervivencia de una complicada situación como consecuencia de la persistencia de la pandemia del COVID- 19, y, a tal fin, atribuyó al Tribunal Supremo la competencia, en casación, de homogeneizar la respuesta judicial en la autorización y ratificación de las medidas restrictivas de derechos adoptadas por las administraciones públicas territoriales en la lucha contra el COVID-19.

También se desestima la queja relativa a la vulneración de los límites materiales del decreto-ley, pues no se afecta al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por cuanto la norma establece un concreto recurso y no supone una regulación general del derecho. Tampoco afecta a la ordenación de instituciones básicas del Estado, ya que la normativa impugnada no se refiere a elementos estructurales o esenciales del proceso judicial, ni regula un elemento esencial del poder judicial como institución básica del Estado. Y, finalmente, el cumplimiento del presupuesto habilitante hace que se descarte quebranto alguno del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) por la utilización de la norma de urgencia.

La sentencia concluye con una apelación al legislador acerca de la conveniencia de una reforma legislativa en esta materia, ya que este concreto recurso de casación carece de supuesto al que aplicarse, dado que ya no existen resoluciones judiciales que puedan ser susceptibles de esta modalidad de recurso (que, sin embargo, sigue formalmente subsistiendo en el ordenamiento procesal), por cuanto la STC 70/2022, de 2 de junio, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que atribuían a las Salas de este orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional la competencia para autorizar o ratificar medidas sanitarias urgentes, que limitan o restringen derechos fundamentales con alcance general, es decir, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente.

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

- **Movilidad de pacientes y descentralización sanitaria: respuestas y retos en el Sistema Nacional de Salud español.**

La creciente movilidad interregional de pacientes en el sistema de salud español demanda mecanismos de coordinación vertical y horizontal ante la multiplicidad de actores e instituciones involucradas en un sistema de salud descentralizado. En este artículo analizamos las herramientas desarrolladas en el conjunto del sistema sanitario español para hacer frente a la movilidad de pacientes hacia centros de excelencia (CSUR) y entre áreas limítrofes (acuerdos y convenios bilaterales), así como los mecanismos de compensación financiera desarrollados para hacer frente a la movilidad de pacientes. El estudio combina un análisis descriptivo sobre liquidaciones y asistencias sanitarias en las 17 CC.AA, Ceuta y Melilla, con una revisión de documentos y entrevistas con informantes clave. A lo largo del texto, se pone de manifiesto la existencia de retos institucionales, políticos y, sobre todo, financieros para alcanzar una efectiva coordinación entre los actores públicos del SNS para responder a la movilidad de pacientes.

[Más información: revistasonline.inap.es](http://revistasonline.inap.es)

III.- SALUD MENTAL

- **Informe sobre tratamientos e ingresos involuntarios en salud mental. Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid; Confederación SALUD MENTAL ESPAÑA.**

El objetivo de este documento es promover que se termine con los automatismos en la atención a la salud mental que supongan una vulneración de derechos y que haya cauces para que las personas puedan decidir cómo quieren ser tratadas en un entorno sanitario, de atención y cuidados conforme a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

[Más información: consaludmental.org](http://consaludmental.org)

- **Capacidad jurídica y excepcionalidad jurídica en la Ley 3/2021, de regulación de la eutanasia. Hernán María Sampietro.**

Este artículo presenta una lectura situada a la Ley 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, desde la perspectiva de una persona usuaria de servicios de salud mental. El análisis se hace desde el marco jurídico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), de Naciones Unidas, atendiendo especialmente a su artículo 12, de Igual reconocimiento como persona ante la ley. La lectura atiende a la adecuación (o no) del texto de la ley a la CDPD. En la discusión, se

repasan los argumentos que se esgrimen desde la institución psiquiátrica no solo para oponerse al ejercicio de este nuevo derecho por parte de las personas psiquiatrizadas, sino también, por extensión, para perpetuar en el Estado español una situación de excepcionalidad jurídica en base a un criterio de trastorno mental.

[Más información: scielo.isciii.es](https://scielo.isciii.es)

La aplicación de la LORE a pacientes afectados por enfermedad mental ha sido rechazada por la STC 19/2023, de 22 de marzo:

[Más información: sanidad.castillalamancha.es](https://sanidad.castillalamancha.es)

No obstante no se puede obviar la existencia de cierta controversia al respecto, y buena prueba de ello lo constituye la STSJ de Navarra nº 353/2022 de 16 Dic. 2022, Rec. 263/2022.

La Sala manifiesta que *“Lo primero que hay que decir es que la cuestión no es baladí y que somos conscientes de la complejidad del asunto y del debate que se puede generar y se genera, en realidad, entre los especialistas en la materia (hay quien afirma que una enfermedad mental puede causar tanto sufrimiento e incapacidad como una enfermedad física, y quienes apuntan que hay tratamientos para curar estos trastornos y no se debe ayudar a morir a estas personas) y, esta Sala es igualmente sabedora de los enormes desafíos a los que han de enfrentarse los médicos a los que la ley otorga responsabilidad en este ámbito ; pero lo cierto es que, y en lo que compete a este Tribunal, la ley aprobada no excluye expresamente la patología mental, pero tampoco implícitamente”*.

Para concluir afirmando que:

“Esta Sala es partidaria de no restringir el concepto de padecimiento e incluir además del dolor físico el dolor psíquico siempre que el caso este sometido a escrutinio profesional y se extremen el cuidado en la valoración y ponderación de las garantías tratamientos dependencia, etc.”

