

En Logroño, 8 de octubre de 2008, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana, y D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

120/07

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, sobre Proyecto de Decreto de Segunda opinión médica.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

El Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite para dictamen el citado Proyecto de Decreto, que consta de la siguiente documentación:

-Resolución de inicio de procedimiento para la elaboración de una disposición de carácter general, de fecha 11 de abril de 2008, a la que se acompaña una Memoria justificativa, un Estudio del coste y financiación, así como el primer borrador del texto de la disposición, declarándose con todo ello, en fecha 7 de julio formado el expediente de proyecto de Decreto de segunda opinión médica.

-Acuerdo del Consejero por el que se somete a información pública el Proyecto de disposición de carácter general, y publicación en el B.O.R. del 15 de julio, del período de información pública. Consta igualmente la justificación de la remisión del texto de la disposición a Organizaciones de consumidores, Colegios profesionales sanitarios, Organizaciones sindicales, Federación de empresarios y Municipios, etc. Constando también diversas comunicaciones remitidas por algunas de las entidades anteriormente mencionadas.

-Informe del Secretario General Técnico de la Consejería, en el que se analizan las diversas alegaciones recibidas, lo que origina un segundo borrador.

-Informe del SOCE, de fecha 4 de septiembre de 2008, que origina un tercer borrador al ser admitidas varias de sus consideraciones.

-Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de fecha 17 de septiembre de 2008, que origina un nuevo texto de la disposición, al ser admitidas las consideraciones incluidas en su informe.

-Memoria final, de fecha 18 de septiembre de 2008

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 18 de septiembre de 2008, registrado de entrada en este Consejo el 19 de septiembre de 2008, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 19 de septiembre de 2008, registrado de salida el 29 de septiembre de 2008, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo y su ámbito.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, reguladora del Consejo Consultivo, este órgano deberá ser consultado en los siguientes asuntos: “c) *Proyectos de reglamentos o de disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes estatales o autonómicas*”; y de igual modo lo expresa el artículo 12, c) de su Reglamento aprobado por el Decreto 8/2002, de 24 de enero.

El proyecto de Decreto sometido a nuestra consideración, en definitiva se dicta en desarrollo de la Ley autonómica 2/2002, de 17 de abril, de Salud, cuyo artículo 12.6 reconoce el derecho a solicitar una segunda opinión de otro profesional, con el objetivo de obtener información complementaria o alternativa sobre el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas de trascendencia importante, en los términos que se determine, derecho que es posteriormente reconocido en el artículo 4.a de la Ley estatal 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del sistema nacional de salud. Por lo tanto, el carácter de nuestro dictamen es el de preceptivo.

En cuanto al ámbito de nuestro dictamen, señala el art. 2.1 de nuestra Ley reguladora que, en el ejercicio de nuestra función, debemos velar por “*la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía de la Rioja y el resto del ordenamiento jurídico, en cuyo conjunto normativo fundamentará el Consejo su dictamen*”.

Como se ha señalado en otros dictámenes, debemos examinar la adecuación del Proyecto de Decreto al bloque de constitucionalidad, sin entrar en cuestiones de oportunidad que no nos han sido solicitadas.

Segundo

Cumplimiento de los trámites de elaboración de disposiciones de carácter general.

Este Consejo Consultivo viene insistiendo con reiteración sobre la importancia de observar las prescripciones establecidas en la ley, en relación con el procedimiento para la elaboración de disposiciones generales, no sólo como garantía de acierto en su elaboración, sino, además, por cuanto su incumplimiento es susceptible de ser apreciado por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, en caso de recurso, como causa de invalidez de las normas reglamentarias aprobadas.

En el presente caso, procede examinar si se han cumplido los trámites establecidos en los artículos 33 a 41 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, puesto que la elaboración del Proyecto de disposición se inició tras la entrada en vigor de la misma.

Procede, por ello, examinar, el grado de cumplimiento, en el presente caso, de dichos trámites o requisitos.

A) Resolución de inicio del expediente.

En el expediente que nos ha sido remitido, consta dicho acuerdo dictado por el Consejero de Salud que, además, designa al Servicio de Asesoramiento y Normativa de la Secretaría General Técnica como responsable de instruir el procedimiento.

