

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

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*".

Somos conscientes que, en la práctica diaria, el consentimiento informado se relaciona popularmente con el formulario que firma el paciente para "autorizar" una determinada técnica o procedimiento y con ello "liberar" al médico de responsabilidad y no se trata de eso.

Como dice HERRERO: "No debemos estar realizando el proceso adecuadamente, ya que los pacientes tienen la sensación de que el formulario no está a su servicio, sino para la defensa del profesional y el hospital" ¹².

Incluso se han hecho estudios que analizan el uso sistemático del consentimiento informado en la práctica diaria: un estudio publicado en 2009, realizado en el Servicio Gallego de Salud, determinó que el uso sistemático de formularios de consentimiento informado para exodoncias bajo anestesia local no obstaculiza la práctica clínica, ni constituye una barrera para tratamiento y no requiere cambios organizacionales más allá de la asignación del tiempo necesario¹³.

La nueva norma de la Junta de Andalucía pretende adaptar la prestación dental a la legislación vigente en materia de contratos del Sector Público, la cual evita mediante instrumentos a través de los cuales los dentistas privados concertados llegan a

ser proveedores de estos servicios públicos. Lo hace corrigiendo la falta de concurrencia competitiva y de modificación del precio del servicio de asistencia dental a la población de 6 a 15 años "de acuerdo con la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre*" (instrumento no contractual para la prestación de la asistencia dental infantil pública; amparándose en la disposición adicional 49 de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre*, que "autoriza a las Comunidades Autónomas para que, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social). Y lo hace aplicando normativa armonizadora (la disposición adicional primera de la *Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía*) que propugna "una revisión, simplificación y, en su caso, una consolidación normativa de sus ordenamientos jurídicos" de todas las administraciones de Andalucía.

Se trata de un decreto que intenta aunar, simplificar y recoger aquellos principios de buena administración "establecidos en el artículo 129 de la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*", tal y como recoge el texto articulado. Tiene en cuenta los principios de igualdad de género, buena regulación, necesidad, eficacia, pro-

porcionalidad, y (teóricamente) el de seguridad jurídica, "al recoger en un solo texto legal toda la regulación necesaria para la prestación del servicio y ser conforme con la nueva regulación de la Unión Europea y nacional en materia de contratos del sector público". Pero lo hace con una técnica legislativa algo deficiente: deroga el anterior decreto 281/2001, de 26 de diciembre de la Consejería de Salud por el que se regulaba la asistencia dental infantil en la Comunidad Autónoma y que establecía la necesidad de un "consentimiento formulado por escrito de los padres o tutores" para la realización de una exploración radiológica dental; o para los procedimientos de tratamientos pulpares y exodoncias en piezas permanentes, dejando en manos del dentista la elección entre estos dos últimos procedimientos, basada en lo que éste estime como "mayor beneficio para el niño", adelantándose a la posterior 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 clínica¹⁴, conocida como "Ley de Autonomía del Paciente", de 2002, siendo derogado tácitamente en lo que fuera contrario a las previsiones de ésta, al tratarse de legislación posterior y además básica.

Evidentemente, la derogación del antiguo decreto 281/2001, sin adaptar el nuevo a la Ley de Autonomía del Paciente, es una técnica legislativa contra legem, que además ocasiona una inseguridad jurídica enorme a los profesionales encargados de proveer la prestación dental.

Por otra parte, el decreto que estamos analizando por sentado que, durante su tramitación, "se ha observado el principio de transparencia, al haber sido sometida, durante su elaboración, al trámite de consulta pública previa en la sección de transparencia del portal de la Junta de Andalucía, así como al trámite de audiencia e información pública" y defiende el cumplimiento del principio de eficiencia, "al haberse evitado cargas administrativas innecesarias o accesorias", cosa que teóricamente ha sucedido pero que al parecer ha pasado por alto este aspecto tan trascendente para determinar la posible responsabilidad del dentista por complicaciones que ocurran a causa de su inter-

vención. Este nuevo decreto ni siquiera menciona la Ley de Autonomía del paciente; cuyo carácter, repetimos, es de legislación básica y, por tanto, de obligado cumplimiento en todo el territorio nacional. Esta legislación básica cita expresamente en su preámbulo diversas normas internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento, al tratarse de normas de derecho europeo, con primacía sobre el derecho interno, o bien tratados internacionales que al haber sido ratificados por España, gozan de plena vigencia: la Directiva comunitaria 95/46, de 24 de octubre¹⁵, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, del año 1948¹⁶, la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, promovida el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud y el *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*¹⁷ (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997; ratificado por España en 1999. Convenios internacionales que, "por haber sido firmados y ratificados por España, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (art. 96 CE), y deberán ser tenidos en cuenta en la interpretación de los derechos fundamentales regulados en nuestra Constitución (art. 10.2 CE), en concreto los derechos a la vida e integridad física y moral (art. 15 CE) y a la libertad de conciencia (art. 16 CE)"¹⁸.