La presidenta de la Comisión de Garantía y Evaluación de Eutanasia en Navarra, Dña. María Luisa Los Arcos, el 30 de marzo de 2023, declaraba:

“Creo que vamos tímidamente llegando a la conclusión de que la enfermedad mental no está excluida de la Ley de Eutanasia por sí misma, no es incompatible. Ahora sí, evidentemente habrá que tener muchísimo cuidado en la valoración de ese asunto y comprobar que no sea la propia enfermedad mental la que determine la decisión” el paciente.

[Más información: cadenaser.com](https://cadenaser.com)

Y el Informe anual sobre la aplicación de la Ley orgánica de regulación de la eutanasia durante el año 2022 en Cataluña, recoge entre las personas que se acogieron a la nueva prestación sanitaria de ayuda para morir:

“Una persona con diagnóstico de depresión mayor recurrente y refractaria al tratamiento también recibió la prestación de ayuda para morir, así como una persona con enfermedad de Alzheimer de inicio precoz y rápida evolución”.

[Más información: canalsalut.gencat.cat](https://canalsalut.gencat.cat)

IV.- RESPONSABILIDAD SANITARIA

- **Fallecimiento de paciente tras someterse a intervención de oído.**

STSJ de Galicia nº 00796/2023, de 2 de noviembre.

La paciente a los 16 años de edad se sometió a una primera intervención quirúrgica, tras la cual el médico que la realizó le había aconsejado “que nadie tocara ese oído”. Por este motivo, y pese a tener problemas de audición, había rechazado durante años posibles intervenciones que mejorarían su calidad de vida que le ofrecía el servicio de ORL.

Durante los últimos meses, se le había ido estrechando el conducto auditivo, lo que le dificultaba el uso de los audífonos. A resultas de esta intervención la paciente fallece.

La Sala considera que en este caso, la responsabilidad recae en exclusiva sobre los profesionales sanitarios:

“Los únicos responsables han sido los facultativos actuales que, teniendo la obligación de comprobar, conocedores de aquella lejana operación, el estado de la zona sobre la que iba a recaer la manipulación quirúrgica, no lo hicieron. Exceso de confianza, tal vez, pero claramente revelador de una mala praxis asistencial de nefastas e inesperadas consecuencias para la paciente. La propia Dra. Rosaura que intervino a la Sra. Zaida manifestó que de haber conocido la inexistencia de dicha barrera ósea no hubiera procedido a la cirugía.”

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

- **Embarazo: inexistencia de responsabilidad por omisión de cribado de primer trimestre**

STSJ Comunidad Valenciana (Contencioso) de 7 noviembre de 2023.

La demandante fundamenta su pretensión en la circunstancia de no haberle practicado la prueba de cribado del primer trimestre para descartar malformaciones fetales, al encontrarse ya fuera de plazo por haber tenido el médico que modificar la fecha de última regla por equivocación de la matrona; así como en que no se le ofreció por el médico, la realización de cualquier otra prueba para descartar este tipo de anomalías (amniocentesis u otra).

La reclamación no prospera:

1. En cuanto al error que imputa a la matrona en cuanto a la anotación de la FUR en su primera visita al centro de Salud, dicho dato se obtiene de las manifestaciones de la propia paciente.
2. En la primera visita al ginecólogo, que es cuando se constata la imposibilidad de practicar este cribado del primer trimestre por haber transcurrido ya en exceso el plazo, el médico informó a la gestante y a su acompañante de las pruebas alternativas disponibles con la misma o mayor sensibilidad que el cribado de 1 o trimestre (Amniocentesis) y explicó la sensibilidad disminuida de otro test disponible para 2º trimestre", optando la interesada por realizarse la Eco de la semana 20 y según su resultado y hallazgos, realizarse o no prueba invasiva.
3. Consta acreditado que en la ecografía de la semana 20 y posteriores se encontró únicamente foco hiperecogénico en ventrículo izquierdo y PEG que se normalizó en la ecografía del tercer trimestre.
4. Respecto de la enfermedad XXXX, según resulta del informe emitido por Inspección Médica, es una enfermedad rara y solo resultaría detectable si hubiere malformaciones groseras, que en este caso no tuvieron lugar.

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

- **Responsabilidad por informe de autopsia.**

SAN de 16 octubre 2023.

Se produjo un funcionamiento anormal atribuible al Juzgado de Instrucción y al Forense que encabezaban la investigación, en tanto que desconocieron los datos de los informes de Laboratorio, emitiendo el Forense su informe de autopsia sin legar a contar con todos los datos que eran precisos, habida cuenta que pidió aclaraciones con posterioridad a dicho informe. Y tras este no se procedió a realizar las rectificaciones o investigaciones complementarias que exigía el caso.

La investigación abierta para determinar las causas del fallecimiento se llevó a efecto de una forma errática, puesto que la petición de aclaraciones acerca de la presencia de olanzapina no se llegó a realizar con el rigor que exigían las circunstancias del caso.

Se solicitaron informes sin especificar que lo relevante era determinar las cantidades exactas de sustancia detectadas, con objeto de aseverar si existía una sustancia letal, con entidad para provocar la muerte; pero lejos de actuar de este modo, se emitió un informe en fecha 5 de octubre de 2018 indicando una causa de muerte específica, para posteriormente seguir practicando diligencias encaminadas a determinar la cantidad de olanzapina en sangre encontrada en las muestras; siendo así que los servicios de laboratorio (Instituto de Medicina Legal Lleida) rebajaron los límites del estudio para llegar a una conclusión más aproximada a la realidad.

El 27 de noviembre de 2018 el Juzgado y el Forense estaban en condiciones de tomar conocimiento del nuevo informe, que arrojaba resultados contundentes acerca de los restos de olanzapina en sangre, y de reconsiderar el informe final detallando la causa del fallecimiento (puesto que la dosis no era letal); tal cosa no tendría lugar hasta un año después (29 de noviembre de 2019), cuando se elabora un nuevo informe de autopsia, tras la práctica de dos contraanálisis a cargo del Instituto de Medicina Legal de Lleida y el Instituto de Toxicología (Madrid).

Es obvio que este conjunto de circunstancias, una vez conocidas por la familia tuvieron que provocar desconcierto y dolor, puesto que además del luctuoso suceso en condiciones traumáticas, tuvieron que enfrentarse a la incertidumbre de la causa de la muerte, con nuevos informes y pruebas, que lógicamente generan desaliento y preocupación ante los interrogantes que planteaban los distintos informes.

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

V.- PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

- **Haciendo realidad el Espacio Europeo de Datos Sanitarios.**

Durante la jornada “*Haciendo realidad el Espacio Europeo de Datos Sanitarios (EEDS)*” organizada por la Fundación Gaspar Casal y PredictBy, tuvo lugar un taller de trabajo titulado “*Construyendo el Espacio Europeo de Datos Sanitarios, profundización en los conceptos clave del EEDS y su relación con otras legislaciones relevantes*”, donde se presentaron de forma resumida los aspectos clave de la propuesta de regulación sobre uso secundario de los datos sanitarios. La mayor parte de la sesión fue una dinámica de trabajo en grupos, De la regulación a la práctica, planteada como un espacio de debate y consenso con el objetivo de discutir los elementos más importantes para los diferentes actores. En este documento se presenta el resultado del trabajo desarrollado durante la sesión y en él se podrán encontrar la descripción del EEDS y las conclusiones generales alcanzadas

[Más información: fundaciongasparcasal.org](http://fundaciongasparcasal.org)

- **Difusión de sus datos de salud a través de correo electrónico**

AEPD. Resolución 10 octubre 2023. Exp. 202303130.

La reclamación se dirige contra AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA por la difusión de sus datos de salud a través de correo electrónico "sin ningún tipo de precinto o indicación que lo marcara como confidencial".

Según expone, tuvo problemas de salud derivados de conflictos en el ámbito laboral y acudió al Servicio de Prevención y Seguridad Laboral del Ayuntamiento, que emitió un informe médico que le recomendaba dirigirse a la Unidad de Vigilancia de la Salud para valorar una adaptación o un cambio de puesto de trabajo.

En el presente caso, el informe se remitió directamente al responsable directo de dicho trabajador. El documento trasladado contenía el dictamen del Servicio de Prevención y Salud Laboral sobre las medidas de adaptación de las funciones a desempeñar por el trabajador, medidas que tenían que ser conocidas y aplicadas por su inmediato superior.

Para este traslado de documentación no se utilizó la cuenta nominal corporativa del destinatario ni el Servicio Interno de Comunicaciones -SIC-; la cuenta utilizada es de uso prioritario del responsable del centro y en su ausencia solo es apto para abrirla el personal en quien él específicamente delegue

El Ayuntamiento manifiesta que en el momento en que se produjo el incidente se encontraba en proceso de implementar las medidas indicadas por el Delegado Municipal de Protección de Datos, pudiendo existir todavía algunos desajustes, al no utilizar medidas más seguras para el traslado de documentación como son el Sistema Interno de Comunicaciones (SIC) o las cuentas de correo electrónico nominales corporativas.

En el presente caso, en el momento de producirse la brecha de seguridad, no consta que el Ayuntamiento de Zaragoza dispusiese de medidas de seguridad razonables en función de los posibles riesgos estimados:

El Ayuntamiento no ha tenido en cuenta aspectos básicos como la utilización de cuentas corporativas nominativas y asimismo el envío mediante un sistema de mensajería que garantice que la entrega se realiza únicamente al cargo que por razón de sus funciones debe tener acceso a la documentación.

[Más información: aepd.es](https://www.aepd.es)

- **Negativa de la Administración a hacer entrega telemática al interesado de los datos sanitarios solicitados.**

AEPD. Resolución 6 octubre 2023. Exp. 202301813.

El reclamante ejerció el derecho de acceso a su expediente sanitario ante DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA que le deniega dicho derecho indicando que "(...) deberá solicitar mediante instancia o minuta a esta Unidad Regional de Sanidad, ser citado en estas dependencias, con el fin de hacerle entrega de su historial clínico laboral, dando cumplimiento a lo que así establece 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 parte reclamante refiere que solicitó que se le remitiera la documentación solicitada y muestra su disconformidad con que se le obligue a acudir a por ella personalmente, pues dejó clara su intención de que se enviase lo instado al correo electrónico mencionado en la solicitud o, en su defecto, a la Dirección Electrónica Habilitada Única (DEHú). Dicha Instancia fue firmada con Certificado Electrónico, lo que no dejaba dudas

de que era el que suscribía quien pedía dichos datos de los que es titular, además mediante la DEHú se asegura la notificación, quedando acreditado el acceso a la misma en fecha y hora y, por consiguiente, teniendo la certeza del correcto envío a su destinatario (...)

La Administración fundamenta su negativa al envío de la documentación en formato electrónico en a) el cumplimiento de medidas de seguridad, custodia y confidencialidad que este tipo de documentos requieren para su entrega, copia y tramitación, b) que la Unidad Regional de Sanidad no tiene acceso a los canales de comunicación y trámite a los que hace referencia el funcionario en sus escritos, y c) que la dirección de correo electrónico usada por el remitente, no corresponde con un servidor oficial de la Policía Nacional, no teniendo el Servicio Médico las garantías necesarias de autenticidad del mismo, ni conociendo la identidad de la/s persona/s que lo remite/n.

La Agencia estima la reclamación, pues:

- En estos casos, en que la solicitud no se presente mediante el canal facilitado o en la Oficina correspondiente, el órgano receptor debe transmitir la solicitud recibida al Delegado de Protección de Datos asignado o el departamento encargado de la gestión de este tipo de solicitudes.

- Aunque es adecuado que dicha solicitud se dirija a la dirección declarada por el responsable a efectos del ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 o, a la oficina central, se considera que la recepción de la solicitud por cualquier departamento o sucursal del responsable es destino válido de la misma, conforme con el artículo 12 de LOPDGDD

- Según el Comité Europeo de Protección de Datos, no hay requisitos específicos sobre el formato de una solicitud.

El responsable del tratamiento debe proporcionar canales de comunicación adecuados y fáciles de usar que puedan ser fácilmente utilizados por el interesado. Sin embargo, el interesado no está obligado a utilizar estos canales específicos.

- Sí estaba debidamente acreditada la identidad del solicitante, toda vez que éste había presentado su solicitud a través de registro electrónico haciendo uso de su certificado digital.

- Comité Europeo de Protección de Datos: En caso de solicitud por medios electrónicos, la información se facilitará por medios electrónicos siempre que sea posible y a menos que el interesado solicite otra cosa.

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

- **Derecho de acceso a la información pública. Datos personales especialmente protegidos: no es posible la entrega a terceros aplicando técnica de anonimización.**

STS de nº 1365/2023, de 31 de octubre, nº rec. 705/2022.

El TS desestima el recurso interpuesto, confirmándose el acuerdo que atendió parcialmente a la solicitud de información realizada, pues la información que se rechazó dar contiene datos personales especialmente protegidos, como son los relativos a la salud de la magistrada a la que se refiere el recurrente. Esa información, aunque conste en documentos elaborados en procedimientos incoados y resueltos por el CGPJ no es accesible a terceros, precisamente porque contiene datos relativos a la salud de la magistrada. Por eso, no sirve la solución de la anonimización ni de la disociación. No cabe separar de la persona a la que pertenecen cuando se trata de documentos obrantes en expedientes individualizados. Ni es posible anonimizar lo que consta identificado personalmente.

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

Despido de un trabajador por tocamientos injustificados a un paciente. Acceso de la clínica a la información del teléfono móvil.

STSJ de Baleares nº 529/2023. Rec. 280/2023.

El paciente acudió al centro para someterse a unas pruebas radiológicas que requerían colocar un protector gonadal, que sujeta el mismo paciente.

El trabajador, técnico de rayos, efectuó tocamientos en la zona genital del paciente, por ambos lados, y llegó a aproximar el rostro a la zona. Tras la prueba, cuando el paciente se dirigía a la sala de espera de la consulta del médico, recibió un mensaje de WhatsApp del técnico de rayos ofreciéndole sus servicios como quiromasajista.

El paciente entró en estado de nerviosismo, y otra persona que estaba en la sala de espera se dio cuenta y habló con él. Cuando la víctima le contó lo ocurrido, le acompañó a interponer una queja ante el Departamento de Atención al Cliente del centro, que comprobó que el trabajador denunciado había accedido al historial clínico del paciente poco antes de que éste recibiera el mensaje de WhatsApp.

El trabajador alega que se ha vulnerado su derecho a la intimidad al haber accedido la empresa a un mensaje enviado desde su teléfono móvil y al rastro dejado en el ordenador de la clínica.

Los magistrados consideran que, aun cuando se aceptase que los supuestos tocamientos no tuvieran ningún tipo de ánimo ajeno al profesional, ello se diluye "en cuanto que accedió seguidamente al historial clínico del paciente, incumpliendo las normas" sobre política de tratamiento de datos personales.

Y en cuanto al envío del WhatsApp "denota no solo una efectiva realidad de la reclamación realizada por el paciente, sino que revela que el trabajador incumplió de modo persistente el deber profesional de adecuada atención técnica a su trabajo, trasgrediendo los parámetros mínimos para que pudiera continuar la relación laboral que mantenía con la empresa, formando parte del ámbito exclusivo de decisión de la

empresa, una vez verificada la gravedad de los hechos, imponer la máxima sanción posible".

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

VI.- MEDICAMENTOS

- **Infracciones. Aplicación de la legislación autonómica sobre ordenación farmacéutica**

STS nº 1352/2023 de 30 octubre.

El TS declara que atendiendo a cada caso y al hecho en que consista la infracción, se aplicará la legislación estatal o la autonómica sobre ordenación farmacéutica, según que la infracción cometida por el farmacéutico afecte a la salud de las personas en lo que hace a la atención farmacéutica o constituyan actos que afecten a la administración o gestión de las oficinas de farmacia. El art. 21.3 Ley 39/2015 es aplicable salvo que en la normativa autonómica se prevea un plazo distinto de duración de los procedimientos sancionadores.

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

- **Actualización del documento informativo sobre ensayos clínicos.**

El 29 de septiembre del 2023 la Comisión Europea ha hecho pública una nueva versión (la 6.6) del documento sobre preguntas y respuestas referentes a la regulación de los ensayos clínicos en el Reglamento (UE) núm. 536/2014 («Clinical trials Regulation (EU) No 536/2014- Questions & Answers»)

[Más información: health.ec.europa.eu](http://health.ec.europa.eu)

VII.- PROFESIONES SANITARIAS

- **Anulación parcial del RD 589/2022, de 19 de julio, por el que se regulan la formación transversal de las especialidades en Ciencias de la Salud.**

STS nº 1262/2023, de 16 de octubre, nº rec. 848/2022.

La Sala estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la Universidad de Navarra-Clinica Universidad de Navarra contra el Real Decreto 589/2022, de 19 de julio, por el que se regulan la formación transversal de las especialidades en Ciencias de la Salud , el procedimiento y criterios para la propuesta de un nuevo título de especialista en Ciencias de la Salud o diploma de área de

capacitación específica, y la revisión de los establecidos, y el acceso y la formación de las áreas de capacitación específica, y se establecen las normas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación en especialidades en Ciencias de la Salud , y declarado la nulidad de los artículos 16.4, 23.2, y de la disposición derogatoria única, apartados b) y d).

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

- **Diplomatura Universitaria en Logopedia y acceso al empleo público. No equivalente a grado.**

STS nº 1400/2023, de 4 de noviembre, nº rec. 8517/2021.

El TS declara que la certificación de nivel 2 del MECES reconocido a la Diplomatura Universitaria en Logopedia no permite entender cumplida la equivalencia con el título de Grado a los efectos del acceso al empleo público en plazas clasificadas en el Subgrupo A1, pues la correspondencia del Diploma en Logopedia con el nivel MECES, no representando la adquisición de un nuevo título, solo produce sus efectos profesionales cuando así lo admita la norma sectorial y la normativa sectorial impone para ejercicio de la profesión regulada de Logopeda ostentar la titulación de Grado.

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

VIII.- RECURSOS HUMANOS

- **Proceso selectivo: aspirante por turno de discapacidad que supera las pruebas. Revisión del grado de discapacidad antes de la toma de posesión.**

STS 1370/2023, 2 de Noviembre de 2023.

La recurrente se presentó, por el turno de discapacitados, a un proceso selectivo de personal estatutario convocado por el Servicio Aragonés de Salud (Grupo Administrativo). En el momento de presentación de la solicitud tenía reconocida una discapacidad del 33% por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales. Dicha declaración de discapacidad estaba sujeta a revisión al cabo de dos años, lo que significa que debía revisarse en 2017.

La recurrente superó todas las pruebas del proceso selectivo. En ese momento todavía era válida su declaración de discapacidad del 33%. Pero pocos días después, en mayo de 2017, hubo de someterse a revisión por parte del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, que concluyó con una reducción de su discapacidad al 15%. Este porcentaje de discapacidad está por debajo del mínimo que las bases de la convocatoria establecían para participar en el proceso selectivo por el turno de discapacitados. Como consecuencia de ello, mediante resolución de la Dirección-Gerencia del Servicio Aragonés de Salud de 3 de agosto de 2017 se declaró la pérdida de sus derechos en el

proceso selectivo; y ello porque las bases de la convocatoria exigían que los requisitos en ellas establecidos debían "mantenerse hasta el momento de la toma de posesión".

La cuestión declarada de interés casacional objetivo es determinar cuál es el momento en que debe cumplirse el requisito relativo al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados.

La Sala considera que puede resultar desproporcionado declarar pura y simplemente la pérdida de sus derechos por incumplimiento de las bases de la convocatoria, sin comprobar previamente que con la puntuación obtenida no habría podido ser aprobado y obtener plaza por el turno general, toda vez que la interesada había superado el proceso selectivo.

La respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo es que el momento en que debe cumplirse la condición relativa al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados es el establecido en las bases de la convocatoria correspondiente. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que quien ha participado en un proceso selectivo por el turno de discapacitados, ha aprobado todas las pruebas y solo en un momento posterior deja de tener el porcentaje de discapacidad requerido por las bases de la convocatoria pueda ser tenido por aprobado en el turno general; algo que dependerá de que haya obtenido mejor puntuación que alguno de los aprobados en dicho turno general, o que en este hayan quedado plazas sin cubrir.

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

- **Inclusión en la Oferta de Empleo Público plazas cuya provisión vaya a realizarse en una anualidad distinta.**

STS nº 1332/2023, de 26 de octubre, nº rec. 6831/2021.

La cuestión en la que, en principio, se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es: si, considerando el carácter esencial del plazo de 3 años que el artículo 70.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público contempla para la ejecución de la Oferta de Empleo Público o instrumento de planificación de personal similar, es posible que esta incluya plazas correspondientes a una anualidad distinta a aquella para la que es aprobada.

El TS declara que no existe un imperativo legal de que las ofertas de empleo público solo puedan contemplar plazas cuya provisión hayan de hacerse dentro del año, pues, si bien la OEP es un instrumento fundamental de planificación en esta materia que, en principio, debe ser aprobada y publicada anualmente por cada Administración Pública, teniendo en cuenta sus necesidades de personal de nuevo ingreso, así como la necesaria cobertura presupuestaria, normativamente no se exige que las plazas contempladas en una determinada OEP hayan de ser ineludiblemente convocadas y adjudicadas dentro de ese año, ya que ello seguramente sería inviable en la mayoría de los casos, aunque solo sea por el tiempo usualmente necesario para hacer las convocatorias y realizar los

procesos selectivos, por ello precisamente se establece un plazo máximo de tres años para la ejecución de cada PEP, plazo que se ha considerado esencial.

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

- **Cuestión de interés casacional: demora en la convocatoria de concurso de traslado y vulneración del art. 37.2 del EM.**

ATS, 8 de noviembre de 2023, nº 352/2023.

La cuestión de interés casacional consiste en:

Determinar si, la excesiva dilación en el tiempo de la falta de convocatoria de concurso de traslados, puede integrar una lesión del artículo 37.2 del Estatuto Marco del Personal Estatutario, que comporte la necesaria convocatoria de concurso de traslados.

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

IX.- PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

- **Sobrecarga laboral de dos médicos sin que la Administración hiciera nada para atender su situación.**

SJ-Social nº 2 de Vitoria, nº 154/2023 de 17 agosto, nº rec. 71/2022.

Dos médicos especialistas en angiología y cirugía vascular sufrieron sobrecarga laboral a raíz del gran número de pacientes que debían atender y a los largos turnos impuestos por su superior jerárquico. El servicio de salud, pese a las quejas de los afectados, no tomó medidas para remediar dicha situación, ni tampoco modificó sus horarios de trabajo, a pesar de que otros médicos trabajaban menos horas.

“El servicio era conocedor de esta situación, y pese a las quejas formales por parte de los demandantes, no se adoptó ninguna medida preventiva ni reparadora, siendo finalmente los demandantes los que, a la vista del cariz que estaba tomando la situación, decidieron marcharse a un Hospital de la red privada”.

Agrega que “(...) el contexto en el que se produce el incumplimiento empresarial obedece a la desatención de la obligación de seguridad. Ante tal situación la empresa estaba obligada a adoptar todas las medidas necesarias para solventarlo, paliarlo, o, cuando menos, minorarlo, y librar al trabajador de la existencia de un riesgo cierto para su salud en el ámbito laboral, cosa que no ha hecho en el caso que nos ocupa.

Señala que “(...) el empresario público demandado, que, por su condición de empleador, es quien está obligado a garantizar la seguridad en el trabajo de su empleado. Las actuaciones de terceros no exoneran al empresario de su responsabilidad. El conflicto resurge en el año 2011, y en ese momento no existe

actuación alguna por parte de la empresa, a pesar de los apercibimientos de la Inspección de Trabajo, lo que evidencia el incumplimiento normativo por parte de la empleadora, enrocada en una alarmante inactividad”.

El Juzgado concluye que, “(...) *la pasividad del servicio ante el conflicto laboral que sufrían los demandantes vulneró la normativa en materia de prevención de riesgos. Nos hallamos ante un caso de pasividad empresarial flagrante y continuada, puesto que se desentiende de sus obligaciones de seguridad y salud para con su trabajador, a pesar de conocer la situación de riesgo en la que se encontraban durante años*”.

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

X.- DERECHO PROCESAL

- **Orden jurisdiccional social: competente para conocer de reclamaciones por fallecimiento por Covid de médico de la sanidad pública.**

STSJ de Castilla-La Mancha 1355/2023.

La citada sentencia se pronuncia sobre el facultativo fallecido por COVID (Accidente de trabajo) y la competencia del orden social para conocer de la reclamación presentada por los familiares.

En instancia se consideró que era competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, debido a que eran los herederos quienes reclamaban.

El TSJ declara que no estamos ante responsabilidad patrimonial, sino ante una cuestión litigiosa de la que debe conocer el orden social.

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

XI.- CONTRATACIÓN PÚBLICA Y FARMACIA

- **Prevalencia del PCAP frente al PPT.**

Resolución nº 1403/2023 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 27 de Octubre de 2023. Recurso n 1303/2023.

EL PCAP indica su prevalencia frente al PPT cuando exista una contradicción entre ellos. Siendo ello así no cabe excluir una oferta por incluir una previsión que el PPT no permite, pero el PCAP sí. Los incumplimientos del PPT han de ser claros y expresos para fundar la exclusión de un licitador, no acreditando la actora que sea éste el caso.

[Más información: hacienda.gob.es](http://hacienda.gob.es)

- **Contratos de asistencia sanitaria urgente: contrato de servicios y contrato de suministros.**

Comisión Consultiva de Contratación Pública. Informe 14/2023 de 30 de octubre.

El artículo 131.4 los contratos de asistencia sanitaria urgente dispone que:

En los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, no serán de aplicación las disposiciones de esta Ley relativas a la preparación y adjudicación del contrato.

Para proceder a la contratación en estos casos bastará con que, además de justificarse la urgencia, se determine el objeto de la prestación, se fije el precio a satisfacer por la asistencia y se designe por el órgano de contratación la empresa a la que corresponderá la ejecución”.

La asesoría jurídica del SAS emitió dos informes contradictorios sobre la interpretación que merece este apartado:

En el primer informe se llega a la conclusión que el uso de este procedimiento de carácter excepcional se limitaba a las prestaciones propias de un contrato de servicios excluyéndose, por tanto, los contratos de suministros, opinión coincidente con la de este Centro Directivo.

En un informe posterior se concluye que se puede hacer uso del procedimiento del artículo 131.4 LCSP tanto para contratos de servicios como para suministros.

La Junta Consultiva se posiciona a favor del segundo informe:

“Entiende este órgano consultivo, a la vista de lo expuesto, que el procedimiento de adjudicación previsto en el artículo 131.4 LCSP es aplicable a aquellos contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, ya consistan en prestaciones contractuales de servicios o de suministros.

Para sustentar esta conclusión, se argumenta:

a) concepto de “asistencia sanitaria” en la legislación especial que regula esta materia, que es precisamente el análisis que realiza ese segundo informe de la Asesoría Jurídica del SAS 2021-0188-CTA-CE, donde concluye que la asistencia sanitaria comprende tanto la prestación de servicios médicos, como farmacéuticos, ortoprotésicos y de productos dietéticos, es decir, prestaciones de servicios y de suministros.

b) la propia LCSP hace referencia, tanto en su exposición de motivos como a lo largo de su articulado, al término “prestación” en un sentido amplio, es decir, como obligaciones o actividades objeto del contrato, ya sea de obras, servicios o suministro.

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

-Aplicación de la LCSP a fundaciones de iniciativa pública.

Informe 9/2023, de 24 de octubre de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Una fundación pública es poder adjudicador, no Administración pública (PANAP). Por tanto, le es aplicable ese régimen específico, contemplado en los artículos 315 a 320 LCSP.

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

- **Contratos privados de seguros de asistencia sanitaria de salud y de accidentes y el contrato de seguro de daños de responsabilidad civil. Excluidos de la aplicación del art. 29.4 de la LCSP.**

Informe 66/2022, de 25 de mayo de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

La cuestión a dilucidar en el presente informe consiste en determinar si el penúltimo párrafo del artículo 29.4 de la LCSP (resulta de aplicación a los contratos de seguro objeto de esta consulta (los contratos de seguros de asistencia sanitaria de salud y de accidentes y el contrato de seguro de daños de responsabilidad civil)

Dicho párrafo establece un régimen específico aplicable a los contratos de servicios a las personas, para los cuales se reconoce la posibilidad excepcional de establecer un plazo de duración mayor al máximo establecido para los contratos de servicios "*cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente*".

Caracterizados los contratos de seguros mencionados como servicios financieros, tanto en el caso de los servicios de seguros de salud, sanitarios y de accidentes (CPV 66512000-5, 66512100-3, 665122004, 66512210-7 y 66512220-0), como en el caso de los servicios de seguros de responsabilidad profesional (CPV 66516500-5), se observa que los mismos no están incluidos en el Anexo IV, por lo que no les puede resultar de aplicación el artículo 29.4 de la LCSP, debiendo regirse por lo dispuesto con carácter general para la duración de los contratos de servicios.

Ante esta conclusión, con arreglo a la redacción vigente del artículo 29, no es posible justificar un plazo superior al permitido por la LCSP en las razones expuestas en el escrito de consulta para cada uno de los dos tipos de seguro, relacionados con los problemas que suscita el cambio del prestador al finalizar el correspondiente contrato. Las dificultades que en cada caso plantea la sucesión de este tipo de contratos, cuestión que, por otro lado, se suscitará con independencia de que la duración del contrato sea mayor a la prevista en la LCSP, deberá solventarse en los pliegos correspondientes dentro del marco legal vigente.

[Más información: hacienda.gob.es](http://hacienda.gob.es)

5.- BIBLIOGRAFÍA Y FORMACIÓN.

I.- Bibliografía

DERECHO SANITARIO.

- La autonomía reproductiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Editorial Civitas

[Fuente: dykinson.com](http://dykinson.com)

- Aspectos constitucionales de la vacunación a la luz de la pandemia de covid-19.

[Fuente: marcialpons.es](http://marcialpons.es)

II.- Formación

DERECHO SANITARIO.

- El Derecho y la salud. Derechos y deberes del paciente. Foro Español de Pacientes.

[Fuente: forodepacientes.org](http://forodepacientes.org)

- II Webinar de la Asociación de Juristas de la Salud, que versará sobre “TRATAMIENTOS E INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS EN SALUD MENTAL”.

[Fuente: ajs.es](http://ajs.es)

-NOTICIAS-

- La inteligencia artificial en medicina necesita muchos más datos de pacientes.

[Fuente: *publico.es*](#)

- Galicia estudia ya cuándo aplicar la eutanasia a la mujer cuya madre la impidió.

[Fuente: *abc.es*](#)

- El Sergas confirma que paciente y médicos pactarán la fecha para la eutanasia de una mujer de Santiago.

[Fuente: *eleconomista.es*](#)

- Dos trabajadores del Sergas acusados de acceder al historial médico de familiares alegan que fue "por preocupación".

[Fuente: *europapress.es*](#)

- Sociedades científicas urgen a crear la especialidad de Genética.

[Fuente: *larazon.es*](#)

- Skysona: la terapia génica que salvó la vida a Darius y no puede ayudar a más niños europeos.

[Fuente: *elpais.es*](#)

- El TSJA confirma la condena a un psiquiatra a siete años de prisión por violar a una paciente.

[Fuente: *20minutos.es*](#)

- El TSJCV obliga a Sanidad a computar la experiencia de los interinos en un concurso-oposición interno.

[Fuente: *valenciaplaza.com*](#)

- Hacia la regulación plena de la participación de los pacientes en el SNS.

[Fuente: *larazon.es*](#)

- 20.000 euros de indemnización a un niño sometido a una terapia agresiva para un linfoma que sólo era un dolor de garganta.

[Fuente: *eldiario.es*](#)

- Una 'app' utilizada por los pacientes que acuden a urgencias prioriza su atención en función del dolor que sufren.

[Fuente: antena3.com](http://antena3.com)

- Los médicos de familia amenazan con denunciar a Sacyl ante contratos sin la especialidad.

La Sociedad Castellano y Leonesa de Medicina Familiar y Comunitaria (Socalem FYC) ha advertido este jueves en un comunicado que estudia denunciar judicialmente al Servicio de Salud de Castilla y León, Sacyl, al estar incurriendo en la ilegalidad de contratar a graduados en Medicina sin la Especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria.

[Fuente: lavanguardia.com](http://lavanguardia.com)

- Osakidetza paga 26 millones en diez años por negligencias, el 12% de lo que le pedían.

El Departamento de Salud asegura que Euskadi «es la comunidad que menos indemnizaciones abona» y la que recibe «un menor número de reclamaciones».

[Fuente: elcorreo.com](http://elcorreo.com)

- El infierno de las prisiones psiquiátricas como la de Noelia de Mingo: 3 médicos y 242 enfermos mentales.

[Fuente: elespanol.com](http://elespanol.com)

- Especialistas en Bioética muestran su preocupación por el impacto de la Inteligencia Artificial en la Medicina.

[Fuente: lavanguardia.com](http://lavanguardia.com)

- Una aseguradora pagará 370.000 euros a una mujer que expulsó heces por la vagina tras el parto.

[Fuente: elmundo.es](http://elmundo.es)

- Mercedes, crónica de una donación tras la eutanasia: "Tengo unos órganos maravillosos que darán calidad de vida a algunas personas".

[Fuente: elmundo.es](http://elmundo.es)

- Un hospital concertado pagará 258.000 euros a la familia de un joven sanitario que murió en 2021 contagiado por Covid.

[Fuente: eldiario.es](http://eldiario.es)

- Paralizada una eutanasia en Galicia tras cambiar de opinión la paciente.

[Fuente: elmundo.es](http://elmundo.es)

- Nace en Mallorca el primer bebé de Europa gestado conjuntamente por dos mujeres.

[Fuente: rtve.es](http://rtve.es)

-BIOETICA Y SANIDAD-

1- CUESTIONES DE INTERES

- Revista Redbioética/Unesco. Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética. Año 13, Vol. 2, No. 26, julio-diciembre de 2022.

Número monográfico dedicado a la inteligencia artificial.

[Más información: unesdoc.unesco.org](https://unesdoc.unesco.org)

- Informe del Comité de Bioética de España acerca de las implicaciones éticas y jurídicas de incluir información adicional sobre 'sexo sentido' y 'nombre deseado' en la base de datos de población protegida del Sistema Nacional de Salud.

La Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha, en su art. 30.3 e) establece:

“Se garantizará, bajo solicitud expresa, la expedición de un documento temporal de identificación para la asistencia sanitaria con nombre y sexo correspondiente a la identidad sexual, mientras no se haya producido la modificación en el Registro Civil”.

El CBE se muestra crítico con este tipo de previsiones legales existentes en las distintas legislaciones autonómicas, que contemplan la expedición de un documento temporal de identificación para la asistencia sanitaria con nombre y sexo correspondiente a la identidad sexual, mientras no se haya producido la modificación en el Registro Civil.

En este sentido señala:

1. **CON RESPECTO AL DATO RELACIONADO CON EL NOMBRE, las personas deben figurar en la tarjeta sanitaria con el que aparecen registradas en el Registro Civil. No es admisible ser identificadas por su “nombre sentido”, pues la identificación del nombre de la persona debe ser única en todos los documentos, y coincidir con lo publicado en el RC, al ser el nombre el dato por antonomasia que individualiza a la persona.**

2. **CON RESPECTO AL DATO RELACIONADO CON EL SEXO de las personas, el conocimiento del sexo asignado al nacer es importante para la Administración sanitaria, dato que cobra todo su sentido en la hipótesis de cambios registrales de sexo en el Registro civil, pues quedarían ocultos los datos biológicos. Por esta razón resulta conveniente y admisible conservar y reflejar en la tarjeta sanitaria el dato de “sexo asignado al nacer”. Todo/a ciudadano/a puede, si es su voluntad, cambiar el sexo asignado al nacer que figura en el RC por aquél que sea más acorde a su**

sentimiento, de modo que no es necesaria incluir una casilla para el “sexo sentido” en el documento sanitario.

[Fuente: assets.comitedebioetica.es](http://assets.comitedebioetica.es)

- **Gestación por sustitución: una aproximación con mirada bioética.**

La GS es una práctica ilegal en nuestro país, como recoge la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.* Sin embargo y a pesar de esto, en 2010 la Dirección General de los Registros y del Notariado aprueba y publica una Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada que permite en determinados supuestos la inscripción de estos menores en los registros civiles de los consulados españoles.

[Fuente: socalemfyc.org](http://socalemfyc.org)

- **La bioética como argumentación: la concepción bioética de Manuel Atienza.**

En este artículo se abordan los rasgos principales de la bioética de Manuel Atienza. Para ello, se resume, en primer lugar, su artículo «Juridificar la bioética». En segundo lugar, se ilustra la concepción de Atienza de la bioética como argumentación con tres tipos de argumentos frecuentemente usados por el autor: el argumento de la (i) razonabilidad y la apelación al consenso razonable, el argumento de la (in)coherencia y el argumento por las consecuencias normativas o fácticas. En tercer lugar, se da cuenta del fundamento último de la argumentación bioética de Atienza, su objetivismo moral mínimo, prestando especial atención a la idea de dignidad.

[Fuente: rua.ua.es](http://rua.ua.es)

- **Despenalización de la eutanasia en Bélgica: un perfil de veinte años e implicaciones deontológicas.**

[Fuente: link.springer.com](http://link.springer.com)

2-FORMACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA.

I.- Bibliografía

- Tratado de bioética cibernética y derecho digital. Desde el balcón de los derechos fundamentales.

[Fuente: marcialpons.es](http://marcialpons.es)

II.- Formación

- Actividad Formativa: Actualizaciones en Bioética 2024 - 20ª edición. Fundación Ciencias de la Salud.

[Fuente: fcs.es](http://fcs.es)