Ello se ajusta a la doctrina sostenida, para una anterior situación normativa, por este Consejo Consultivo, pero resulta preciso recordar que, desde la aprobación en este caso del Decreto 84/2007, de 20 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud 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, el órgano competente para dictar la resolución de inicio de la tramitación de las disposiciones de carácter general es el Director General que en cada caso corresponda por razón de la materia a regular, por establecerlo así expresamente el artículo 6.1.4.i) de dicho Decreto; mientras que es función del Secretario General Técnico la de, a continuación, *“tramitar, informar y en su caso elaborar los proyectos de disposiciones generales correspondientes a su Consejería”* [art. 6.1.2.1.g) del citado Decreto]. Ciertamente, el titular de la Consejería siempre podría avocar para sí, como superior jerárquico, el ejercicio de la competencia atribuida reglamentariamente al Director General, pero debería cumplir en tal caso con la necesidad de acuerdo expreso que previene el artículo 14 LRJPAC. Todas estas consideraciones deben tenerse en cuenta en lo sucesivo en la tramitación de los expedientes de disposiciones de carácter general.

B) Elaboración del borrador inicial.

Consta en el expediente un borrador inicial, así como una Memoria relativa al marco normativo en el que se inserta el texto de la disposición; la repercusión económica que puede suponer la entrada en vigor de la misma, así como ciertas indicaciones acerca de los trámites a seguir en el procedimiento de su elaboración.

C) Anteproyecto del reglamento.

En el expediente que nos ha sido remitido, consta la Resolución del Secretario General Técnico de la Consejería, por la que se declara formado expediente de Proyecto de Decreto de segunda opinión médica.

D) Trámite de audiencia.

La Ley 4/2005 regula expresamente este trámite (diferenciándolo del de información pública, del que se ocupa su artículo 37), que no era contemplado en la Ley 3/1995, de 8 de marzo, a la que aquélla viene a sustituir, pero en cuya obligatoriedad –fundada en la Constitución y en la legislación estatal de carácter tanto básico como supletorio, para los casos previsto en ella- había insistido este Consejo en numerosos dictámenes.

En el presente supuesto, ambos trámites se han cumplido de manera escrupulosa, habiéndose publicado en el B.O.R. la apertura del período de información pública y habiéndose dado traslado a todo tipo de Colegios Profesionales y Sindicatos del sector sanitario, Asociaciones de Consumidores y Usuarios, Federación Riojana de Municipios, Federación de Empresarios, responsables de la organización sanitaria, etc., siendo varias las que han formulado alegaciones.

E) Informes y dictámenes preceptivos.

Consta en el expediente el informe del S.O.C.E. (preceptivo según el Decreto 125/07, de 26 de octubre), así como el de la Dirección General de los Servicios Jurídicos y el de la Secretaria General Técnica de la Consejería.

F) Integración del expediente y Memoria final del Anteproyecto.

Este trámite, que viene regulado en el artículo 40 de la Ley 4/2005, se ha cumplido adecuadamente.

Tercero

Competencia de la Comunidad Autónoma para dictar la norma proyectada.

La atribución a la Comunidad Autónoma de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene resulta con claridad del art. 9.5 del Estatuto de Autonomía de La Rioja.

El derecho de los ciudadanos a disponer de una segunda opinión médica está previsto en la Ley estatal 16/2003, de 28 de mayo, en su artículo 4.a), mientras que su artículo 28.1 encomienda a las instituciones sanitarias facilitar el ejercicio de este derecho y velar por la adecuación de su organización. Por su parte ya hemos indicado que el artículo 12.6 de la Ley autonómica 2/2002, de 17 de abril, de Salud, recoge este derecho de los ciudadanos, por lo que no puede dudarse ni de la competencia de la Comunidad Autónoma para dictar el Decreto que informamos, ni del rango de la disposición proyectada.

Cuarto

Observaciones jurídicas sobre el contenido normativo del Proyecto reglamentario.

La disposición sometida a nuestra consideración consta de 10 artículos, una Disposición Adicional y dos Disposiciones Finales; y en ella se viene a regular el derecho de los pacientes que tengan reconocida la asistencia sanitaria con cargo al Servicio Riojano de Salud a obtener una segunda opinión médica.

