

EFECTOS JURÍDICOS DE LA CONTRAVENCIÓN POR PARTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PACIENTES

Sergio Romeo Malanda

*Investigador de la Cátedra Interuniversitaria Fundación
BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano.
Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU.*

INTRODUCCIÓN

En materia de derechos de los pacientes y usuarios de los servicios de salud, en tiempos recientes ha comenzado a aprobarse un importante número de leyes autonómicas que se ocupan de esta cuestión¹. Así, para comprobar los derechos de estos sujetos en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, el primer impulso puede ser acudir a su legislación específica.

Sin embargo, no podemos olvidar que existe una Ley estatal que se ocupa esta misma materia y que tiene el carácter de básica, esto es, es de aplicación obligada por todas las Comunidades Autónomas, las cuales podrán completarla en aquellos aspectos sobre los que ésta no se pronuncia o requiere un desarrollo, pero no pueden contradecirla. En concreto, me refiero a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. De esta forma, no puede hacerse un análisis independiente de cada una de la legislaciones autonómicas sin tener en cuenta la Ley estatal y sin poner de relieve la relación existente entre las mismas y los efectos de una eventual contravención de ésta por parte de la regulación autonómica.

¹ Algunas de estas leyes autonómicas son las siguientes (por orden de antigüedad en su aprobación): a) Ley 11/1994, de 26 de julio (Canarias), de Ordenación Sanitaria; b) Ley 2/1998, de 15 de junio (Andalucía), de normas reguladoras de la Salud; c) Ley 8/2000, de 30 de noviembre (Castilla-La Mancha), de Ordenación Sanitaria; d) Ley 21/2000, de 29 de diciembre (Cataluña), sobre derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica; e) Ley 3/2001, de 28 de mayo (Galicia), reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; f) Ley 10/2001, de 28 de junio (Extremadura), de Salud; g) Ley 12/2001, de 21 de diciembre (Comunidad de Madrid), de Ordenación Sanitaria; h) Ley 6/2002, de 15 de abril (Aragón), de Salud; i) Ley 2/2002, de 17 de abril (La Rioja), de Salud; j) Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo (Navarra), sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas y a la documentación clínica; k) Ley 7/2002, de 10 de diciembre (Cantabria), de Ordenación Sanitaria; l) Ley 7/2002, de 12 de diciembre (País Vasco), de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad; m) Ley 1/2003, de 28 de enero (Comunidad Valenciana), de derechos e información al paciente; n) Ley 5/2003, de 4 de abril (Islas Baleares), de Salud; ñ) Ley 8/2003, de 8 de abril (Castilla y León), sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.

Así pues, en el presente trabajo me ocuparé de los tres aspectos siguientes: a) el carácter «básico» de la Ley estatal: efectos y legitimidad competencial; b) análisis de alguno de los derechos de los pacientes más relevantes contenidos en la Ley estatal y en las leyes autonómicas, poniendo de manifiesto alguna de sus diferencias más significativas; y c) los efectos prácticos que conlleva el incumplimiento de las disposiciones consideradas «básicas» de una Ley estatal por parte de las Comunidades Autónomas.

CARÁCTER BÁSICO DE LA LEY BÁSICA 41/2002: EFECTOS Y LEGITIMIDAD COMPETENCIAL

La Constitución y los Estatutos de Autonomía recogen una serie de materias en las que la regulación jurídica básica se atribuye al Estado, mientras que su desarrollo normativo y ejecución son atribuidos a las Comunidades Autónomas. En este marco, la legislación completa sobre una materia se nutre de normas de dos ordenamientos distintos: el estatal, que establece las bases de la ordenación; y el autonómico, que desarrollando esas bases completa dicha ordenación².

Como afirman las SSTC 1/1982, de 28 de enero, 44/1982, de 8 de julio, 25/1983, de 7 de abril o 68/1992, de 30 de abril, «lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, lo cual asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un *común denominador normativo*, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan».

Según la Disposición Adicional Primera de la Ley Básica 41/2002, «*esta Ley tiene la condición de básica*». Esta condición asegura a todos los ciudadanos del Estado las mismas garantías, evitando así un sinfín de legislaciones divergentes en una cuestión de tanta trascendencia como la regulada en esta Ley³. No obstante, también es cierto que ello reduce la capacidad de actuación de las Comunidades Autónomas. Por ello, a lo largo del trámite parlamentario de la Ley, algunos grupos (Grupo Parlamentario Vasco y Grupo Parlamentario Catalán) defendieron insistentemente la no consideración como básica de todo el texto de la Ley, sino únicamente de algunos de sus preceptos, lo cual no fue aceptado finalmente por la mayoría parlamentaria.

Así pues, las Comunidades Autónomas podrán desarrollar aquellos ámbitos que señala la norma básica y completar, de acuerdo con ella, los que no tengan una regulación específica, pero no podrán legislar en contra de la regulación estatal, que se impone en todo el territorio para

² LUIS COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo. I*, 13ª edición, Civitas, Madrid, 2002, pp. 83 y s.

³ Así también, RICARDO DE LORENZO Y MONTERO, *Derechos y obligaciones de los pacientes*, Colex, Madrid, 2003, p. 17.

garantizar la igualdad del servicio sanitario a todos los ciudadanos, cualquiera que sea su lugar de residencia⁴.

Otra cosa es que el Estado se haya extralimitado en sus competencias regulando ciertas material de la ley con una amplitud tal que prácticamente deja vacía de contenido la correlativa competencia de desarrollo que corresponde a las Comunidades Autónomas, tal y como puede suceder en relación con la historia clínica⁵.

En esta misma Disposición Adicional se señala que la condición de Ley Básica tiene su legitimación en el art. 149.1, apartados 1º y 16º de la Constitución. Según este precepto, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: a) 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 (apartado 1); y b) Bases y coordinación general de la sanidad (apartado 16).

El art. 149.1.1º CE se configura como una competencia genérica, no limitada a un sector concreto de la realidad social, lo que le otorga un carácter horizontal con proyección sobre las demás competencias en que interviene o puede quedar afectado un derecho o deber constitucional⁶. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional no parece otorgar a esta competencia un valor propio e independiente, como cualquier otro título sectorial del Estado, sino que suele utilizarse normalmente, bien con la idea de «límite» frente al ejercicio de las competencias autonómicas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre y 87/1985, de 16 de julio), bien como competencia que «complementa» los efectos de otra competencia específica estatal aplicable al caso (SSTC 32/1983, de 28 de abril y 64/1989, de 6 de abril)⁷.

No se alude, sin embargo, a la competencia contenida en el apartado 8 de este mismo art. 149.1 CE, relativa a la legislación civil, la cual podría ser alegada, en principio, en cuanto que ciertas disposiciones de la Ley ha-

⁴ Vid. no obstante, Mª Ángeles PARRA LUCÁN, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil*, nº 2 (2003), pp. 20 y ss., y 34 y ss., donde se trata la cuestión de la verdadera naturaleza de la legislación autonómica en cuestiones de consentimiento (¿desarrollo de una ley básica o competencia propia (en *Comunidades Autónomas con competencia para legislar en Derecho civil*)?).

⁵ Cfr. Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho Sanitario y responsabilidad médica*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 538. A este respecto, las SSTC 1/1982, de 28 de enero, 35/1982, de 14 de julio, o 95/1986, de 10 de julio, afirman que el establecimiento de las bases «no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad».

⁶ Antoni BAYONA ROCAMORA, *El derecho a legislar en el Estado autonómico*, Tecnos-Generalitat de Catalunya, Madrid, 1992, p. 141.

⁷ Vid. Luis LÓPEZ GUERRA, «Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 CE», en Alberto PÉREZ CALVO (coord.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1990, pp. 88 y ss. Hay que advertir, sin embargo, que esta planteamiento puede quedar relativizado por algunas declaraciones del propio Tribunal Constitucional, que, dentro de ciertos límites, no cierran la posibilidad de conceder al art. 149.1.1º CE, un valor operativo propio, que permita penetrar en ámbitos competenciales sectoriales que ya no son competencia del Estado, pero en los que puedan quedar afectados derechos fundamentales. Vid. a este respecto, BAYONA ROCAMORA, *El derecho a legislar en el estado autonómico*, pp. 146 y ss.

cen referencia a la capacidad de las personas y a las instituciones de guarda y protección previstas para quienes no gozan de plena capacidad, y que, por lo tanto, son de Derecho civil. Por ello, al entenderse que las competencias que legitiman esta Ley básica son las mencionadas y no la contenida en el apartado 8 del art. 149.1 CE, las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en esta materia no se presentan como normas relativas a la capacidad de las personas (en consecuencia, la Ley 41/2002 no es una ley de carácter civil)⁸, sino como regulación de los derechos del paciente y, sobre todo, de los deberes de quienes prestan la asistencia sanitaria, tal y como claramente establece el art. 1 de la Ley Básica 41/2002. Ello supone también que ni siquiera las Comunidades Autónomas con competencia sobre Derecho civil estarían legitimadas para dictar normas en esta materia que no sean de desarrollo de la legislación estatal.

Al establecerse de esta forma, los derechos de los pacientes (y correlativamente, los deberes del personal sanitario), se garantiza la igualdad de derechos de todos los ciudadanos en el ámbito sanitario y se facilita en gran medida la labor de los profesionales, los cuales no deben atenerse a diferentes reglas, sobre todo en aquellas cuestiones más relevantes (como es el alcance de la información y las reglas del consentimiento), dependiendo de cuál sea el lugar en el que estén prestando sus servicios.

LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES EN LA LEY BÁSICA 41/2002 Y EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

De acuerdo con lo expuesto, los derechos de los pacientes están contenidos con carácter general en la Ley Básica 41/2002. Las leyes autonómicas deben reconocerlos y, en su caso, desarrollarlos, no pudiendo regular la materia contenida en la ley estatal de forma diferente a lo dispuesto en la misma.

En la actualidad, varias Comunidades Autónomas disponen de un legislación que recoge, de forma más o menos extensa, los derechos de los pacientes⁹. Un análisis de dicha legislación pone de manifiesto que en general, las leyes autonómicas no hacen más que reproducir lo establecido en la Ley Básica 41/2002 y, en su caso, desarrollarla (especialmente, en materia de instrucciones previas), aunque, como diremos a continuación, también pueden contener disposiciones contrarias a la misma. La cuestión que quiero resaltar aquí, es que desde un punto de vista de técnica legislativa, no es nada ortodoxo constitucionalmente hablando, reproducir en las leyes autonómicas aspectos básicos de una materia previamente regulados por el legislador estatal¹⁰, es decir, las leyes autonómicas que se ocupan de la materia regulada en la Ley Básica 41/2002, tienen capacidad para *desarrollar* la

⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, p. 113.

⁹ *Vid.* nota 1.

¹⁰ JIMÉNEZ ASENSIO, *La Ley AUTONÓMICA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE FUENTES DEL DERECHO*, p. 239.

misma pero no para regular (aunque sea de la misma manera) aquellas cuestiones contenidas en la misma y consideradas básicas por ésta.

Los pacientes poseen, de acuerdo con la legislación española, un importante número de derechos. Algunos de ellos se contienen en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (arts. 10 y 11), pero los más relevantes están contenidos en la Ley Básica 41/2002¹¹. En esencia, son los siguientes: a) Derecho a la información clínica; b) Respeto de la autonomía del paciente: el consentimiento informado; c) Derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los datos sanitarios; d) Derecho a emitir instrucciones previas (voluntades anticipadas); e) Derecho a que quede constancia por escrito de todo su proceso (Historia Clínica); f) Derecho a causar Alta Voluntaria en todo momento tras firmar el documento correspondiente.

No es posible en este trabajo hacer un análisis comparativo exhaustivo de todos los derechos y deberes de los pacientes en todas las legislaciones autonómicas. Por ello, me referiré únicamente a aquellos aspectos que considero más relevantes, teniendo en cuenta las normas autonómicas más significativas.

El art. 9.3 de la Ley Básica 41/2002 se dedica a regular diversos supuestos de otorgamiento del consentimiento por parte de los representantes legales del afectado y por parte de otras personas vinculadas con el paciente sin que tengan un poder de representación (por esta razón no es totalmente correcta hablar de «consentimiento por representación», siendo mejor emplear la formulación «consentimiento por sustitución»). Este precepto se ocupa de tres supuestos diferentes: los incapaces de hecho, los incapacitados legalmente y los menores de edad. Aquí me ocuparé únicamente de este último grupo por ser el que presenta mayores diferencias en las distintas legislaciones autonómicas con respecto a lo establecido en la Ley Básica estatal.

En términos generales, de acuerdo con el art. 9.3.c) de la Ley Básica 41/2002, los menores de edad pueden prestar por sí mismos un consentimiento válido para someterse a un acto médico siempre que sean capaces intelectual y emocionalmente para comprender el carácter de la intervención. Sólo en caso contrario el consentimiento se prestará por el representante legal del menor, al que se debe escuchar siempre si tiene doce años cumplidos. Además, la Ley presupone que si tiene dieciséis años cumplidos o está emancipado, el sujeto tiene capacidad de entender y querer, pues excluye expresamente la prestación del consentimiento por sustitución. Este mismo criterio se sigue en los arts. 7 de la Ley 21/2000 (Cataluña), 14.1.c) de la Ley 6/2002 (Aragón) o 5.1 de la Ley 8/2003 (Castilla y León), según el cual *«toda persona mayor de 16 años o menor emancipada ha de considerarse capacitada, en principio, para recibir información y tomar decisiones acerca de su propia salud. Asimismo, y sin perjuicio de lo*

¹¹ Vid. SERGIO ROMEO MALANDA, «Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes», *La Ley*, 2003-1, pp. 1522 y ss.

anterior, habrán de considerarse capacitados todos los menores que, a criterio del médico responsable de la asistencia, tengan las condiciones de madurez suficiente». En este sentido, según el art. 28.3 de la misma Ley, «cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, se otorgará el consentimiento por representación. En este caso, el contenido lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación (...)»

También en esta línea, aunque el precepto presenta mayores problemas de interpretación, parece expresarse el art. 4.2 de la Ley 8/2000 (Castilla-La Mancha), a tenor de la cual *«la opinión del menor será tomada en consideración, en función de su edad y su grado de madurez, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil. Cuando exista disparidad de criterios entre quienes actúen como representantes legales del menor y la institución sanitaria, la autorización última se someterá a la autoridad judicial (...)»*. Para entenderlo compatible con la Ley Básica 41/2002 habría que entender en este artículo se alude a dos cuestiones diferentes: por una parte, la remisión al Código civil se hace al art. 162.II.1 CC, según el cual *«los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»*. Así pues, la prestación del necesario consentimiento para someterse a cualquier tipo de acto médico corresponde exclusivamente al menor de edad si reúne las condiciones de madurez suficientes, pues no cabe duda alguna que la salud, la vida o la integridad personal entran en el campo de los derechos de la personalidad y éstos no son transferibles ni representables siempre que el menor esté en posesión de un grado de madurez suficiente como para resolver la situación¹². Por su parte, la segunda parte del mencionado precepto (referida a la disparidad de criterios) se refiere únicamente a los casos en los que los representantes legales deben tomar la decisión sustituyendo la del paciente menor por no tener éste capacidad suficiente de juicio.

También debe interpretarse en este mismo sentido, aunque la redacción del precepto haga aún más complicada la interpretación, el art. 12.6 de la Ley 5/2003 (Islas Baleares), según el cual, *«respecto a los menores de edad, el derecho a decidir corresponderá a los padres, tutores o curadores que ostenten la representación legal. La opinión del menor será tomada en consideración en función de su edad y su grado de madurez,*

¹² Julio César GALÁN CORTÉS, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, Madrid, 1997, p. 33; LUIS GONZÁLEZ MORÁN, «El artículo 162-1º del Código Civil y el derecho del menor a la salud», en José Manuel GONZÁLEZ PORRAS (ed.), *La tutela de los derechos del menor*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1984, pp. 219 y ss.

de acuerdo con lo que establecen la leyes civiles. Cuando haya disparidad de criterios entre los representantes legales del menor y la institución sanitaria, la autorización última se someterá a la autoridad judicial».

En otros casos, la autonomía del menor se ve claramente reducida. Así, por ejemplo, el art. 7.3 de la Ley 1/2003 (Comunidad Valenciana), si bien dispone que *«en el caso de menores, se les dará información adaptada a su grado de madurez y, en todo caso, a los mayores de doce años»*, sin embargo añade: *«También deberá informarse plenamente a los padres o tutores, que podrán estar presentes durante el acto informativo a los menores»*. Y posteriormente, en el art. 9 establece lo siguiente: *«El consentimiento informado se otorgará por sustitución en los siguientes supuestos: (...) 2. Cuando el paciente sea menor de edad o se trate de un incapacitado legalmente, el derecho corresponde a sus padres o representante legal, el cual deberá acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación y constitución de la tutela, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona menor o incapacitada por él tutelada. En el caso de menores emancipados, el menor deberá dar personalmente su consentimiento. No obstante, cuando se trate de un menor y, a juicio del médico responsable, éste tenga el suficiente grado de madurez, se le facilitará también a él la información adecuada a su edad, formación y capacidad»*.

En términos similares se pronuncia la Ley 7/2002 (Cantabria), en cuyo art. 31.1 se establece que *«el consentimiento será otorgado en régimen de representación en los siguientes casos: (...) c) Cuando el usuario sea menor de edad, en cuyo caso el consentimiento lo prestará su representante, en los términos previstos en el artículo siguiente»*, que únicamente dispone que *«los menores serán consultados cuando así lo aconsejen su edad y grado de madurez, y siempre valorando las posibles consecuencias negativas de la información suministrada»*.

Por su parte, el art. 6 de la Ley 3/2002 (Galicia) establece que *«son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución las siguientes: (...) b) Cuando el paciente sea un menor de edad o incapacitado legal, el derecho corresponde a su padre, madre o representante legal, que deberá acreditar de forma clara e inequívoca, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación y de la constitución de la tutela, que está legalmente habilitado para tomar decisiones que afecten a la persona del menor o incapaz. El menor de edad o incapacitado legal debe intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización. Cuando el médico responsable considere que el menor o incapacitado legal reúne suficientes condiciones de madurez, le facilitará la información adecuada a su edad, formación o capacidad, además de a su padre, madre o representante legal, que deberá firmar el consentimiento. La opinión del menor o incapaz será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de madurez o capacidad»*.

De igual modo, la Ley Foral 11/2002 (Navarra), establece en su art. 8.2 lo siguiente: «*Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución: (...) b) En los casos de incapacidad legal, de personas internadas por trastornos psíquicos y de menores, el consentimiento debe darlo quien tenga la tutela o curatela. Los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años deberán dar personalmente su consentimiento. En el caso de los menores, el consentimiento debe darlo su representante después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si es mayor de doce años*». De este precepto se desprende que los menores maduros de edad inferior a los dieciséis años o no emancipados no podrían prestar consentimiento válido aunque se tratara de menores maduros, disposición que contradice abiertamente lo establecido en la Ley básica estatal. También de acuerdo con el art 6.4 Ley 2/2002 (La Rioja): «*a) El usuario menor de 16 años con madurez emocional suficiente debe ser consultado por el médico o equipo médico sobre las decisiones, procedimientos o prácticas que afecten a su salud, con el fin de que su opinión sea considerada y ponderada en atención a su edad y madurez; b) En todo caso el consentimiento informado deberán prestarlo, en los supuestos y forma establecidos en esta Ley, los representantes legales del menor*».

Otra de las cuestiones novedosas de la Ley Básica 41/2002 es la relativa a las voluntades anticipadas, cuestión regulada en el art. 11 bajo el nombre de «instrucciones previas»¹³. Según el apartado primero del mencionado art. 11, «*por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en el que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo*».

Esta cuestión, que ha sido regulada también por la Comunidades Autónomas en sus respectivas legislaciones, no encuentra una regulación unánime, especialmente en lo referente a la capacidad para emitir dichas instrucciones. Así, poseen una legislación acorde con lo fijado en la Ley básica 41/2002, los arts. 8.1 de la Ley 21/2000 (Cataluña), que se refiere a la «*persona mayor de edad, con capacidad suficiente*», 5.1 de la Ley 3/2001 (Galicia), 28.1 de la Ley 12/2001 (Comunidad de Madrid), 11.5.a) de la Ley 10/2001 (Extremadura), 15.1 de la Ley 6/2002 (Aragón), 6.5.a) de la Ley 2/2002 (La Rioja), 2 de la Ley 7/2002 (País Vasco), 34 de la Ley 7/2002 (Cantabria), 30 de la Ley 8/2003 (Castilla y León).

En cambio, el art. 9.1 de la Ley Foral 11/2002 (Navarra), se refiere a «*una persona mayor de edad o un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente Ley Foral*». En sentido parecido se pronuncia el art.

¹³ El Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés propuso su modificación por el de «voluntades anticipadas», propuesta que no fue aceptada. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VII Legislatura. Serie III A: Propositiones de Ley del Senado, 19 de septiembre de 2002, enmienda número 21, p. 31.

17 de la Ley 1/2003 (Comunidad Valenciana), que permite formular su voluntad anticipada a «la persona mayor de edad o menor emancipada».

EFFECTOS DE LA CONTRAVENCIÓN DE SUS DISPOSICIONES POR PARTE DE LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Hasta aquí he puesto de manifiesto dos cuestiones. Por un lado, he señalado que la legislación autonómica que regula los derechos y los deberes de los pacientes no puede analizarse desconociendo lo que establece la Ley Básica 41/2002, puesto que dicha naturaleza obliga a las Comunidades Autónomas a tenerla en cuenta a la hora de regular por sí mismas esta materia. De esta forma, las leyes autonómicas pueden completar y desarrollar la materia contemplada en la Ley Básica 41/2002, pero no podrán contradecir lo establecido en la misma.

Por otro lado, he analizado brevemente algunos de los derechos más relevantes de los pacientes, tanto en la ley estatal como en las más relevantes normativas autonómicas, poniendo de manifiesto cómo las diferencias pueden llegar a ser muy significativas, planteándose un claro conflicto acerca de cuál debe ser la norma aplicable al caso concreto. Mi interés en este punto no ha sido el de analizar de forma exhaustiva todas y cada una de las discordancias que se presentan entre la Ley básica estatal y las autonómicas, sino únicamente poner de relieve que esto sucede en ciertos casos, los señalados y otros que pueden extraerse de un análisis más detenido de dichas regulaciones.

En este último apartado haré referencia a los efectos jurídicos de tales discordancias, pues no cabe duda de que el sujeto destinatario de la norma puede tener serias dudas acerca de la normativa aplicable. Para ello, hay que diferenciar si la norma autonómica que no respeta lo establecido en la Ley Básica estatal es anterior o posterior a ésta:

a) Si la *norma autonómica es anterior a la Ley Básica 41/2002*, pierde, en virtud de las variaciones introducidas por la Ley Básica estatal, su eficacia, de modo que se produciría un «desplazamiento» de la norma autonómica antigua por la norma estatal actual¹⁴, de tal forma que aquélla quedará inaplicable. En este sentido, señala la STC 32/1981, de 28 de julio, que «esta legislación de las Comunidades (...) puede quedar parcialmente invalidada por las normas básicas que, dentro de su competencia, establezca (...) el legislador estatal». En el mismo sentido se pronun-

¹⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo. I*, 11ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 308; Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 312 y s.; BAYONA ROCAMORA, *El derecho a legislar en el estado autonómico*, p. 208 (quien exige que el juez, en función del contenido de las normas y de la jurisprudencia constitucional que haya podido dictarse, no tenga «duda alguna acerca de la constitucionalidad de la ley básica»); Javier SÁNCHEZ-CARO/Fernando ABELLÁN, *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, Fundación Salud 2000, Granada, 2003, p. 2.

cia más recientemente, la STC 173/1998, de 23 de julio: «El art. 149.1.1 CE habilita, pues, al Estado para regular el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles (...). La legislación que con base en este precepto constitucional pueda dictar el Estado deberá sin duda ser respetada por el legislador autonómico (...). Constituirá también un *prius* del que deberá partir la regulación de las mismas. Sin embargo, en tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el art. 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas «condiciones básicas» uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. En suma, si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas, ya que, como queda dicho, constituyen un núcleo de regulación uniforme del que ineludiblemente debe partir la regulación (autonómica) (...)». No obstante, en el caso de que se produzca esta colisión normativa, es posible que la Comunidad Autónoma entienda que ha existido un exceso en la fijación del contenido considerado básico por parte del legislador estatal, pudiéndose, en tal caso, someter el problema a la consideración del Tribunal Constitucional a través del planteamiento de un conflicto de competencias.

b) Por el contrario, si la *norma autonómica es posterior a la Ley Básica 41/2002*, tal disposición adolecería de inconstitucionalidad por regular una materia sobre la que carece de competencia¹⁵. Así lo ha señalado también el propio Tribunal Constitucional. Según se afirma en la STC 61/1993, de 18 de febrero, «en el juicio de constitucionalidad no se trata de valorar la posibilidad de remediar la supresión de la previsión contenida en la norma estatal mediante la aplicación directa de ésta sino la existencia de una antinomia entre la norma básica estatal y la norma autonómica, que en caso de existir ha de ser corregida y reparada por este Tribunal, mediante la declaración de inconstitucionalidad (...)». También en otras sentencias se recoge la idea de la inconstitucionalidad de naturaleza mediata o indirecta cuando no deriva de una contradicción frontal con la Constitución, sino de no adaptarse el legislador autonómico a las previsiones de una Ley básica. En este sentido se pronuncian la SSTC 60/1993, de 18 de febrero y 163/1995, de 8 de noviembre. Según esta últi-

¹⁵ Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Parte General*, 13ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 327; Manuel-Jesús DOLZ LAGO, «¿Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad?», *La Ley*, 21 de marzo de 2003, pp. 1 y ss.

ma, «la inconstitucionalidad que se denuncia, de llegarse a apreciar, dimanará de la infracción por la ley autonómica del orden constitucional de distribución de competencias, si bien esta infracción será mediata o indirecta, por cuanto la mediación de la ley dictada en ejercicio de la competencia que sobre las bases de la materia corresponde al Estado (...), permite mantener que la norma autonómica que contradice la Ley básica –material y formal– invade el ámbito de la competencia estatal, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia vulnerador del referido orden constitucional de distribución de competencias». No obstante, el juez ordinario no puede por sí mismo inaplicar una ley autonómica que (presuntamente) vulnere la legislación básica, sino que esta operación es única y exclusivamente de control de constitucionalidad y, en consecuencia, es el Tribunal Constitucional quien tiene el monopolio de tal control¹⁶. Ello supone que, en tanto que dicha regulación no sea expulsada del ordenamiento jurídico, de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto a dicho efecto (arts. 62-67 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional –LOT–), ésta será de aplicación, teniendo en cuenta que «si el conflicto hubiere sido entablado por el Gobierno (...), su formalización comunicada por el Tribunal suspenderá inmediatamente la vigencia de la disposición (...)» (art. 64.2 LOTC).

En el caso de plantearse dicho conflicto de competencias por parte del Estado, el Tribunal Constitucional analizará con carácter previo si la norma estatal que opera como canon en el control de constitucionalidad de la Ley autonómica tiene, en efecto, carácter básico¹⁷. En efecto, el hecho de que el legislador estatal califique de básica a una norma no supone que la misma deba necesariamente reputarse como tal, pues es imprescindible que la misma revista materialmente dicho carácter (SSTC, 213/1988, de 11 de noviembre, 259/1988, de 22 de diciembre, 109/1998, de 21 de mayo).

Una clara exposición de esta concepción material de lo básico y de la consiguiente facultad de revisión constitucional se encuentra en la STC 13/1989, de 26 de enero: «A tal efecto es preciso partir de la doctrina que este Tribunal ha elaborado a través de numerosas decisiones acerca del concepto de «norma básica» y que recientemente se ha plasmado, entre otras, en las SSTC 69 y 80/1988, de 19 y 28 de abril; 182/1988, de 13 de octubre, y últimamente en la 248/1988, de 20 de diciembre. Conforme a lo recogido en el fundamento jurídico 4.º de esta última, «corresponde al legislador estatal definir lo básico observando estrictamente las prescripciones constitucionales y estatutarias, y a este Tribunal controlar en última

¹⁶ JIMÉNEZ ASENSIO, *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, pp. 243 y 309; BAYONA ROCAMORA, *El derecho a legislar en el estado autonómico*, pp. 207 y s., según el cual hay que «rechazar la posibilidad de que el juez ordinario pueda inaplicar una ley autonómica si entra en contradicción con una ley básica. El sólo riesgo de inaplicar una ley que pueda ser la constitucional es suficiente razón de fondo (...). La salida lógica –¿y única?– es, pues, el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad para respetar el monopolio que la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional».

¹⁷ Vid. JIMÉNEZ ASENSIO, *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, pp. 242 y s.

instancia dicha definición. (...) el Estado debe garantizar, a través de las normas básicas, un común denominador normativo –dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales– a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en atención a sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto. A la satisfacción de esta finalidad responde el concepto material de «norma básica», que impide considerar como tal cualquier precepto que en realidad no tenga ese carácter y vacíe de contenido o cercene las competencias autonómicas» (F. J. 3º).

Esta clara afirmación de la concepción material de lo básico es una apuesta decidida del Tribunal Constitucional por garantizar jurídicamente la integridad de la competencia autonómica de desarrollo normativo. Supone un esfuerzo dogmático para asentar sólidamente los contornos de la potestad normativa autonómica, tutelado mediante la garantía jurisdiccional y beneficiaria de la inmediata efectividad del listado competencial, y, al mismo tiempo, por limitar la eventual discrecionalidad o arbitrariedad del legislador básico, al someter el ejercicio de la actividad legislativa al principio de justiciabilidad¹⁸.

Ahora bien, junto a la noción material de las bases, se ha ido abriendo paso una concepción formal que no excluye, sino que complementa, la concepción material. Su formulación obedece a la acción de un doble principio¹⁹: a) en primer lugar, y fundamentalmente, al *principio de seguridad jurídica*, esto es, a la necesidad de dotar de certidumbre jurídica a la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas. Tal y como señala la ya mencionada STC 13/1989, de 26 de enero, «en la definición de lo básico deben observarse también las imprescindibles garantías de certidumbre jurídica, que permitan a las Comunidades Autónomas conocer con la mayor exactitud posible cuál es el marco normativo al que deben sujetarse en el ejercicio de sus competencias de desarrollo de la legislación estatal básica. A esta segunda finalidad se orienta la exigencia de que las «bases» se regulen, en principio, por Ley formal y de que la propia Ley declare expresamente el alcance básico de todas o parte de sus normas o, al menos, permita inferir esta condición de las mismas sin especial dificultad. No obstante es admisible, como excepción, que el Gobierno de la Nación pueda regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia²⁰ cuando resultan complemento necesario para

¹⁸ Enrique ARNALDO/Jordí DE JUAN, *El poder legislativo estatal en el Estado autonómico*, FAES, Madrid, 2003, pp. 94 y s.

¹⁹ Vid. ARNALDO/DE JUAN, *El poder legislativo estatal en el Estado autonómico*, FAES, Madrid, 2003, pp. 95 y ss.

²⁰ Esta es precisamente la técnica que ha seguido el legislador español con la Ley General de Sanidad. Cfr. Pedro Pablo MANSILLA IZQUIERDO, «La concepción de lo básico desde la perspectiva de la Ley General de Sanidad», en Alberto Pérez Calvo (coord.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1990, pp. 60 y s. Más ampliamente sobre esta cuestión, JIMÉNEZ ASENSIO, *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, pp. 220 y ss.

garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases (...)» (F. J. 3º); y b) en segundo término, al *principio democrático*, pues identificar formalmente lo básico es identificar el interés general necesitado de una regulación uniforme en todo el territorio nacional, y esta determinación debe realizarla el órgano de representación nacional o el órgano políticamente responsable ante ella.

Obviamente, esta identificación formal de la normativa básica no excluye ni prejuzga su justiciabilidad y, en definitiva, el control jurisdiccional que corresponde al Tribunal Constitucional para determinar si el segmento del ordenamiento calificado formalmente como básico lo es materialmente.

De esta forma, el problema sustantivo más importante que plantean las leyes básicas es la determinación de qué es lo básico, por cuanto sólo este contenido corresponde a la ley estatal, que no puede así invadir las competencias autonómicas para desarrollar normativamente el contenido no básico de la legislación de una materia (STC 13/1989, de 26 de enero). El Tribunal Constitucional ha indicado reiteradamente que «no es fácil determinar en cada caso concreto cuáles son las bases de una determinada materia (...) y hay que considerar imposible cualquier intento de relación apriorística» (entre otras, STC 25/1983, de 7 de abril). Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado por una definición material de lo básico identificándolo con aquellas normas cuya aplicación debe extenderse a todo el Estado, estableciendo un común denominador normativo, por cuanto el interés general exige una uniformidad legislativa en los puntos esenciales de una concreta normativa (así, SSTC 25/1983, de 7 de abril, 248/1988, de 20 de diciembre, 197/1996, de 28 de noviembre, 50/1999, de 6 de abril)²¹. Es el propio Tribunal Constitucional el órgano encargado de controlar que el legislador estatal no se excede en el contenido de este «núcleo material de interés general» o «núcleo básico»²².

A este respecto, se ha planteado la duda acerca de la constitucionalidad ya de la Ley Básica 41/2002, por otorgar dicho carácter a ciertas disposiciones, excediéndose de la atribución competencial fijada en la Constitución al Estado, al regular materias que son competencia de las Comunidades Autónomas. La determinación de esta circunstancia corresponde también, en exclusiva, al Tribunal Constitucional²³, que deberá resolver caso por caso (SSTC 102/1995, de 26 de junio y 156/1995, de 26 de octubre). Así, el Parlamento de Cataluña acordó el pasado 13 de febrero de 2003 la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 14.2; el artículo 17.4; el artículo 21, segundo inciso del apartado 1, y la Disposición Adicional primera de la Ley Básica 41/2002.

²¹ Vid. no obstante, JIMÉNEZ ASSENSIO, *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, pp. 234 y ss.

²² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, pp. 302 y ss.

²³ Según las SSTC 49/1988, de 22 de marzo; 69/1988, de 19 de abril; o 277/1988, de 29 de noviembre, en caso de impugnación, corresponde al Tribunal Constitucional «revisar la calificación hecha por el legislador y decidir en última instancia, si una norma es o no básica».

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con los recursos de inconstitucionalidad presentados por el Estado contra las leyes autonómicas, en este caso la vigencia de la disposición recurrida no queda suspendida de forma automática e inmediata, sino que deberá ser el órgano que formalice el conflicto el que solicite al Tribunal la adopción de esta medida, invocando perjuicios de imposible o difícil reparación (art. 64.3 LOTC), lo cual no se ha producido en este caso.