

Actualidad del Derecho Sanitario

Publicación mensual de Derecho Médico y de la Sanidad

ADS

nº 276

Año 2019

Sumario

La nueva regulación de la atención dental infantil
en Andalucía. Propuesta de 'lege ferenda' (I)
Luis Corpas Pastor. Doctor en Odontología. Licenciado en Derecho

La relación de los derechos humanos y la
medicina: derechos nacidos de la nueva medicina (II)
Luis Alfonso Sánchez-Megía, Doctorando de la UNED

Reglamento de atención a personas con discapacidad en emergencias
Aportación de laboratorios por volumen de ventas a formación continuada

Archivo de causa penal contra directivos del SERGAS por retraso de terapia VHC
Olvido de gases y error diagnóstico radiológico, sin reproche penal
Culpa de patólogo por no realizar diagnóstico diferencial de melanoma
El Supremo juzga si la Administración debe responder por Ala Octa
Urgencias: no es malpraxis tardar 6 horas en realizar un TAC, dice un Tribunal
242 contratos de interino en 8 años: despido improcedente en Clínic de Barcelona
Anulan el Catálogo de puestos de funcionarios de Castilla y León
Anulan suspensión de empleo y sueldo de más de 4 años a pediatra de hospital
Una sentencia no detecta fraude por encadenamiento de contratos en SESCAM
Abuso de autoridad de jefe de servicio en la asignación de guardias de anestesia

Modificado el Reglamento de autorización de medicamentos de uso humano
Regulación del inventario de entidades del sector público estatal

Debate sobre compra pública de medicamentos en el ICAM

BREVES, BOLETINES OFICIALES



DICIEMBRE

2019

La nueva regulación de la atención dental infantil en Andalucía. Propuesta de 'lege ferenda' (I)

Luis Corpas Pastor. Doctor en Odontología. Licenciado en Derecho. Doctorando en Derecho. Programa de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Málaga. Abogado y Perito Judicial Odontólogo.

El autor analiza el *Decreto 521/2019, de 23 de julio, por el que se regula la prestación de la asistencia dental a las personas de 6 a 15 años protegidas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía*, que tiene vocación de refundir y simplificar la prestación dental infantil en Andalucía. En su opinión, la norma ignora previsiones básicas del consentimiento informado, "cuyo titular es el paciente, incluso el paciente infantil y no en todo caso sus padres, o las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia de los menores, como parece indicar este decreto. En nuestra humilde opinión, se ha perdido una excelente oportunidad de dar seguridad jurídica a la actuación del dentista en el *Programa de asistencia dental infantil andaluz*".

RESUMEN

En España se requiere un consentimiento informado válido para realizar cualquier intervención diagnóstica o terapéutica sobre un paciente. En las clínicas dentales se realizan procedimientos sobre menores de edad que requieren el previo consentimiento informado válido so pena de incurrir en responsabilidad, de concretarse algún riesgo previamente no informado.

En todas las Comunidades Autónomas, existen programas de salud bucodental públicos con diversos contenidos y diferentes formas de organización, los cuales coexisten con la asistencia dental privada, a través de centros sanitarios privados tradicionales y más recientemente, a través de clínicas marquistas o franquiciadas. Los modelos "público" y "mixto" de provisión de asistencia dental basan sus prestaciones en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Los tratamientos públicos se dirigen a la población infantil entre los 6 y los 16 años.

En este opúsculo analizamos cómo las previsiones sobre el consentimiento por representación contenidas en el nuevo decreto andaluz ignoran por completo el contenido del artículo 9 de la Ley

de Autonomía del Paciente, que ordena aplicar la doctrina del "menor maduro", por la que el menor de 18 años puede otorgar el consentimiento informado si comprende intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención, dentro de lo que se ha venido a llamar el "consentimiento entendido o comprendido" y de acuerdo con el resto de la legislación civil. Este decreto andaluz, que debería ser reformado, deja a los dentistas que participan en el *Programa de Asistencia Dental Infantil (PADI)* en Andalucía inmersos en una inseguridad jurídica pasmosa, al establecer el modo y manera en que los dentistas deben obtener el "previo consentimiento formulado por escrito de las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia" para realizar ciertos procedimientos de riesgo, sin tener en cuenta la legislación básica al respecto, la cual obliga a obtener el consentimiento informado del menor maduro, capaz de entender el alcance de la naturaleza de la intervención dental y sus riesgos.