En su regulación, la disposición proyectada sigue las mismas directrices que en otras Comunidades Autónomas en las que se ha regulado dicho derecho con anterioridad.

En el artículo 2, se define el concepto de segunda opinión médica, que debe ser puesto en relación con el artículo nº 5, que determina los supuestos en los que es posible solicitar dicha segunda opinión. Sin embargo, de la forma en la que está redactado, parece deducirse, que, siempre que nos encontremos ante uno de los diagnósticos o tratamientos a que se refiere el citado artículo 5, existe el derecho a solicitar una segunda opinión médica, sin tener en cuenta que pueden existir casos en los que, por razones de urgencia vital, el procedimiento establecido al efecto en el art. 6, y aun cuando para estos casos prevé una reducción de los plazos, se podría llegar a comprometer la integridad física del paciente, por lo que podría resultar conveniente incluir alguna salvedad para estos casos de urgencia vital en recibir un determinado tratamiento, bien reduciendo los plazos o garantizando que, en tales casos, la solicitud de segunda opinión médica se efectúe bajo la responsabilidad del paciente, con objeto de conciliar este derecho del mismo con la obligación deontológica de los profesionales médicos, derivada del juramento hipocrático, de hacer lo posible por salvar la vida de los enfermos.

En el artículo 5 que delimita los diagnósticos y tratamientos respecto de los cuales se puede solicitar segunda opinión médica, contienen una contradicción, que no se sabe si es voluntaria u obedece a un olvido. Así, en el apartado 2.a.2ª, relativo a los tratamientos, se incluye como susceptible de ser objeto de segunda opinión la enfermedad neoplásica maligna, que, si se trata de la piel, únicamente afecta al melanoma. Sin embargo, en el apartado 2.b.5ª, relativo a los tratamientos respecto de los que es susceptible la solicitud de una segunda opinión,

se habla únicamente de la enfermedad neoplásica maligna, sin la anterior precisión respecto al melanoma.

En el artículo 6, al determinar quien puede realizar la solicitud de la segunda opinión, se menciona al titular del derecho a obtenerla, con lo que se está refiriendo al propio paciente, así como a su representante, en la forma fijada por el artículo 32.3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre. Lo anterior parece referirse a aquellas personas que ostentan la representación del enfermo mediante poder a su favor, pudiendo entenderse incluidos en tal expresión, a los padres o titulares de la patria potestad, respecto de los menores no emancipados, o a los tutores o curadores de personas declaradas en situación de incapacidad para regir su persona. Sin embargo, nada se dice sobre el cónyuge, pareja de hecho o persona unida al enfermo por análoga relación, o incluso los parientes más próximos, en aquellos casos en los que el paciente no pueda ejercer por sí mismo el derecho a solicitar la segunda opinión, por lo que parece conveniente ampliar el número de personas con derecho a realizar la solicitud, en los términos anteriormente señalados.

Por lo demás, el hecho de limitar el derecho a solamente determinadas enfermedades y tratamientos, así como a una sola vez por cada proceso asistencial, pese a las peticiones de eliminar tales limitaciones, realizadas por alguna de las organizaciones que formularon alegaciones en su día, entra dentro de las facultades de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que debe velar por la mejor prestación del servicio sanitario, con los recursos de que dispone, además de seguir los mismos criterios que otras Comunidades Autónomas en las que se ha regulado sobre esta materia.

Finalmente, debemos añadir que, habida cuenta de la creación por el proyecto de disposición que dictaminamos del derecho subjetivo a obtener la segunda opinión médica, al establecer el procedimiento a seguir para obtenerla, deberían concretarse los efectos derivados de la no resolución en plazo de la solicitud (silencio administrativo).

Por otro lado, el Gobierno de La Rioja debe ser consciente de que, al introducir este nuevo derecho subjetivo de los pacientes, el incumplimiento del mismo puede incidir en el régimen de responsabilidad de la Administración por funcionamiento del servicio público sanitario de modo semejante a lo ya manifestado reiteradamente por este Consejo a propósito del consentimiento informado.

CONCLUSIONES

Primera

La Comunidad Autónoma de La Rioja, tiene competencia para dictar la norma proyectada.

Segunda

El Proyecto de disposición es conforme a Derecho, sin perjuicio de las indicaciones contenidas en el cuerpo del presente dictamen.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero