

LA INTERVENCIÓN DE FARMACEUTICOS Y ENFERMEROS EN LA PRESCRIPCIÓN: UNA APROXIMACIÓN ÉTICO-LEGAL (*)

José López Guzmán
Doctor en Farmacia
Angela Aparisi Miralles
Doctora en Derecho

ÍNDICE. INTRODUCCIÓN. II. MODELOS DE PRESCRIPCIÓN. II. 1. La prescripción independiente. II.1.1. La negación a facilitar una prescripción. II.1.2. La prescripción independiente "ilegal". II.2. La prescripción dependiente. II.2.1. Prescripción facultada individualizada. II.2.2. Prescripción facultada por repetición. II.2.3. La prescripción por protocolos. II.2.4. La prescripción suplementaria. a) Características de la prescripción suplementaria en Gran Bretaña. b) Mecanismos de aplicación. II.2.5. Prescripción por formulario. II.3. La prescripción compartida. II.3.1. La sustitución de especialidades farmacéuticas. a) La sustitución genérica. b) La sustitución terapéutica. c) El intercambio terapéutico. III. DISCUSIÓN. III.1. El contexto social y sanitario. III.2. El contexto legal. III.3. La integración del equipo sanitario. III.3.1. La evolución de las profesiones. III.3.2. La importancia de la formación para la integración del equipo sanitario. III.4. Beneficios de la prescripción dependiente y compartida. III.4.1. Facilitar el acceso a los medicamentos. III.4.2. Disminuir la presión sobre el médico. III.4.3. Rentabilizar las competencias y habilidades de otros Profesionales. III.5. Problemática de la prescripción dependiente y compartida. III.5.1. La crítica a la falta de capacidad para prescribir de enfermeros y farmacéuticos. III.5.2. Mecanismos de acreditación de los nuevos prescriptores. III.5.3. El incremento de la presión asistencial sobre farmacéuticos y enfermeros. III.5.4. El debilitamiento de la relación médico-paciente. III.5.5. Los conflictos de intereses en la dispensación. III.5.6. La retribución económica por las nuevas atribuciones. III.5.7. El intrusismo profesional. IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, se ha denominado prescripción a las instrucciones escritas para la preparación y la administración de un remedio¹. Se trata de un documento en el que se indica cual es la especialidad farmacéutica, fórmula magistral, etc., adecuada para un determinado paciente. No obstante, cabe advertir que en esta definición falta un elemento importante: *quien* es sujeto capacitado para llevar a cabo tal actuación. Así, resulta llamativo que en muchas enciclopedias de términos médicos se omite este dato. La razón de ello puede encontrarse en el hecho de

que se trata de un aspecto obvio, al presuponerse que el encargado de la prescripción es el médico².

Ciertamente, la prescripción ha sido siempre una función desempeñada por este profesional. No obstante, cabría preguntarse si tal competencia exclusiva se basa en una costumbre históricamente arraigada en las distintas culturas, o es una consecuencia derivada de ser el mejor -e incluso único- profesional capacitado para ello.

Es claro que la prescripción "es el punto de partida de la terapéutica farmacológica; por ello es absolutamente

* Trabajo ganador del Segundo Premio Derecho y Salud

¹ Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina Dorland, Madrid, McGraw-Hill, 1992.

² Por lo tanto, una propuesta de definición de la prescripción, más completa que la anterior, podría ser la siguiente: "nota escrita por un médico en la que se indica el medicamento que debe proporcionarse a un paciente, así como las normas para su correcta administración. También se denomina receta." (Diccionario Espasa Medicina, Madrid, Espasa Calpe, 1999).

necesario que se realice correctamente”³. De ella depende todo el proceso de la asistencia sanitaria. En consecuencia, no parece lógico afirmar que su asignación a los médicos se apoya, exclusivamente, en una tradición consolidada. Por el contrario, se puede entender que la competencia de estos profesionales para prescribir se asienta en una sólida formación que les capacita para ello.

No obstante, la anterior afirmación no evita una ulterior cuestión: ¿es el médico el único profesional competente para prescribir, o sería posible admitir -bien de forma autónoma, o bien en colaboración con él-, la intervención de otros sanitarios en el proceso? No estamos ante una cuestión meramente especulativa, sino que responde a un debate de plena actualidad. De hecho, en los últimos años se han aprobado, en diversos países, normativas encaminadas a atribuir competencias a farmacéuticos y enfermeros en este ámbito. Así, por ejemplo en Gran Bretaña se aprobó, en el año 2005, la denominada *prescripción suplementaria* de enfermeros y farmacéuticos⁴. También en Estados Unidos se ha facultado para prescribir, no sólo a farmacéuticos y enfermeros, sino también a matronas y naturópatas.

España no ha sido ajena a este proceso. En el año 2005, diversas voces e instancias demandaron el reconocimiento de una cierta capacidad de prescripción a los enfermeros⁵. También los farmacéuticos vienen impulsando distintas iniciativas en este ámbito. En esta línea, se ha destacado el hecho de que estos sanitarios son los especialistas en el medicamento. De ahí que, una vez realizado el diagnóstico por parte del médico, no resultaría ilógico que el farmacéutico pudiera intervenir, llegando, incluso, a poder elegir aquella especialidad farmacéutica que,

atendiendo a su biodisponibilidad, farmacocinética, etc., mejor se adaptara a la idiosincrasia del enfermo.

Tales solicitudes se ha ido reiterando a lo largo del presente año 2006⁶, en especial, durante el periodo de tramitación del Proyecto de Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Las demandas se han apoyado en el hecho de que, en los últimos años, estos profesionales han desarrollado un importante y decisivo proceso de especialización que, junto con su estrecha relación con los pacientes, les puede facultar para intervenir en la prescripción.

En definitiva, lo que se plantea es la posibilidad de que enfermeros y farmacéuticos puedan llegar a colaborar en otros procesos distintos a los que habitualmente tienen asignados como, por ejemplo, en la prescripción de algunas especialidades farmacéuticas. Tales demandas presuponen un fomento, e impulso, de la cooperación en el seno de equipos sanitarios interdisciplinares. En palabras de Gastelurrutia, “en la actualidad la atención al paciente se va consolidando como un trabajo en equipo, multidisciplinar, en el que participan y colaboran distintos profesionales de la salud: la prescripción de los medicamentos se puede considerar uno de los subprocesos que componen el proceso general de atención al paciente”⁷. De cualquier manera, es importante insistir en que se trata de una colaboración y no de una suplantación de funciones.

Hasta ahora se ha hecho referencia a las posturas favorables a la intervención de farmacéuticos y enfermeros en el proceso de la prescripción. No obstante, también

³ Ronda, J., y Oliver, M.J. “Manual para la correcta redacción de la prescripción médica”, *Pharmaceutical Care España*, 1: 202, 1999.

⁴ Algunos sectores han manifestado su preocupación porque esta medida se haya adoptado antes de tener pruebas concluyentes sobre su conveniencia. En concreto, se ha señalado que se podía haber esperado a tener los resultados y conclusiones de algunos estudios que, en ese momento, estaban en marcha. Avery, A.J., y Pringle, M. “Extended prescribing by UK nurses and pharmacists”, *British Medical Journal*, 331: 1155, 2005.

⁵ Así se manifestó el Presidente del Colegio de Enfermeros de Valencia. Tal demanda fue contestada por el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública, a través de cartas dirigidas al Consejo Autonómico de Colegios de Médicos de la Comunidad Valenciana y a la Organización Médica Colegial. Las alegaciones del representante sindical apelaban a que la prescripción es una función propia de la medicina, -para lo que se requieren once años de estudios-; a que todos los medicamentos tienen contraindicaciones, lo cual determina que el proceso sea muy complejo; y que tal práctica podría suponer un incremento en los errores de prescripción.

⁶ Por ejemplo, en febrero de 2006, el sindicato de enfermería SATSE volvió a solicitar al Ministerio de Sanidad que los enfermeros pudieran participar en la prescripción. Así, manifestó que “después de 16 años, es hora de avanzar en el desarrollo competencial y de capacitación de los enfermeros para adaptarse a la realidad del Sistema sanitario”. Para ello, reclamó la participación en la negociación del texto de la recién aprobada Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos sanitarios y afirmó que, en principio, esta es “una normativa restrictiva, ya que cierra la posibilidad a que los profesionales enfermeros puedan prescribir fármacos en un catálogo cerrado”, algo que ha sido solicitado reiteradamente por la organización sindical. Dicho Sindicato considera que el uso racional de los medicamentos, y la reducción de la automedicación por parte de los usuarios, sólo se logran con la intervención de los profesionales sanitarios, especialmente de los enfermeros, dado su trato directo con el paciente cuando éste acude a un centro de salud. En este sentido, el SATSE recordaba que “regularmente, los propios usuarios acuden a los profesionales enfermeros demandando la prescripción de fármacos”. Desde este enfoque, la organización sindical abogaba por incrementar la formación de los enfermeros para la prescripción de fármacos contenidos en un catálogo cerrado. <http://www.enfermeriadeltrabajo.com/modulos.php?name=News&file=article&sid=79> (Accedido el 06.06.2006).

⁷ Gastelurrutia, M.A. Elementos facilitadores y dificultades para la diseminación e implantación de servicios cognitivos del farmacéutico en la farmacia comunitaria española, Madrid, Ergon, 2005, pág. 15.

existen posiciones contrarias a ello. Estas se apoyan, fundamentalmente, en la defensa del principio de separación de las dos funciones básicas de prescribir y dispensar. En este sentido, por ejemplo, la Declaración elaborada por la Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado, del Consejo General de Colegios de Médicos, el 27 de marzo de 2000, sobre “Límites de las funciones profesionales de médicos y farmacéuticos”, se muestra contraria a la participación de otros profesionales en el proceso de prescripción. Y ello, por las siguientes razones:

“Una es de orden profesional: la profesionalidad necesaria e insustituible, la competencia debida en campos profesionales que están claramente diferenciados. Ni el médico es un farmacéutico aficionado, ni el farmacéutico es diletante de la Medicina.

La otra es de orden ético: la eliminación de todo riesgo de conflicto de intereses. La decisión de recomendar un tratamiento no puede estar viciada por el beneficio económico que de ella puede derivar quien la hace. No pueden los médicos en ejercicio ser propietarios de farmacias, ni pueden prescribir influidos por consideraciones financieras, ni pueden vender a sus pacientes medicamentos o productos sanitarios. Ni pueden los farmacéuticos, fuera del caso de los productos de libre dispensación, vender por propia iniciativa a sus clientes medicinas que exigen la presentación de una receta médica. La exigencia de la receta médica es la prueba, ética y legal, de que el farmacéutico es un profesional cuyo interés primario es servir los intereses del paciente, no obtener de su trabajo el máximo de beneficios económicos.”

La mencionada Declaración acierta cuando afirma que es conveniente evitar que los conflictos de intereses puedan llegar a influir perniciosamente en la actuación de los profesionales. Sin embargo, quizás no esté tan justificada su defensa, a ultranza - y en aras de la “profesionalidad”-, de la separación de funciones entre las distintas profesiones sanitarias. Se trata de un aspecto complejo, que se abordará con detenimiento en el presente trabajo.

Cuestión distinta es si existe una verdadera necesidad de introducir cambios en los modelos actuales de asistencia sanitaria. Ciertamente, la sociedad contemporánea ha sufrido grandes transformaciones en el ámbito de la salud. El tema que ahora se plantea es si tales modificaciones aconsejan la introducción de innovaciones en el mismo. La propuesta, en concreto, giraría en torno a la conveniencia de promover una renovación del sistema de atención sanitaria, a través de la potenciación de la interacción, y la

complementariedad, entre los miembros de los equipos de salud⁸. De cualquier manera, no podemos perder de vista que cualquier impulso de la acción concertada de los profesionales sanitarios debe perseguir una mejora en el objetivo común a todas estas profesiones: la buena atención al paciente⁹. Se trata, en este sentido, de potenciar un sistema asentado en el concepto de “*centred patient attention*”, contemplado éste en toda su dimensión, y no relegado, exclusivamente, a sus aspectos externos. Tal asistencia deberá estar apoyada en procesos de máxima calidad, desarrollarse con seguridad, y respetando siempre la dignidad del paciente.

Son variadas las razones que parecen justificar una revisión del actual sistema de asistencia sanitaria. Una de ellas es el elevado porcentaje de ingresos debidos a un incorrecto uso de los medicamentos. En concreto, sabemos que el 12% de los ingresos agudos¹⁰ en emergencias hospitalarias son causados directamente por la prescripción de medicinas¹¹. En este sentido, por ejemplo, se estima que más de un cuarto de millón de los pacientes que son admitidos en hospitales del Reino Unido ingresan a causa de efectos perjudiciales de los medicamentos. Ello genera un gasto de 680 millones de euros. Asimismo, cabe destacar que el 50% de los tratamientos prescritos no se comienzan y que el 20% no se finalizan¹². También son motivo de preocupación ciertos sectores de la población como, por ejemplo, los ancianos que están polimedificados¹³. Estos necesitan, no sólo una mayor atención, sino también una acción integrada de todos aquellos que tienen que velar por su salud.

⁸ Esta perspectiva ha dado lugar a una nueva disciplina, la “Farmacología social” o “Sociofarmacología”. La Sociofarmacología implica “una nueva proyección de servicio a la sociedad, en donde el equipo de trabajo es interdisciplinar, y se concentra en la adquisición del conocimiento de todo cuanto puede acontecer al medicamento comercializado”. Alloza, J.L. *Farmacología social: la disciplina que estudia el medicamento comercializado y su entorno*. http://www.elmedicointeractivo.com/analisis_ext.php?idreg=197.

⁹ Azzopardi, L.M. “The need for interdisciplinary cooperation and teamwork”, *European Society of Clinical Pharmacy News*, 127: 1, 2005.

¹⁰ Hepler y Segal. Cfr. McGavock. “Thoughts on independent prescribing”, *Prescribing & Medicines Management*, 2005, pág. 17, september: PM3.

¹¹ Hitchen, L. “Adverse drug reactions result in 250 000 UK admissions a year”. *British Medical Journal*, 332: 1109, 2006.

¹² Parry, V. *Why don't people take medicine? (12 de Julio de 2005)* <http://news.bbc.co.uk/1/hi/health/4675071.stm>

¹³ Huang, B.; Bachmann, K.A.; He, X.; Chen, R.; McAllister, J.S., y Wang, T. “Inappropriate prescriptions for the aging population of the United States: an analysis of the National Ambulatory Medical Care Survey, 1997”, *Pharmacoepidemiology and drug safety*, 11: 127-34, 2002.

Por otro lado, en nuestro entorno sanitario se advierte, en relación a la prescripción, la persistencia de un cierto reduccionismo, al entenderla sólo desde sus aspectos más materiales. Por el contrario, parece conveniente fomentar una visión más amplia, que integre el hecho particular de la observancia de lo indicado en la receta en el marco de un proceso asistencial más completo: el paciente presenta unos síntomas que el médico reconoce. A través de éstos, diagnostica la enfermedad que los ocasiona. Con ese diagnóstico, se prescribe el medicamento u otra alternativa¹⁴ - como puede ser una medida higiénica, una terapia física, un alimento... -. En el caso de que se trate de un medicamento, éste deberá ser consumido adecuadamente por el paciente, tras su adquisición en la Oficina de Farmacia. En el supuesto de encontrarnos ante otro tipo de terapias, éstas deberán ser aplicadas por el correspondiente profesional. De cualquier manera, una visión amplia e interdisciplinar del proceso, pone de relieve que las terapias a adoptar no serán siempre, ni predominantemente, las medicamentosas. Además, el sistema debe tener su punto de partida en el diagnóstico y la prescripción, pero éstos deberán ser completados con un seguimiento personal del paciente. El presupuesto de toda actuación será, así, el ser humano, en su integridad y dignidad, y no una aisladamente considerada.

Asimismo, hay que tener en cuenta que, en la actualidad, el concepto tradicional de enfermedad, entendido como presupuesto de la asistencia sanitaria, ha quedado desfasado, al menos en los países desarrollados. La práctica asistencial ya no tiene como objeto y finalidad la noción de salud. Ésta ha sido sustituida por un concepto más amplio, el de calidad de vida. De ahí, que la prescripción ya no se contemple, sólo, como una indicación que se dirige a solventar una enfermedad sino que, de forma más completa, se oriente también a proporcionar al sujeto un mayor nivel de calidad de vida¹⁵

¹⁴ Lowenthal, D.T., y Caranasos, G.J. "Issues in prescribing". En: Reich WT (Editor). *Encyclopedia of Bioethics*, New York, Macmillan, 1995, pág. 1945.

¹⁵ El concepto de "calidad de vida" ha adquirido una gran importancia en las últimas décadas. No obstante, se trata de una noción difusa, imprecisa y difícil de delimitar (vid. Horan, M. "Treating and feeding the debilitated elderly", en Gormally, L., *The dependent elderly. Autonomy, justice and quality of care*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pág. 16-17). Desde un punto de vista biomédico, Hepler la ha calificado como "borrosa" (Hepler, C.D., "Philosophical Issues Raised by Pharmaceutical Care", en Haddad, A.M., y Buerki, R.D., (ed.), *Ethical Dimensions of Pharmaceutical Care*, New York, Pharmaceutical Products Press, 1996, pág. 39). Para Sánchez González, "el problema radica en que la idea de la calidad de vida no es primariamente un concepto intelectual. Es más bien una aspiración ideal que sólo puede llenarse de contenido en un determinado contexto histórico, social y

Consideramos que todos los factores reseñados aportan, al menos, argumentos suficientes para reflexionar acerca del modelo actual de prescripción, así como sobre la necesidad de incrementar la interrelación entre los distintos profesionales sanitarios.

La admisión de nuevas modalidades de prescripción requeriría un marco legal favorable a ello. En España, la Exposición de Motivos de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias¹⁶ establece que:

"existe la necesidad de resolver, con pactos interprofesionales previos a cualquier normativa reguladora, la cuestión de los ámbitos competenciales de las profesiones sanitarias manteniendo la voluntad de reconocer simultáneamente los crecientes espacios competenciales compartidos interprofesionalmente y los muy relevantes espacios específicos de cada profesión. Por ello en esta ley no se ha pretendido determinar las competencias de unas y otras profesiones de una forma cerrada y concreta sino que establece las bases para que se produzcan estos pactos entre profesionales, y que las *praxis* cotidianas de los profesionales en organizaciones crecientemente multidisciplinarias evolucionen de forma no conflictiva, sino cooperativa y transparente".

personal" (Sánchez, M. "Calidad de vida en enfermos terminales y eutanasia", En: Urraca S (Ed.) *Eutanasia hoy: un debate abierto*, Madrid, Noesis, 1996, pág. 356).

En la actualidad, para algunos la calidad de vida es un parámetro totalmente cuantificable y objetivo. Para otros, conlleva una valoración subjetiva. Desde los años cuarenta hasta nuestros días se ha pasado de una etapa presidida por un alejamiento de los aspectos subjetivos, a otra en la que éstos han adquirido una gran relevancia (Vid. Häyry, M. "Measuring the quality of life: Why, How and What?", *Theoretical Medicine*, 12: 97-116, 1991). Por otro lado, la calidad de vida no se determina sólo a partir de la realidad o percepción del sujeto ante, por ejemplo, un tratamiento farmacológico, quirúrgico o asistencial. Actualmente es, también, uno de los parámetros a tener en cuenta en el diseño de las políticas científicas y tecnológicas. En este sentido, Muñoz afirma que "el concepto de calidad de vida supone una revolución respecto a las ideas tradicionales de la política científica y tecnológica, y contradice, hasta cierto punto, los planteamientos liberales que dominan en el mundo desarrollado" (Vid. Muñoz, E. "Calidad de vida, un nuevo elemento y un desafío para la política científica y tecnológica", *Quark*, 3: 74, 1996).

Por otro lado, es importante tener en cuenta que la noción de calidad de vida admite distintas perspectivas de estudio: a) Descriptiva: cuando se estudian o detallan aquellas propiedades que determinan que la vida de un sujeto sea considerada mejor que la de otro. En este sentido, se puede entender que la posesión de riqueza, cultura, belleza o salud, son signos de una buena calidad de vida; b) Evaluativa: se introducen aspectos cuantificables, normalmente de tipo estadístico. Tiene su origen en el control de calidad introducido en los procesos industriales; c) Normativa: cuando la noción de calidad de vida se adopta como presupuesto de decisiones morales (Gracia, D. *Ética de la calidad de vida*, Madrid, Fundación Santa María, 1984, pág. 7-19).

¹⁶ BOE, de 22 de noviembre de 2003.

Del citado texto se desprende una concepción abierta en relación al establecimiento de las competencias de los distintos agentes sanitarios. Asimismo, manifiesta una visión no estática o cerrada del concepto de profesión, rechazando la idea de que ésta es una realidad ya definida y predeterminada, llamada a desempeñar el mismo cometido a lo largo de los años. Por el contrario, se trata de ámbitos no ajenos a transformaciones, determinadas, en última instancia, por las necesidades y la evolución de la sociedad.

El 29 de junio de 2006, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó en nuestro país la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios¹⁷. En esta disposición no se ha dado respuesta a las demandas anteriormente mencionadas, ya que la misma no contempla la posibilidad de que enfermeros o farmacéuticos puedan colaborar con el médico en el proceso de prescripción. No obstante, consideramos que en un contexto sanitario global, de interrelación y cooperación profesional, no podemos ser ajenos a los procesos que se están desarrollando en diversos países de nuestro entorno cultural. Estamos convencidos de que nuestra legislación sanitaria no debe quedar totalmente al margen del desarrollo que se está llevando a cabo actualmente en este campo. Este es el marco del que partimos en el presente trabajo y en el que, en última instancia, se encuadran todas las reflexiones que en él se contienen.

II. MODELOS DE PRESCRIPCIÓN

Cuando se aborda el tema relativo a las alternativas a la prescripción médica, se acostumbra a plantearlo en su forma más radical: se presupone que se trata de que otro profesional sanitario realice esa función, con independencia del médico e, incluso, dejando a este profesional excluido del proceso. Este planteamiento es simplista y reductivo, ya que olvida una variada gama de opciones. Sobre todo, se obvia la posibilidad de plantear un modelo de prescripción basado, no en la sustitución, sino en la *colaboración* de distintos profesionales. Estos modelos “cooperativos”¹⁸, no sólo están más posibilitados para

convertirse en una realidad, sino que, además, conllevan muchas ventajas, fundamentalmente, para los pacientes. Por un lado, es claro que cualquier cambio drástico en un modelo de atención sanitaria, no sólo suele ser difícil de implantar, sino que, además, podría tener consecuencias radicales y nefastas para sus principales destinatarios: los pacientes¹⁹. En este sentido, habría que estar muy seguro de los objetivos, necesidad y consecuencias de la sustitución de un modelo sanitario, antes de intentar aplicarlo. Por otro lado, parece que, en principio, una iniciativa que implique colaboración interprofesional entre los distintos agentes sanitarios puede reportar beneficios para los pacientes, especialmente en una fase tan crucial de la atención sanitaria como es la prescripción.

En definitiva, ante las propuestas, no de sustitución del médico en la prescripción, sino de *integración* del resto del equipo sanitario en la misma, consideramos que la respuesta no debe ser un rechazo frontal, sino una reflexión y estudio riguroso, ponderado y objetivo del tema. Así, habrá que considerar los distintos tipos de prescripción, estudiar cuál es el más conveniente para las circunstancias específicas de cada sistema sanitario, dilucidar si existen posibilidades legales de implantación... Esta investigación permitirá, o bien concluir que el actual modelo sanitario es el más adecuado, plantear la introducción de modificaciones más beneficiosas o, incluso, proponer otro modelo de prescripción. El horizonte de este trabajo debe ser siempre, como es lógico, el mayor beneficio del paciente. De acuerdo con este planteamiento, en las páginas siguientes se expondrán, en primer lugar, algunos modelos de prescripción, Pasamos a comentar algunas de esas opciones en la prescripción²⁰.

R. “¿Cómo medir la prescripción delegada?: un método fácil”, *Pharmaceutical Care España*, 1: 289-93, 1999.

¹⁹ Paura y Tarodo, realizan el siguiente comentario -que se podría aplicar a cualquier nuevo modelo sanitario que se quisiera instituir-, sobre la forma de implantar la Atención farmacéutica: “De lo que se trata es de reconocer los obstáculos para comenzar a pensar en cómo superarlos. Siempre debemos tener presente nuestro objetivo, considerando que en todo momento se está ante situaciones particulares en las que hay que decidir el modo de hacer viable lo que nos proponemos. Quizás por el afán de poner en práctica el objetivo ideal, perdamos de vista la viabilidad y nos lleve a cometer grandes errores. Siempre debemos preguntarnos qué espacio de trabajo encontramos con el paciente y con el médico. Poco a poco iremos ganando el lugar que nos proponemos, sin pretender protagonismos, sino cumpliendo los objetivos propuestos”. Paura, A.C., y Tarodo, P. “El rol del farmacéutico en la Atención farmacéutica: el paciente y el equipo de salud”, *Pharmaceutical Care España*, 5:176, 2003.

²⁰ En este tema seguimos, básicamente, la clasificación elaborada por Emmerton y colaboradores. Emmerton, L.; Marriott, J.; Bessell, T.; Nissen, L., y Dean, L. “Pharmacists and prescribing rights: review of international developments”, *Journal of Pharmacy and Pharmaceutical Sciences*, 8: 218-221, 2005.

¹⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. 14 de julio de 2006, núm. 66-15. En la fecha de la finalización del presente trabajo la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios se encuentra pendiente de publicación en el Boletín Oficial del Estado.

¹⁸ En este sentido, es preciso tener presente que hay distintos tipos de prescripción que no suponen una ruptura con el concepto clásico de prescripción, como por ejemplo la “prescripción delegada” entre Atención Especializada y Atención Primaria. Plaza, A.; Segura, M., y Catalá,

II.1. La prescripción independiente.

El modelo tradicional de prescripción ha sido el independiente. De acuerdo con el mismo, un profesional -en nuestro caso, el médico-, debe realizar la prescripción de manera autónoma y exclusiva. Tal prescripción no estaría sólo referida a la indicación sobre medicamentos, sino también sobre hábitos físicos, fisiológicos...

Este sistema se apoya sobre una estructura muy clara: el paciente deposita toda la confianza en el profesional²¹ y, en consecuencia, sobre éste recae una especial responsabilidad²². En un modelo de autonomía radical, tal responsabilidad reposaría exclusivamente en el facultativo, no relegando ningún resquicio de ésta en otros profesionales²³.

En la actualidad, y por diversas circunstancias, este modelo está llamado a la extinción. El progresivo reconocimiento de los derechos de los pacientes, así como su mayor implicación en el modelo sanitario, presiona en este sentido. En consecuencia, la responsabilidad del profesional pasa a ser compartida con la del propio paciente, que se incorpora al proceso de decisiones que competen a su salud. Incluso, en algunos casos, el enfermo se independiza del criterio médico llegando, a demandar un derecho a la "automedicación responsable"²⁴.

No obstante, el médico no es el único profesional que podría llevar a cabo una prescripción independiente. Al tratarse de un concepto amplio de prescripción -que incluiría también hábitos de vida, físicos, etc-, cabría que la realizara otro agente sanitario, como por ejemplo un enfermero, farmacéutico..., de forma totalmente autónoma con respecto al médico.

La prescripción independiente realizada por el farmacéutico está ampliamente aceptada en los países desarrollados, aunque sólo para determinadas especialidades farmacéuticas. El profesional tiene así facultades para determinar qué medicamento se adapta mejor a la afección del paciente; incluso, puede llegar a redactar la nota escrita (receta) en la que se indica la especialidad farmacéutica recomendada, su forma de utilización y ciertas observaciones complementarias. No obstante, conviene señalar que a esta práctica no se le suele denominar prescripción.

Con respecto a la prescripción autónoma del farmacéutico, podríamos hacer un inciso. Siguiendo a Alfonso²⁵, cabría distinguir entre aquellas situaciones en las que el usuario solicita al farmacéutico que le suministre un producto -a determinar por el profesional- para una concreta sintomatología, y aquellas en las que le pide un medicamento concreto. En el primer caso hay una participación directa del farmacéutico en el proceso. Por ello, el término automedicación no sería adecuado, siendo más ajustado el de "medicación indicada", "indicación farmacéutica"²⁶, "prescripción farmacéutica", "automedicación tutelada" o "consulta farmacéutica"²⁷.

Conviene matizar que la capacidad del farmacéutico no suele ser absoluta. Tampoco es homogénea en los di-

²¹ En este sentido, se entiende por "paternalismo" un modo de articular la relación del médico con su paciente en que todo el peso de las decisiones lo lleva el médico.

²² "Responsum", responsable, significa "el obligado a responder de algo o de alguien". Dobler, I. *La responsabilidad en el ejercicio médico*, México, El Manual Moderno, 2002; XV.

²³ Esta afirmación debe ser entendida teniendo en cuenta que la responsabilidad puede ser de tipo moral o legal. La primera remite a la obligación de todo agente libre de responder de sus acciones ante su propia conciencia o ciertos principios éticos. Por su parte, la responsabilidad legal deriva de la obligación de atenerse al Derecho vigente. Puede ser de tipo civil (Cerdá Olmedo, M. *Derecho civil y Farmacia*, Madrid, La Ley, 1993), penal (Ruiz Vadillo, E. "La responsabilidad civil y penal de los médicos", *Derecho y Salud*, 3 (1): 72-76, 1995) o administrativa (López Menudo, F. "Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso", *Derecho y Salud*, 8 (2): 1-17, 2000.)

²⁴ Tal demanda se apoyaría en el principio de autonomía del sujeto, postulando un respeto absoluto a las decisiones del paciente, de las que el médico pasaría a ser un mero servidor.

174

²⁵ Alfonso, T. "El rol del farmacéutico en automedicación. Uso de medicamentos: análisis desde la experiencia en España", *Pharmaceutical Care*, 1: 157, 1999.

²⁶ Machuca, M. "Del seguimiento farmacoterapéutico a la dispensación activa", *Pharm Care Esp*, 6: 80, 2004. Gastelurrutia alerta sobre el hecho de que distintos autores afirmen que la prescripción independiente es la que se realiza en el caso de la indicación. "El acto de prescribir es la consecuencia de una cadena de acontecimientos que comienza en la anamnesis y exploración del paciente, para terminar con un diagnóstico diferencial o sospecha diagnóstica, matizado con criterios de pronóstico. En la indicación farmacéutica, el farmacéutico, sin realizar ninguna exploración ni anamnesis, descarta causas de remisión al médico (que deberían estar previamente pactadas e incluidas en guías o protocolos). Cuando existen causas de remisión, el farmacéutico no debería indicar ningún tratamiento" (...) "Por tanto, pensamos que el farmacéutico no prescribe, sino que indica un medicamento, en su caso, acto clínico de gran importancia para la salud y para el Sistema Sanitario, por otra parte". Gastelurrutia, M.A., op. cit., pág. 15. También se puede consultar: Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos. *Indicación Farmacéutica I. AuladelaFarmacia*, 2 (17): 41-48, 2005.

²⁷ La "consulta farmacéutica" se considera una parte de la "dispensación activa sin receta". En ella, el paciente describe un síntoma y solicita consejo para aliviarlo. "El farmacéutico seleccionará el medicamento más adecuado para ese síntoma y paciente y lo dispensará con toda la información necesaria para su correcta utilización, así como la indicación de visitar al Médico si no desaparecen los síntomas. Remitirá el paciente al médico con una 'hoja de consulta farmacéutica', si considera que es un síntoma que requiere un diagnóstico preciso o si cree estar ante un PRM de otro medicamento o es un paciente con un riesgo de salud importante (ancianos, embarazadas, lactantes)". Tellache, Y. "Dispensación activa. Implantación en la oficina de farmacia", *Seguimiento farmacoterapéutico*, (suple 1): 11, 2004.

versos Estados en los que se reconoce. Por el contrario, viene determinada por la legislación de cada país, en la que se establecen aquellas patologías que pueden ser tratadas -a las que se les suele denominar “síntomas o síndromes menores”- así como los medicamentos que pueden ser dispensados sin la intervención del médico²⁸. A tales medicamentos se les denomina OTC (*over the counter*). En el caso español, tales productos se clasifican en:

1. Medicamentos sin receta no publicitarios.

Estos, a su vez, se dividen en²⁹: a) reembolsados. Son los que tienen precio controlado, están financiados por la Seguridad Social y su publicidad sólo puede estar dirigida a médicos y farmacéuticos; b) no reembolsados: tienen precio libre, no son financiados por la Seguridad Social y su publicidad únicamente puede estar dirigida a médicos y farmacéuticos

2. Especialidades farmacéuticas publicitarias.

Según lo previsto en el artículo 1 del Real Decreto 2730/1981, de 19 de octubre, sobre Registro de las Especialidades Farmacéuticas Publicitarias, se consideran especialidades farmacéuticas publicitarias (EFP) a aquellas de libre uso y dispensación sin receta, empleadas para el alivio, tratamiento o prevención de síndromes o síntomas menores, que no requieren atención médica. Estos productos deben ser autorizadas como tales, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

"a) En su composición deben llevar, únicamente, principios activos o asociaciones justificadas de los mismos que estén autorizadas por Orden ministerial, la cual podrá imponer limitaciones respecto de dosis, usos y formas farmacéuticas. Asimismo, tales constituyentes podrán ser modificados por la correspondiente Orden ministerial a propuesta de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, o del Sector, previo informe del Centro Nacional de Farmacobiología, y oído el parecer de la Asociación Nacional de Especialidades Farmacéuticas Publicitarias.

b) Las dosis y su posología deberán ser las adecuadas para su correcto uso.

²⁸ En el artículo 19.4 de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios se indica que en este grupo se integran los medicamentos que “vayan destinados a procesos o condiciones que no necesitan un diagnóstico preciso y cuyos datos de evaluación toxicológica, clínica o de su utilización y vía de administración no exijan prescripción médica”.

²⁹ García, R. “Especialidades farmacéuticas publicitarias”. En: AA.VV. *Curso básico de Derecho Farmacéutico*, Madrid, Recoletos Grupo de Comunicaciones, 2005, pág. 66.

c) En su aplicación no podrá hacerse uso de la vía parenteral o cualquier otra vía inyectable.

d) Sus indicaciones se limitarán al alivio de manifestaciones sintomáticas o trastornos leves, susceptibles de ser tratados con esta clase de medicamentos.

e) La dispensación se realizará en la Oficina de Farmacia, sin necesidad de receta médica.

f) El material de acondicionamiento se ajustará a la normativa existente para las especialidades farmacéuticas, pudiendo permitirse en el envase externo la indicación terapéutica fundamental y recomendaciones para beneficio del consumidor. Asimismo el prospecto se dirigirá al usuario, y deberá contener la información adecuada para la correcta utilización de la especialidad, con la específica recomendación de que en el caso de agravación o persistencia de los síntomas se deberá consultar al médico³⁰.

Como ya se ha indicado anteriormente, el grupo de medicamentos que el farmacéutico puede facilitar sin prescripción médica varía en cada país. En la Comunidad Europea está previsto en las Directivas 2001/83 y la Directiva 2004/27. Tales medicamentos están integrados en listas abiertas que son revisadas continuamente, de tal modo que se puedan incluir o excluir especialidades, según lo estime oportuno la autoridad sanitaria competente³¹.

La prescripción independiente requerirá de distinta capacidad profesional de diagnóstico, según se aplique a unas u otras patologías. Es importante tener en cuenta este aspecto, ya que la acreditación, que deberán obtener los profesionales, será distinta según los grupos terapéuticos en los que se admita la prescripción. Sin duda, prescribir, con seguridad, medicamentos de todos los grupos terapéuticos requiere unos amplios conocimientos y habilidades, que deben ser adquiridos a través de una rigurosa

³⁰ BOE de 25 de noviembre de 1981. Este Real Decreto fue desarrollado en la Orden de 17 de septiembre de 1982. Posteriormente, el Real Decreto 2236/1993, de 17 de diciembre, derogó su artículo 3.1, en el que se regulaba el etiquetado y prospecto de uso humano. También el anexo sobre principios activos de especialidades publicitarias del Real Decreto de 1982, ha sido modificado por distintas Ordenes.

³¹ En el artículo 31.4 de la Ley del Medicamento de 1990 (Ley 25/1990, BOE 22 de diciembre) se indica que “Podrán autorizarse especialidades farmacéuticas que no requieran prescripción facultativa para poder ser dispensadas y utilizadas, siempre que: vayan destinadas a patologías que no necesitan un diagnóstico preciso; de los datos de su evaluación toxicológica, clínica o de su utilización y vía de administración no se desprenda la necesidad de prescripción con receta para evitar los riesgos directos o indirectos de la salud de las personas”.

formación y entrenamiento³². Por ello, resulta importante reflexionar acerca de si, por ejemplo, ese esfuerzo añadido en la formación de las profesiones de Farmacia y Enfermería está justificado; o si, por el contrario, existe el riesgo real de que tal suplemento revierta en una reducción de la atención a otras áreas que, hasta este momento, han tenido relevancia en la formación de estos profesionales. Sobre este tema existen diversas posiciones. Así, para ciertos sectores, ese riesgo no existe y, por el contrario, la prescripción independiente es una meta a alcanzar, ya que redundará en beneficio, tanto del paciente, como de los profesionales implicados³³.

En la actualidad, el debate sobre la prescripción independiente del médico se encuentra abierto. Uno de los argumentos al que se suele recurrir en detrimento de la misma es el siguiente: si hay motivos suficientes para cuestionar la prescripción independiente realizada por farmacéuticos y enfermeros, también los hay para considerar que tal prescripción deba ser realizada, exclusivamente, por el médico, sin la cooperación de otros sanitarios³⁴. En realidad, si se tiene en cuenta el bien y la seguridad del paciente, lo deseable sería la mayor colaboración e integración de los equipos sanitarios. Ello implicaría, entre otras cosas, que en la prescripción siempre estuvieran implicados varios profesionales o, al menos, dos de ellos³⁵.

Según McGavock³⁶ la anterior propuesta se apoyaría en el hecho de que la seguridad y eficacia de la terapia con medicamentos se basa en tres aspectos: a) el correcto diagnóstico; b) el suficiente conocimiento de las bases farmacológicas; y c) el adecuado cumplimiento por parte del paciente. El médico posee una correcta formación encaminada a poder realizar un buen diagnóstico. No obstante, no posee el suficiente conocimiento de Farma-

cología³⁷. Por su parte, el farmacéutico carece de las bases suficientes para poder diagnosticar³⁸. Como es bien conocido, para realizar esta práctica no son suficientes las pruebas bioquímicas. Además del conocimiento de las patologías, es necesario dominar la técnica de la diferenciación de síntomas, la auscultación, etc.³⁹. No obstante, el farmacéutico sí posee un profundo conocimiento de los aspectos farmacológicos, siendo, además, experto en biodisponibilidad, bioequivalencia, etc.. Son éstos aspectos menos conocidos por el médico. Incluso algunos de ellos están completamente ausentes en la mayoría de los programas de grado de las licenciaturas en medicina. De ahí, que la colaboración estrecha y efectiva entre ambos profesionales sería muy eficaz para evitar problemas relacionados con los medicamentos. Dicha cooperación también redundaría en un mejor cumplimiento por parte del paciente. En este sentido, se ha llegado a afirmar que el 30% de la morbilidad derivada de la utilización de medicamentos es debida a problemas relacionados con el cumplimiento⁴⁰.

En este debate resulta interesante tener en cuenta la situación de otros países. En concreto, el Reino Unido está actualmente liderando importantes cambios en lo que respecta a la prescripción independiente. Tras el "éxito" que ha tenido en este país la prescripción suplementaria, por parte de enfermeros y farmacéuticos, en mayo de 2006 se anunció la ampliación de las posibilidades de prescripción de los farmacéuticos, otorgándoles la capacidad de recetar fármacos de forma independiente. El presidente de la Real Sociedad Farmacéutica de Gran Bretaña consideró este hecho como el desencadenante de "una nueva era

³² Avery, A.J., y Pringle, M., *op. cit.*, pág. 1154.

³³ Azzopardi, L.M. "Pharmacy education and Clinical Pharmacy", *European Society of Clinical Pharmacy News*, 123: 1, 2005.

³⁴ Actualmente, la noción de "libertad de prescripción" hace referencia a "la capacidad o la posibilidad de dar al enfermo lo que necesita, es decir, lo que mejor le va para él en cuanto a pronóstico y calidad de vida. Esta última definición implica tener un conocimiento preciso de qué es lo que ese enfermo necesita y qué efectos tienen los medicamentos, desde el punto de vista de los beneficios, los riesgos y los costes, tanto para ese enfermo concreto como para una comunidad" Rodríguez, C. "Medidas de racionalización; libertad de prescripción", *Derecho y Salud*, 5 (2): 227, 1997. Consideramos que este concepto se adecua más a la prescripción conjunta que a la independiente.

³⁵ Hepler y Segal señalan que "Relatively safe and effective drugs are released into a very unsafe prescribing, dispensing and consumption environment". Cfr. McGavock, *op. cit.*, pág. 17.

³⁶ *Ibid*

176

³⁷ En esta línea, para Rodríguez "el médico, excepto en algunas facultades de medicina que, afortunadamente, han contemplado esto, tiene una asignatura de farmacología en tercer curso que para nada prepara al médico para enfrentarse a las complejidades del mercado y de la prescripción. Por tanto, lo que haría falta es una reforma de los planes de estudio y que estos estudiantes, estos futuros médicos, en sexto de medicina tengan una asignatura que les imbuya de todos los conocimientos y de toda la filosofía necesaria para enfrentarse a una prescripción racional: evaluación de los medicamentos, criterios de selección de medicamentos, lectura crítica de la literatura, etc". Rodríguez, C., *op. cit.*, pág. 229.

³⁸ "No es función del farmacéutico establecer un diagnóstico médico, no es razonable tratar todo tipo de problemas de salud, sino sólo aquellos que no requieren el diagnóstico del médico". Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, *Indicación Farmacéutica (I)*, Aula de la farmacia, 2 (17): 45, 2005.

³⁹ Wilson, P. "The development of a curriculum for supplementary prescribing", *The Pharmaceutical Journal*, 270: 21, 2003.

⁴⁰ Todo ello le lleva a McGavock a afirmar: "I think there is good evidence that independent pharmacist prescribing cannot be clinically justified, just as the present solo prescribing by GPs is not clinically justifiable". McGavock, *op. cit.*, pág. 17.

para la profesión”⁴¹. Por su importancia para el tema, se transcriben a continuación los apartados 7 y 8 del documento elaborado, en abril de 2006, por el Departamento de Salud de este país, titulado *Improving patients’ access to medicines: A guide to implementing Nurse and Pharmacist independent prescribing within the NHS in England*⁴², en los que se aborda la definición de la “prescripción independiente”:

“7. *The Department of Health’s working definition of independent prescribing is prescribing by a practitioner (e.g. doctor, dentist, nurse, pharmacist) responsible and accountable for the assessment of patients with undiagnosed or diagnosed conditions and for decisions about the clinical management required, including prescribing. Within medicines legislation the term used is ‘appropriate practitioner’.*

8. *In partnership with the patient, independent prescribing is one element of the clinical management of a patient. It requires an initial patient assessment, interpretation of that assessment, a decision on safe and appropriate therapy, and a process for ongoing monitoring. The independent prescriber is responsible and accountable for at least this element of a patient’s care. Normally prescribing would be carried out in the context of practice within a multidisciplinary healthcare team, either in a hospital or in a community setting, and within a single, accessible healthcare record”.*

Para finalizar este apartado, consideramos importante exponer una cuestión preocupante -que, por otro lado, excede los márgenes de la reflexión sobre los tipos de prescripción-. Se trata de la relativa a la “venta” de las especialidades farmacéuticas que no requieren prescripción médica en las grandes superficies comerciales. Es esta una posibilidad que ya se presenta en distintos países, y que tiene unas claras consecuencias: entre otras, “trivializa” la utilización de estos productos⁴³ y aleja al paciente de la conveniente información o seguimiento en su utilización.

⁴¹ Vid: <http://www.elglobal.net/articulo.asp?idcat=504&idart=196843>. Accedido el 11 de mayo de 2006.

⁴² Department of Health, April 2006.

⁴³ “Se dispensa en grandes superficies: en Irlanda, algunos medicamentos sin receta, los productos GSL; en Dinamarca, los productos homeopáticos, las plantas medicinales y las vitaminas; en Holanda, los medicamentos sin receta; en Alemania, los medicamentos OTC no reembolsados”. Vidal Casero, M.C. “El desarrollo legislativo de la Ley General de Sanidad y la Ley del Medicamento y el Uso Racional del Medicamento. Su problemática”, *Derecho y Salud*, 9 (2): 155, 2001.

Esta situación contradice los principios que se encuentran en la base de todo lo reseñado hasta el momento. Sabemos que el debate acerca de la conveniencia de una mayor participación de los profesionales sanitarios se apoya en la consecución de una mejor atención al paciente, búsqueda de la reducción de los efectos negativos de la medicación, fomento de su uso racional, etc. Estos aspectos quedan relegados cuando se autoriza a las grandes superficies a comercializar estos productos sin la intervención de profesionales. Especialmente, se amplía la posibilidad de consumo de medicamentos sin ningún control. El paciente puede adquirir tales productos careciendo de consejo profesional y sometido a la presión de una publicidad orientada al consumo. Si nos preguntamos a quien beneficia este nuevo enfoque, la contestación más inmediata sería que, en principio, supone un provecho para la industria farmacéutica. Esta, contando con sus equipos de marketing, podrá adquirir una mayor cuota de mercado. Por otro lado, las grandes superficies obtendrán la gran ventaja de acceder a un sector que les estaba tradicionalmente vedado. No obstante, es seguro que esta situación no beneficiará, en absoluto al paciente, ya que éste quedará inerme ante el empuje economicista de fuertes grupos de presión.

II.1.1. La negación a facilitar una prescripción.

Un supuesto en el que se advierten los beneficios prácticos derivados de la cooperación de los distintos profesionales -especialmente del médico y el farmacéutico-, es el relativo al rechazo de la prescripción. Se trata de una situación no extraña en la práctica habitual farmacéutica. Por ejemplo, un supuesto, que se presenta con relativa frecuencia, es el del paciente que es atendido por varios médicos sin relación entre ellos (un facultativo dependiente de una mutua y otro de tipo privado...) y que, por esa causa, puede estar sometido a una *polifarmacia* perjudicial por repetición, interacción, etc.

El farmacéutico comunitario se encuentra en una situación inmejorable en la detención de estos problemas y en la clarificación de las ordenes médicas en un proceso coherente. Su intervención, que generalmente se limitará a rechazar o a armonizar alguna prescripción, se convierte en una forma de actuar activamente en la farmacoterapia del paciente. En estos casos, y partiendo del hecho de que la no acción es también una forma de acción, se puede considerar que la negación a facilitar una prescripción -la no dispensación- es también una forma de prescripción.

Esta posibilidad tiene ya amparo en las legislaciones sanitarias de distintos países. Así, se pueden encontrar cláusulas en las que se alude a la expresión “causas justificadas” para avalar la omisión⁴⁴ de un fármaco a una determinada prescripción.

II.1.2. La prescripción independiente “ilegal”.

Podemos denominar prescripción independiente “ilegal” a aquella que realizan los farmacéuticos sin estar autorizados para ello. En España, el incumplimiento, por parte de estos profesionales, de la legislación vigente en cuanto a dispensación de especialidades farmacéuticas que requieren receta es un auténtico problema. En este sentido, en el Informe del Defensor del Pueblo⁴⁵ correspondiente a la gestión realizada durante el año 2003, se reseñaba, como uno de sus puntos más significativos, el que se ocupaba del “grave problema que puede representar para la salud de los ciudadanos la dispensación sin receta de medicamentos sometidos a esta modalidad de prescripción, práctica frecuente en un representativo número de oficinas de farmacia ubicadas en las diferentes comunidades autónomas”. Por ello, la Institución apeló a la Administración, “expresando que esta práctica vulnera el uso racional de los medicamentos en el Sistema Nacional de Salud”, de tal modo que “parecía oportuno someter la misma al Consejo Interterritorial, en orden a intensificar los programas específicos de inspección y, en su caso, establecer medidas que promuevan una adecuada dispensación de los medicamentos”. Por su parte, la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios establece como infracción grave (artículo 101 b) 16ª) “dispensar medicamentos o productos sanitarios sin receta, cuando ésta resulte obligada”.

La exigencia de la receta médica en la dispensación de ciertos medicamentos no es, desde luego, una arbitrariedad de los legisladores. Se trata de una medida que racionaliza el uso del medicamento, estando orientada al cuidado de la salud de la población. Así se refleja, por ejemplo, en la Exposición de Motivos

de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, en la que se indica que “toda regulación en materia de producción, distribución o utilización de los medicamentos debe tener por objetivo esencial la salvaguarda de la salud pública”.

No obstante, también cabe indicar que una de las exigencias que debe respetar el legislador es la de la coherencia. Esta nota facilita que los ciudadanos respeten las normas sin cuestionarlas. En el caso de la regulación de la prescripción -con o sin receta- se presentan, ciertamente, algunas incoherencias. A uno de estos casos se refiere Eguileor⁴⁶: “nos encontramos con situaciones ‘especiales’ como son el hecho de que en algunos medicamentos con igual composición se da la paradoja de que uno requiere receta médica y el otro no (Ej.: Paracetamol Mundogen 650® y Gelocatil®)”. Tales incoherencias que son aprovechadas, por algunos profesionales, para justificar comportamientos contrarios a lo establecido en la legislación.

Otro factor que influye en lo que se ha denominado “prescripción independiente ilegal” es, en algunas ocasiones, la carencia de racionalidad en la prescripción realizada por los médicos. Esta situación conduce a algunos farmacéuticos a justificar su *mal-praxis*. De ahí se deriva, a su vez, una espiral de actuaciones inapropiadas, con una clara repercusión en la salud de la población. Tal sería el caso, por ejemplo, de la utilización de antibióticos en España. Nuestro país es, entre las naciones desarrolladas, uno de los que más índice que consumo tiene de ellos. La consecuencia es que se ha producido un notable incremento de las resistencias; así, en 1992, el porcentaje de neumococos resistentes a la penicilina en España era de 44%, mientras que en Bélgica, Italia o Finlandia se encontraba en el 2%.

Si indagamos sobre las causas de esta situación, comprobamos que el problema no se encuentra en el ámbito hospitalario. En éste, el médico realiza la prescripción conociendo los datos sobre las resistencias bacterianas del centro en el que trabaja, y hay un control posterior del consumo. Por el contrario, el núcleo de la cuestión se sitúa en la Atención Primaria, donde hay una oferta superior a las 1000 espe-

⁴⁴ Este tipo de omisión, denominado “objección de ciencia” habría que diferenciarlo de la clásica “objección de conciencia”, determinada por cuestiones de índole ética.

⁴⁵ BOE de 25 de junio de 2004. Sobre las causas que alegan los farmacéuticos para avalar ese tipo de “prescripción” se puede consultar: Caamaño, F.; Tomé-Otero, M.; Takkouche, B., y Gestal-Otero, J.J. “Influence of pharmacists’ opinions on their dispensing medicines without requirement of a doctor’s prescription”, *Gaceta Sanitaria*, 19 (1): 9-14, 2005

⁴⁶ Eguileor, A. “Dispensación de medicamentos de prescripción sin receta”. En: AA.VV. *Con receta. Información para el farmacéutico*, Pamplona, Colegio Oficial de Farmacéuticos de Navarra, 2004, pág. 10.

cialidades farmacéuticas y una cierta falta de control. Es conocido que, en algunos casos, el médico prescribe con cierta arbitrariedad el antibiótico. Ello es detectado por los pacientes y también por el farmacéutico. Este sabe que, con relativa probabilidad, se recetará el antibiótico del visitador médico que ha realizado la última visita. De ahí, que el farmacéutico reste importancia a la receta y llegue a dispensar sin ella. La espiral continua con el propio paciente que, consciente de la "arbitraria" actuación de los profesionales sanitarios, puede trivializar el consumo de antibióticos: cuando se siente enfermo no recurre al médico, sino que se dirige directamente a la farmacia para obtener el antibiótico -o, si se quiere ahorrar dinero, lleva el "cartón" del medicamento a la enfermera para que se lo recete el médico...-.

Es evidente que estas prácticas deben ser superadas. De ahí que, en marzo de 2006, la Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria (AEPap), la Red Española de Atención Primaria (REAP), la Sociedad Española de Farmacia comunitaria (SE-FaC), la Sociedad Española de Farmacología Clínica (SEFC) y la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (semFYC) elaboraran el "Documento de consenso sobre la utilización de antibióticos en Atención Primaria". La finalidad que impulsó el mismo fue el hecho de que el "consumo exagerado de antibióticos en Atención Primaria está condicionado por un déficit de racionalidad en la prescripción médica, en la dispensación farmacéutica sin receta, el uso indiscriminado que realizan los pacientes y la falta de iniciativas claras de la administración sanitaria para el desarrollo de una política de antibióticos en Atención Primaria que mejore su utilización".

Con respecto al farmacéutico, el modelo de la prescripción independiente es el único que se lleva a cabo sin mediación o colaboración del médico. A continuación se expondrán otras propuestas en las que sí existe una mayor o menor vinculación de los enfermeros o farmacéuticos con los médicos.

II.2. La prescripción dependiente.

Se entiende por prescripción dependiente aquella en la que existe un previo acuerdo entre un médico y otro profesional sanitario para prescribir a un paciente ciertas medicinas que requieren de receta para su dispensación. Por ello, la prescripción dependiente implica una delegación de autoridad del médico a favor del farmacéutico o

enfermero. En este caso, deberá establecerse anteriormente la lista de especialidades que pueden verse afectadas por esta modalidad de prescripción, así como los profesionales capacitados para realizar tal actividad.

De las referidas premisas se pueden extraer algunas de las características de esta modalidad de prescripción:

a) debe existir un acuerdo entre el médico y otro profesional sanitario;

b) se requiere la elaboración de una lista de medicamentos, o de patologías, susceptibles de ser incluidos en tal acuerdo;

c) se precisa establecer mecanismos oportunos de acreditación de aquellos profesionales que accedan a este tipo de prescripción.

En el caso de la Farmacia, la prescripción dependiente se podría entender como su apertura a la dispensación de un nuevo grupo de especialidades farmacéuticas que no requieren la exclusiva prescripción médica, pero que, a su vez, no llegan a estar integradas en el grupo de aquellas medicinas en las que está admitida la "automedicación" del paciente. Por ello, en el caso de aceptarse esta modalidad, sería conveniente, con objeto de conseguir una mayor clarificación del panorama terapéutico, incluir un nuevo tipo de especialidad farmacéutica. A las ya existentes de "con receta médica" y "sin receta médica" se podría incorporar la de "con receta delegada", o "con receta farmacéutica". Sin duda, esta forma de prescripción se puede integrar fácilmente en cualquier sistema sanitario. Al mismo tiempo, puede presentarse como una herramienta para la adecuada, y no traumática, transferencia de especialidades del grupo de prescripción médica al conjunto de las que no la requieren.

Teniendo como referencia las ya mencionadas características, podríamos clasificar la prescripción dependiente en los siguientes tipos: Prescripción facultada individualizada, Prescripción facultada por repetición, Prescripción por protocolos y Prescripción suplementaria.

II.2.1. Prescripción facultada individualizada.

Es la prescripción que un farmacéutico proporciona a un determinado paciente -con nombre y apellidos- remitido por un médico concreto con ese fin. En la Atención Farmacéutica esta modalidad de prescripción se identificaría con el seguimiento farmacoterapéutico, al que se añadiría la capacidad de prescribir aquellos medicamentos que son utilizados por el paciente de forma ordinaria. La implantación de

este modelo es asequible en países con estructuras de mutuas, en las que a los pacientes se les asignan unos determinados médicos y farmacéuticos comunitarios. Por el contrario, es más difícil de aplicar en zonas con un mayor margen de autonomía en la elección de los profesionales que llevarán a cabo la atención sanitaria.

Todos los modelos de prescripción que vamos a contemplar requieren que, antes de su implantación o de cualquier modificación, se diseñe la conveniente estructura legal que permita acoger esa nueva práctica sanitaria. Si ese proceso legal no se realiza adecuadamente, pueden surgir una variada gama de conflictos. Por ejemplo, con respecto a la modalidad que estamos abordando, es posible que, si un médico acuerda el cuidado del paciente con una farmacia específica, se levanten suspicacias acerca de la elección de esa concreta Oficina de Farmacia en detrimento de otras. Por otro lado, también habrá que diseñar campañas para hacer comprender al paciente el beneficio que le supone este modelo, ya que, en el contexto sanitario actual, puede resultarle extraño que el médico le indique que, desde ese momento, le va hacer el seguimiento de su enfermedad un farmacéutico determinado. En caso contrario, el paciente puede entender, por ejemplo, que el médico le relega -factor muy a tener en cuenta en ancianos-, o que se expone a una atención menos cualificada o con más riesgos -percepción más probable en la asistencia a niños-. Por lo tanto, la hipotética implantación de este nuevo modelo deberá prever los mecanismos convenientes y paulatinos para adecuar la "cultura sanitaria" a las nuevas modificaciones legales.

En lo que respecta al farmacéutico, habría que tener en cuenta un problema añadido, el de la remuneración. La prescripción implica un trabajo adicional que, incluso, podría ocasionarle un incremento de gastos, debido, por ejemplo, a la necesidad de contratar a otro profesional. Por lo tanto, no sería extraño que se reclamara una compensación por llevar a cabo esa labor. La solución a esta demanda sería compleja: habría que ponderar si el posible coste de tal actividad debería asumirse por el farmacéutico -teniendo en cuenta que le supone el beneficio de un cliente fijo-, o se debería prever una vía de compensación, acudiendo, bien a una ayuda oficial, o bien a la asunción de un mayor coste por parte del paciente.

II.2.2. Prescripción facultada por repetición.

En la prescripción facultada por repetición el farmacéutico o enfermero sólo tiene la capacidad de prescribir, previo acuerdo con el médico, en aquellos procesos crónicos en los que la medicación ya se ha iniciado y debe continuar durante un periodo de tiempo, siempre que no surja alguna novedad o efecto adverso.

La prescripción inicial la realiza el médico. El farmacéutico o la enfermera podrán ir recetando las unidades que necesite el paciente hasta la próxima visita. En el transcurso de ese periodo se encargarán de evaluar el proceso y comprobar si el paciente debe seguir tomando la especialidad farmacéutica o tiene que ser remitido al médico.

En España, se podría encontrar un tibia precedente de esta modalidad en los denominados "tratamientos de larga duración"⁴⁷, siempre y cuando se considere que, con ellos, el farmacéutico realiza un seguimiento y control de la evolución del paciente. No obstante, la práctica ha demostrado que tales tratamientos han sido el medio para que los pacientes acumularan, en su botiquín, la medicación de varios meses. Este acopio de especialidades farmacéuticas conlleva un riesgo por la falta de control sanitario. A ello se une el gasto superfluo que implica en aquellos casos en que los productos no son utilizados: ya sea por un cambio en el tratamiento -por no ser adecuado el seguido hasta ese momento-, por tener que realizarse algún ajuste en la dosificación, o por surgir una nueva patología.

II.2.3. La prescripción por protocolos.

En este caso, el médico llega a un acuerdo con el farmacéutico o enfermero, por el que delega, en alguno de ellos, la facultad de poder realizar la prescripción. Tal acuerdo es, en realidad, un protocolo escrito en el que se detallan las actividades que un

⁴⁷ El artículo 13 del Real Decreto 1910/1984, de 26 de septiembre, de Receta Médica indica que: "1. En los supuestos y forma que reglamentariamente se determine, una receta médica podrá justificar tratamientos de larga duración y utilizarse para varias dispensaciones. En estos casos, el plazo de validez de la receta de diez días, se computará desde la fecha de la prescripción consignada en la receta, hasta la primera dispensación. El límite máximo de tres meses establecido para cualquier tratamiento en el artículo 10, se observará en todo caso. 2. En estos tratamientos prolongados el farmacéutico en cada dispensación fraccionada, sellará, fechará y firmará la receta, indicando la dispensación parcial efectuada y la devolverá al paciente. Efectuada la última dispensación, el farmacéutico retendrá la receta de acuerdo con lo establecido en el artículo 12".

profesional encarga a otro. Se trata, por lo tanto, de un proceso concreto y acotado.

El protocolo podrá ser más o menos amplio, y deberá incluir las siguientes cuestiones⁴⁸: patologías y medicamentos afectados por el acuerdo; criterios de decisión del profesional que contrae las nuevas responsabilidades; cometidos de cada uno de los profesionales que lo asumen; mecanismos de comunicación entre los profesionales; los controles que, periódicamente, necesita el proceso; el tiempo de duración del acuerdo, etc.

En algunos Estados norteamericanos la prescripción por protocolos ha sido autorizada para los farmacéuticos, con buenos resultados. Este tipo de prescripción también tiene una cierta tradición en Enfermería. En muchos países las enfermeras pueden prescribir, en el ámbito hospitalario, previa existencia de este tipo de protocolos. Uno de los más difundidos es el protocolo para atención a gestantes por parte de las matronas. En ese documento se detalla como debe ser prescrito el ácido fólico. Cuando la embarazada asiste a una consulta para realizar la revisión periódica, la matrona le puede prescribir, si es el momento oportuno y no existe ninguna contrariedad, la receta del ácido fólico. En España, sin embargo, en ese mismo supuesto, las recetas las firma siempre el médico. En muchos centros se dejan ya firmadas y preparadas. En otros, hay que solicitarlas al Ginecólogo en el día, o en el momento, de la citación. Esta situación implica un trastorno para la matrona. En ocasiones, también supone una complicación para la paciente, -que tiene que esperar a que las firme el médico-, sin que, por otra parte, medie un control real del facultativo. A su vez, esta situación también puede implicar una cierta desconsideración por la labor profesional de las matronas. Se presupone que debe quedar patente su trabajo es de tipo intermedio y que, siempre y en todo caso, se encuentra supeditado al criterio del facultativo -aunque éste no intervenga realmente en el proceso-.

Otro ejemplo de la utilización de protocolos en la prescripción lo encontramos en los años noventa del pasado siglo, cuando en Washington, California y Alaska se les reconoció a los farmacéuticos la capacidad de prescribir y dispensar la píldora del día siguiente, siempre y cuando esa actuación estuviera

sometida a unos procedimientos de estandarización, o protocolos, realizados conjuntamente por los farmacéuticos y los médicos prescriptores⁴⁹.

La prescripción con protocolos puede proporcionar beneficios e inconvenientes. Entre las ventajas, cabría destacar: una menor presión asistencial sobre el médico que, en la mayoría de los sistemas sanitarios, es el profesional que se encuentra más saturado; una mayor integración entre los componentes del equipo asistencial sanitario; o el más fácil acceso a algunas especialidades farmacéuticas por parte de los pacientes. Entre los inconvenientes, podría mencionarse el hecho de que la reducción de la presión asistencial sobre los médicos se traduciría en un incremento de la de los farmacéuticos o enfermeros, y ello podría redundar negativamente sobre el paciente; también existe la posibilidad de que se generen conflictos interprofesionales a causa, por ejemplo, de una distinta interpretación del diagnóstico. Por último, podrían plantearse problemas en el supuesto de que enfermeros y farmacéuticos solicitaran un complemento económico y la Administración sanitaria no estuviera dispuesta a satisfacerlo.

Por último, hay que tener en cuenta la posibilidad de que se exija una acreditación específica a aquellos profesionales que vayan a acceder a la prescripción por protocolos. Este requisito se añadiría a la exigencia del acuerdo previo entre el médico y el otro profesional sanitario. Ello podría generar situaciones complejas e, incluso, discriminatorias, ya que no todos los que estén suficientemente acreditados podrán acceder a esa práctica profesional. La situación se complicaría más si los acuerdos entre profesionales se realizaran sin ningún tipo de control e, incluso, arbitrariamente. Tales inconvenientes se podrían evitar con una rigurosa regulación legal que estableciera, por ejemplo, los requisitos de formación y acreditación para el acceso a la prescripción (especialización, cursos de formación continuada, etc.) y las condiciones de los acuerdos interprofesionales.

II.2.4. La prescripción suplementaria.

La prescripción suplementaria es aquella realizada por profesionales sanitarios distintos de los médicos - farmacéuticos o profesionales de la enferme-

⁴⁸ Emmerton, L.; Marriott, J.; Bessell, T.; Nissen, L., y Dean, L., *op. cit.*, pág. 218.

⁴⁹ Herbe, D.W. "The right to refuse: a call for adequate protection of a pharmacist's right to refuse facilitation of abortion and emergency contraception", *Journal of Law and Health*, 17: 81, 2002-2003.

ría- tras una previa habilitación y formación⁵⁰. Esta modalidad debe ser aceptada libremente por el médico y el profesional que va a realizar la prescripción, con conocimiento y aprobación del paciente, siguiendo un plan preestablecido⁵¹.

La prescripción suplementaria ha sufrido un gran desarrollo en el Reino Unido, especialmente a partir del año 2003⁵². Esta modalidad ya había sido puesta en práctica, por distintos motivos, en otras ocasiones⁵³, aunque sin emplear tal denominación, ni llevarse a cabo de forma generalizada. Con este sistema se pretende mejorar la atención de los pacientes y paliar los efectos negativos derivados de la escasez de profesionales habilitados para realizar la prescripción en centros ambulatorios⁵⁴.