ABSTRACT

In Spain, valid informed consent is required to perform any diagnostic or therapeutic intervention on a patient. In dental clinics, procedures are carried out on minors who require valid prior informed consent, under penalty of incurring responsibility, of realizing some previously unreported risk. In all the Autonomous Communities,

there are public oral health programs with different contents and different forms of organization, which coexist with private dental assistance, through traditional private health centers and more recently, through mar-quist or franchised clinics. The "public" and "mixed" models of dental care provision base their benefits on Royal Decree 1030/2006, of September 15, which establishes the portfolio of common services of the National Health System and the procedure for its upgrade.

Public treatments are aimed at children between 6 and 16 years old. In this study we analyze how the provisions on the consent for representation contained in the new Andalusian decree completely ignore the content of article 9 of the Patient Autonomy Law, which mandates the application of the doctrine of the "mature minor", by which the minor The 18-year-old can grant informed consent if he intellectually and emotionally understands the scope of the intervention, within what has come to be called "consent understood or understood" and in accordance with the rest of the civil legislation.

This Andalusian decree, that should be reformed, leaves dentists who participate in the Child Dental Assistance Program in Andalusia immersed in an astonishing legal uncertainty, by establishing the way and way in which dentists must obtain the "prior written consent of the people who exercise the parental authority, guardianship or custody "to perform certain risk procedures, without taking into account the basic legislation in this regard, which requires obtaining the informed consent of the mature minor, able to understand the scope of the nature of the Dental intervention and its risks.

INTRODUCCIÓN

El pasado 2 de septiembre entró en vigor el Decreto 521/2019, de 23 de julio, por el que se regula la prestación de la asistencia dental a las personas de 6 a 15 años protegidas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía¹.

Se trata de un decreto con vocación de refundir y simplificar la prestación dental infantil en Andalucía, tratando de evitar la Ley de Contratos del Sector Público², que entró en vigor el 9 de marzo de 2018. Sin embargo, veremos, que este decreto ignora previsiones básicas acerca del consentimiento informado, cuyo titular es el paciente, incluso el paciente infantil y no en todo caso sus padres, o las personas que ejerzan la patria po-

testad, la tutela o la guarda y custodia de los menores, como especifica este decreto.

En nuestra humilde opinión, se ha perdido una excelente oportunidad de dar seguridad jurídica a la actuación del dentista en el Programa de Asistencia dental infantil andaluz.

TRATAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL DECRETO 521/2019 DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

El artículo primero de este decreto 521/2019, de 23 de julio de la Junta de Andalucía, especifica que el objeto de dicho decreto es regular, "de conformidad con la normativa vigente", "las condiciones y el procedimiento para la prestación de la asistencia dental básica y tratamientos especiales a las personas de 6 a 15 años protegidas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía". Pero la "normativa vigente" a la que alude, debería abarcar toda la legislación sanitaria sobre la materia.

En primer lugar, las prestaciones dentales garantizadas a toda la población, incluidos los menores de edad, según el apartado 9 (atención a la salud bucodental) del Anexo II del Real Decreto 1030/2006³ son:

"Actividades asistenciales, diagnósticas y terapéuticas, así como aquellas de promoción de la salud, educación sanitaria y preventivas dirigidas a la atención a la salud bucodental" que indicarán los odontólogos y especialistas en estomatología, con el contenido siguiente:

9.1 Información, educación para la salud y, en su caso, adiestramiento en materia de higiene y salud bucodental.

9.2 Tratamiento de procesos agudos odontológicos, entendiendo por tales los procesos infecciosos y/o inflamatorios que afectan al área bucodental, traumatismos oseodentarios, heridas y lesiones en la mucosa oral, así como la patología aguda de la articulación témporo-mandibular. Incluye consejo bucodental, tratamiento farmacológico de

la patología bucal que lo requiera, exodoncias, exodoncias quirúrgicas, cirugía menor de la cavidad oral, revisión oral para la detección precoz de lesiones premalignas y, en su caso, biopsia de lesiones mucosas
[...]

9.4 Medidas preventivas y asistenciales para la población infantil de acuerdo con los programas establecidos por las administraciones sanitarias competentes: aplicación de flúor tópico, obturaciones, sellados de fisuras u otras”.

En segundo lugar, la reciente normativa andaluza conculca legislación básica anterior. La remisión que realiza el artículo 9.4 del *Real Decreto 1030/2006* a "los programas establecidos por las administraciones sanitarias competentes" nos da una idea de la existencia de diferentes regulaciones autonómicas que coexisten en el territorio nacional: existen programas de salud bucodental infantil desde mediados de los años ochenta⁴ en casi todas las Comunidades Autónomas, con diferentes modelos (públicos, privados, mixtos) y con niveles de prestaciones diferentes entre sí (al tratarse la cartera de servicios del SNS de un contenido mínimo, ampliable por decisión de "las administraciones sanitarias competentes"; es decir, de las diferentes Consejerías de Salud de las Comunidades Autónomas), que complementó el modelo anterior de atención bucodental dirigido casi exclusivamente a realizar exodoncias "tipo-ambulatorio" (o "consulta a demanda").

Ambas actividades persisten en la actualidad en el modelo público. Finalmente, se introdujeron diferentes prestaciones intervencionistas (tratamientos restauradores a niños a partir de los seis años de edad, hasta los catorce años, que luego se amplió hasta los dieciséis años).

Hay que remontarse a que tradicionalmente, en España, la actividad asistencial pública se había limitado a la atención a los procesos bucodentales agudos, desde los tiempos iniciales de la asistencia en consultorios y ambulatorios, donde se realizaban fundamentalmente exodoncias a los usuarios del Sistema Sanitario Público.

La transformación de la Atención Primaria a principios de los años ochenta impulsó un cambio tendente a dar mayor calidad a la asistencia, aunque los tratamientos dentales se limitaban básicamente a la exodoncia. El panorama cambió entonces con la creación de programas de salud pública dental, primero enfocados a los niños en edad escolar, realizando actividades de prevención primaria en las escuelas públicas. Posteriormente, se introdujo la atención preventiva dental a determinados grupos de riesgo, como las embarazadas.

Con la descentralización del Sistema Nacional de Salud y la asunción por las diferentes Comunidades Autónomas de la Asistencia sanitaria pública, se propició una mejora en la asistencia bucodental a la población, con la introducción del Programa de Salud Bucodental en cada Servicio autonómico de Salud, dirigido a la población infantil principalmente.

La legislación autonómica sobre los programas de asistencia dental infantil en las diferentes Comunidades Autónomas, configura un "sistema" descentralizado de asistencia dental infantil público-privado que se ha establecido en la España de las Autonomías, que, lamentablemente, no está exento de inequidad, desigualdades y diferencias territoriales⁵.

En tercer lugar, hay que analizar el tratamiento que da al Consentimiento informado el nuevo decreto de la Junta de Andalucía, aprobado "a propuesta de la persona titular de la Consejería de Salud y Familias", "de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 23 de julio de 2019". En concreto, la regulación del consentimiento informado para las intervenciones diagnósticas o terapéuticas dentales en niños.

El consentimiento informado es una institución médico-legal que tiene configuración legal, como veremos a continuación, que se fundamenta en la autonomía de la voluntad del paciente, titular del derecho fundamental a la integridad física y moral. En España, sus características se han ido perfilando a través de normativas de diferentes rangos, sobre la base del respeto absoluto a la auto-

nomía del paciente que libremente consiente que se le practique un procedimiento diagnóstico o terapéutico sanitario, en pleno conocimiento del proceso sanitario que le afecte, así como de los riesgos, alternativas de tratamiento y complicaciones esperables. El deber de información previa se impone legalmente al "médico responsable" como ya lo hiciera la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁶ (LGS), la cual reconocía el derecho del paciente a que se le asignara un médico que fuera el "interlocutor principal" con el equipo asistencial, debido a la desigualdad de conocimientos que existe entre el médico y el paciente y la complejidad de las intervenciones y la dificultad de comprensión de las mismas que tiene un paciente no médico⁷.

Para el dentista, el Consentimiento informado es además una exigencia ética. Así lo demanda el Código deontológico de la profesión⁸. No en balde, el Consentimiento informado es un proceso, de encuentro y diálogo entre el profesional sanitario y el paciente (no un acontecimiento aislado). Es "una realidad ineludible en la relación del profesional sanitario con el paciente y debe ser contemplada desde una perspectiva ética más que legal"⁹.

El Consentimiento informado es, por tanto, "el proceso de explicar el procedimiento, con sus ventajas e inconvenientes, para poder tomar luego una decisión, recabado fehacientemente por el profesional"¹⁰. Como señala SANCHO GARGALLO, el paciente "tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para luego decidir lo que quiera y crea conveniente. Así lo reconoce expresamente el art. 5 del Convenio del Consejo de Europa, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el día 1 de enero de 2000; y el art. 3.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos 2000/C 364/01. Este último regula el Consentimiento informado dentro del derecho a la integridad de la persona, después de reconocer a "toda persona el derecho a su integridad física y

psíquica", al disponer que "en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley"¹¹.

BIBLIOGRAFÍA, CITAS

1. Decreto 521/2019, de 23 de julio, de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía, por el que se regula la prestación de la asistencia dental a las personas de 6 a 15 años protegidas por el sistema Sanitario Público de Andalucía. BOJA número 145, de 30 de julio.
2. ESPAÑA. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE núm. 272, de 9 de noviembre.
3. ALVENTOSA DEL RÍO, J. "Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España", *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*. 2015(20): 264-290.
4. Llena Puy C, Blanco González JM, Llamas Ortuño ME, et al. La atención bucodental en comunidades autónomas con modelos público o mixto en España. RCOE. 2018; 23 (1): 246-254.
5. Cortés Martinicorena FJ, Cerviño Ferradanes S, Blanco González JM. et al. Informe sobre los Servicios de Salud Bucodental en España. Situación de las Comunidades Autónomas, 2013. RCOE 2014;19(Supl. 1):12-42.
6. España. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986).
7. SÁ LIMA, E. Naturaleza jurídica del Consentimiento informado a la luz de los modelos español y brasileño de protección al paciente. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 32, enero-junio de 2017; p. 473-489.
[DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.16>. Con acceso 10 de octubre de 2017.]
8. Código Ético y Deontológico Dental Español. ACUERDO AA17/1999, de la Asamblea General del Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, por el que se aprueba el. Madrid 9 de julio de 1999, modificado por el Acuerdo AA06/2012, del Consejo General, de fecha 15 de junio de 2012.
9. BASADRE, P. NAVAS, S. LAFUENTE, N. et al. Consentimiento informado. Comunicación eficaz y decisión autónoma. *Rev. Rol Enf.* 2008: 419-424.
10. COLLAZO E. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRÁCTICA MÉDICA. FUNDAMENTOS BIOÉTICOS Y ASPECTOS PRÁCTICOS. *CIR ESP* 2002;71(6): 321.
11. SIMÓN LORDA, PABLO. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: HISTORIA, TEORÍA Y PRÁCTICA, TRIACASTELA, MADRID 2000. p. 95.