La Ley de Autonomía del Paciente regula detenidamente en su artículo 9 la institución del Consentimiento informado y cuya redacción original fue sido objeto de una (necesaria) reforma en 2015, operada por la modificación de la Ley de protección a la infancia y la adolescencia (Ley 26/2015, de 28 de julio, BOE núm. 180, de 29 de julio) que no sólo ha alterado el poder de decisión a los representantes del paciente en decisiones tales como el consentimiento por representación de menores de edad, sino que sólo considera "válidas" las decisiones del representante que aseguren el "mayor beneficio para la vida o salud del paciente" (con una doble garantía reforzada, depositada en el médico responsable, quien por un lado valorará si esta decisión adoptada es contraria a tal in-

terés, y por otro, imponiéndole la obligación de ponerlo en conocimiento directamente del Juez o a través del Ministerio Fiscal, facultando al médico para adoptar "las medidas necesarias en salvaguarda de la Vida o salud del paciente" si, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial).

El dentista, como "médico responsable" en la terminología de la Ley de Autonomía del Paciente, debe tener muy presente este artículo 9, a la hora de cumplir con sus obligaciones de información sobre las alternativas y riesgos de la intervención diagnóstica o terapéutica, no solo en caso de menores, sino también cuando se trate de personas con discapacidad o aquellas con su capacidad modificada judicialmente, a la hora de formalizar un consentimiento informado válido.

Sin embargo, este nuevo decreto ignora por completo la Ley de Autonomía del Paciente, cuando confiere el consentimiento por representación. Así, por ejemplo, al describir el contenido de la *Asistencia dental básica* (artículo 2) recoge entre las prestaciones (apartado 3º) un "Reconocimiento de la dentición permanente, utilizando sonda de exploración, espejo plano y el material necesario, incluyendo todas las fosas y fisuras existentes en el esmalte. En caso de duda razonable se realizará una exploración radiológica intraoral, previo consentimiento formulado por escrito de las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia", sin respetar la normativa superior al respecto sobre el consentimiento del menor maduro. De nuevo, en su artículo sobre tratamientos especiales, directamente expone al profesional a "ignorar" la normativa nacional, cuando impone acerca de los "Tratamientos pulpares y exodoncias en piezas permanentes" (apartado d del mismo artículo) que "en los casos de lesiones pulpares irreversibles en piezas permanentes la persona dentista podrá optar por realizar el tratamiento pulpar o extraer la pieza afectada. La decisión deberá basarse en lo que estime como el mayor beneficio para la persona beneficiaria y tras consentimiento formulado por escrito de las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia". Sin contemplar las excepciones legales, acerca de

cuándo acudir al juez en aquellos casos en los que dicho consentimiento deba ser tomado tras consultarle, como impone la Ley de Autonomía del Paciente. El apartado "d)" del artículo 7, garantiza el derecho del usuario menor de edad "a la revisión anual y al tratamiento preventivo o conservador, con consentimiento formulado por escrito de las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia en los casos de exploraciones radiológicas intraorales para el reconocimiento de la dentición permanente y en los tratamientos pulpares y exodoncias en piezas permanentes", de nuevo ignorando las prescripciones del artículo 9 de la LAP.

CONCLUSIÓN

La regulación por representación del consentimiento informado de los menores, que adopta este nuevo Decreto andaluz, parecería haberse dictado contra legem; sin respetar lo previsto en la Ley de Autonomía del Paciente en cuanto al consentimiento del menor maduro. Lo cual, so pena de su reforma legislativa inmediata, podría ocasionar una indeseable inseguridad jurídica al profesional del Programa Andaluz de Asistencia Dental Infantil.

Una propuesta *lege ferenda* sería añadir en el nuevo texto articulado una remisión al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (Ley de Autonomía del Paciente), en lo relativo al consentimiento del menor maduro.

CITAS, NOTAS

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.

12. HERRERO, A. REYES, A. GÓMEZ, S. DONAT, E. Valores del Consentimiento informado por médicos y pacientes. *Rev. Calidad Asistencial*. 2001; p. 710.

13. Rubiños López, E. Rodríguez Vázquez, LM. Varela Centelles A. Impact of the systematic use of the informed consent form at public dental care units in Galicia (Spain). *Med Oral Patol Oral Cir Bucal*. 2009 Jun1; 13(6):E380-4. En este interesante trabajo, realizado con una muestra de 462 pacientes de tres unidades dentales de Lugo, se constató que el consentimiento informado se percibe por el profesional como una pérdida de tiempo burocrática que entorpece su actividad e incrementa el nivel de estrés del paciente, mientras que éste lo equipara a un intento del dentista de exoneración de su responsabilidad, lo que ha ocasionado reclamaciones por parte de los pacientes. Tanto es así, que incluso la propia administración sanitaria, en este caso gallega, en un memorándum de la asesoría jurídica del servicio gallego de salud, de Mayo de 2007, informaba a los dentistas que "un consentimiento informado escrito no es necesario para exodoncias no-quirúrgicas, a menos que el clínico decida lo contrario, siendo obligatorio para exodoncias quirúrgicas", dejando el manos del dentista la obligación de cumplir o no la LAP, ya que todas las exodoncias consisten en actos quirúrgicos, impliquen o no la apertura de colgajos, ostectomías y/o suturas.

14. España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 2002). Una de las reformas sustanciales de esta Ley, que afecta a los apartados 3, 4 y 5 y por la que se añaden los apartados 6 y 7 al artículo 9, ha sido operada por la modificación de la Ley de protección a la infancia y la adolescencia (Ley 26/2015, de 28 de julio, BOE núm. 180, de 29 de julio) que no sólo ha alterado el poder de decisión a los representantes del paciente en decisiones tales como el consentimiento por representación de menores de edad o personas incapaces legales o reales en el entendimiento de su proceso, sino que sólo considera "válidas" las decisiones del representante que aseguren el "mayor beneficio para la Vida o salud del paciente" (con una doble garantía reforzada, depositada en el médico responsable, quien por un lado valorará si esta decisión adoptada es contraria a tal interés, y por otro, imponiéndole la obligación de ponerlo en conocimiento directamente del Juez o a través del Ministerio Fiscal, facultando al médico para adoptar "las medidas necesarias en salvaguarda de la Vida o salud del paciente" si, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial.

15. UE. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (DOUE núm. 281, de 23 de noviembre de 1995); pp. 31 a 50.

16. ONU. Declaración universal de los derechos humanos. Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

17. España. Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. (BOE núm. 251 20 octubre 1999).

18. SANCHO GARGALLO, I. Tratamiento legal y jurisprudencial del Consentimiento informado. Working paper nº.209. 2004. [Disponible en: <http://www.indret.com>.]

BIBLIOGRAFÍA

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.

ANDALUCÍA. Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, de

la Consejería de Salud, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía. BOJA número 150, de 31 de diciembre.

ANDALUCÍA. 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.

BASADRE, P. NAVAS, S. LAFUENTE, N. et al. Consentimiento informado. Comunicación eficaz y decisión autónoma. Rev. Rol Enf. 2008; pp. 419-424.

CGCOE. 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.

COLLAZO E. Consentimiento informado en la práctica médica. Fundamentos bioéticos y aspectos prácticos. Cir Esp 2002;71(6):319-24.

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.

ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. (BOE núm. 251 20 octubre 1999).

ESPAÑA. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986).

ESPAÑA. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 2002).

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 de 2017).

HERRERO, A. REYES, A. GÓMEZ, S. DONAT, E. Valores del Consentimiento informado por médicos y pacientes. Rev. Calidad Asistencial. 2001; p. 710.

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.

ONU. Declaración universal de los derechos humanos. Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

RUBIÑOS LÓPEZ, E. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, LM. VARELA CENTELLES A. Impact of the systematic use of the informed consent form at public dental care units in Galicia (Spain). Med Oral Patol Oral Cir Bucal. 2009 Jun1; 13(6):E380-4.

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. [Disponible en DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.16>. Con acceso 10 de octubre de 2017.]

SANCHO GARGALLO, I. Tratamiento legal y jurisprudencial del Consentimiento informado. Working paper n.º.209. 2004. [Disponible en: <http://www.indret.com>. Con acceso 14 de septiembre de 2019.]

SIMÓN LORDA, Pablo. El Consentimiento informado: historia, teoría y práctica, Triacastela, Madrid 2000. 479 pp.

UE. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (DOUE núm. 281, de 23 de noviembre de 1995); pp. 31 a 50.