Ciertamente, la implantación de la “prescripción suplementaria” en el Reino Unido se ha visto propiciada por el hecho coyuntural de la escasez de médicos. No obstante, para su aprobación también se tuvo en cuenta la existencia de profesionales preparados para acceder a ese nuevo papel. En este sentido, es conveniente señalar que en el Reino Unido ya se habían desarrollado tres niveles de actuación en farmacia comunitaria⁵⁵: “servicios esenciales”, “servicios avanzados” y “servicios mejorados” (*enhanced services*)⁵⁶. En Inglaterra y Gales, la prescripción suple-

mentaria se ha insertado en el marco de los “servicios mejorados”.

La prescripción suplementaria recibió un nuevo impulso cuando, en diciembre de 2005, se anunció, en Gran Bretaña, la decisión de ampliar la capacidad de prescribir por parte de los farmacéuticos y enfermeros (exceptuando aquellas medicinas de control especial, como, por ejemplo, la *diamorphine*). Las críticas del sector médico no se hicieron esperar: estas fueron en la línea de entender que tales profesiones no están suficientemente capacitadas para diagnosticar enfermedades y prescribir el tratamiento más apropiado. Incluso, se llegó a afirmar que se trata de una decisión irresponsable y peligrosa. Por el contrario, los portavoces de la Farmacia y la Enfermería calificaron tales críticas de injustas. Consideraron que el hecho de poseer una titulación, disponer de un bagaje práctico, adquirido durante años, y haberse sometido a una rigurosa enseñanza reglada y específica para ese fin⁵⁷, es suficiente garantía.

a) Características de la prescripción suplementaria en Gran Bretaña.

El modelo de prescripción suplementaria, adoptado recientemente en Gran Bretaña, se apoya sobre un acuerdo estable entre el prescriptor independiente (médico) y el prescriptor suplementario (farmacéutico, enfermero o matrona)⁵⁸. Tal acuerdo requiere, a su vez, un diagnóstico previo⁵⁹, un plan inicial de prescripción, diseñado por un médico u odontólogo -basado en dicho diagnóstico-, así como la determinación de la duración del proceso. Dicha información se contiene en el denominado *Clinical Management Plan*.

Conviene matizar que este modelo no está previsto para todo tipo de prescripciones. Dado que hay que acordar un plan de actuación entre el “prescriptor independiente” y el “prescriptor suplementario”, es lógico que se trate sólo de prescripciones que tengan un carácter reiterativo como, por ejemplo, las relativas a enfermedades crónicas (asma, hipertensión, diabetes, algunas enfermedades neurológicas..)⁶⁰. Periódicamente -como mínimo

⁵⁰ Costa i Font, J. *Prescripción suplementaria: evidencia del Reino Unido. (1 de Julio de 2005)* <http://db.doyma.es/cgi-bin/wdbcgi.exe/doyma/mrevista.fulltext?pid=13082025>.

⁵¹ Root, G. “Supplementary prescribing – a groundbreaking opportunity”, *The Pharmaceutical Journal*, 270: 19, 2003.

⁵² El 21 de noviembre de 2002, el Ministro de la Salud anunció que se iban a incrementar las facultades de los farmacéuticos y las enfermeras, permitiéndoles prescribir medicamentos. Tras consulta afirmativa del Consejo de Seguridad Farmacológica, se aprobó el Plan de prescripción suplementaria. *The Pharmaceutical Journal*, 270: 22, 2003.

⁵³ Se puede encontrar un comentario sobre el programa piloto, implantado en el año 2000, en las ciudades escocesas de Arbroath y Patna en Duff, N. “The direct supply of medicines pilot in Scotland – a local view”, *The Pharmaceutical Journal*, 270: 26, 2003.

⁵⁴ La propuesta fue acogida con entusiasmo por farmacéuticos y enfermeros, aunque también surgieron voces discrepantes. Maguire, T. “Is the Government committed to pharmacist prescribing in Northern Ireland?”, *The Pharmaceutical Journal*, 270: 27, 2003.

⁵⁵ Se trata de servicios cognitivos del farmacéutico que, según Gastelurrutia, “son aquellos servicios orientados al paciente y realizados por farmacéuticos que, exigiendo un conocimiento específico, tratan de mejorar, bien el proceso de uso de los medicamentos, bien los resultados de la farmacoterapia”. Gastelurrutia, M.A., *op. cit.*, pág. 12.

⁵⁶ “Los “servicios mejorados” están “comisionados, coordinados y financiados por las Unidades de Atención Primaria locales (Primary Care Trusts) en función de las necesidades específicas de la población atendida y constituyen la oportunidad que se brinda a los farmacéuticos británicos de desarrollar nuevos roles profesionales.” *Ibid.*, pág. 14.

⁵⁷ Day, M. “UK doctors protest at extension to nurses’ prescribing powers”, *British Medical Journal*, 331: 1159, 2005.

⁵⁸ Root, G., *op. cit.*, pág. 19.

⁵⁹ Costa i Font J. *Prescripción suplementaria: evidencia del Reino Unido. (1 de Julio de 2005)* <http://db.doyma.es/cgi-bin/wdbcgi.exe/doyma/mrevista.fulltext?pid=13082025>.

⁶⁰ Root, G., *op. cit.*, pág. 19.

cada doce meses-, está previsto realizar una reunión de seguimiento por parte de los prescriptores.

En cuanto a las responsabilidades de médicos y farmacéuticos, se puede indicar, siguiendo a Gastelurrutia⁶¹, que el médico prescriptor inicial es responsable de: realizar la anamnesis y el diagnóstico del paciente, así como de determinar los objetivos de su plan de gestión clínica; alcanzar un acuerdo con el prescriptor suplementario en relación a los límites de la responsabilidad; ofrecer consejo y apoyo al prescriptor suplementario; evaluar el progreso del paciente; y compartir la historia de éste con el prescriptor suplementario. Por otra parte, el farmacéutico, como prescriptor suplementario, es responsable de: realizar las prescripciones correspondientes al paciente de acuerdo con el plan de gestión clínica y, cuando sea preciso, modificar los medicamentos prescritos dentro de los límites predefinidos en dicho plan de gestión; monitorizar los progresos del paciente, de acuerdo con sus problemas de salud y los medicamentos que toma; y aceptar la responsabilidad, tanto profesional como clínica, que conlleva la práctica de la prescripción.

La prescripción suplementaria requiere del consentimiento del paciente⁶². Esta exigencia tiene dos ventajas: a) la primera es que implica un necesario respeto al criterio del destinatario de la atención sanitaria; b) la segunda, que favorece la implantación del nuevo sistema de prescripción, a través de una asunción voluntaria y paulatina de la población.

Un ejemplo del funcionamiento actual de este nuevo modelo puede encontrarse en el trabajo "Prescribing for hypertension and more", publicado por Mohammed Ahmed, farmacéutico que realiza prescripción suplementaria en Doncaster⁶³. Utilizando las pautas establecidas por el *Doncaster West Primare Care Trust* (basadas en los modelos del *National Institute for Health and Clinical Excellence* y el *Scottish Intercollegiate Guidelines Network*), el autor comenzó desarrollando esas funciones sobre pacientes con hipertensión. En la actualidad, se ocupa también de personas con colesterol, hipotiroidismo, epilepsia,

diabetes, etc. En este artículo se recogen interesantes datos en relativos a las nuevas funciones que se asumen, relación con el resto de los facultativos, seguimiento de los pacientes, cambios en la prescripción, derivación al médico, etc.

b) Mecanismos de aplicación.

Para conseguir resultados positivos en la prescripción suplementaria es fundamental atender a los factores interpersonales. En realidad, este sistema es de imposible consecución si no existe una buena sintonía entre los sujetos implicados: los médicos y aquellos profesionales que van a realizar la prescripción suplementaria. Idéntica avenencia deberá presidir la creación, supervisión y desarrollo de los programas de formación dirigidos a los profesionales prescriptores. A ello nos referiremos más adelante.

Además, conviene tener en cuenta que esa óptima relación no debe quedar circunscrita al ámbito subjetivo y personal. Por el contrario, tiene que ser institucionalizada. Para ello, es imprescindible elaborar modelos o protocolos de actuación conjunta del equipo prescriptor. Tales protocolos deberían llegar a ser asumidos, y defendidos, por las asociaciones profesionales e, incluso, por la legislación sanitaria. Tal interconexión será percibida por la población que es la que, en definitiva, deposita su confianza en los profesionales de la salud.

Todo ello conduce a la conclusión de que la posible implantación de la prescripción suplementaria precisaría un sensible cambio en el modelo de servicio asistencial nacional. Este afectaría, entre otros factores, a los profesionales que se ven afectados y a los estamentos educativos⁶⁴.

II.2.5. Prescripción por formulario.

La prescripción por formulario es semejante a la de protocolos. No obstante, ofrece menos posibilidades a la autonomía profesional que los anteriores modelos expuestos. Este tipo de prescripción ha sido también desarrollado en varias ocasiones.

Se apoya en un formulario menos detallado que el protocolo⁶⁵. En él se incluye una lista de medicamentos, así como comentarios sobre sus características y otros aspectos de interés para la prescripción: síntomas de la enfermedad a tratar, limitaciones para la prescripción, etc.

⁶¹ Gastelurrutia, M.A., *op. cit.*, pág. 16-17.

⁶² Sobre el reconocimiento legal, tanto a nivel nacional como internacional, de este requisito se puede consultar: Simón, P. *El consentimiento informado*, Madrid, Triacastela, 2000 y Galán, J.C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas, 2001. Con respecto a la legislación española, hay que mencionar la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE de 15 de noviembre de 2002).

⁶³ Ahmed, M. "Prescribing for hypertension and more", *Prescribing & Medicines Management*, 2005, pág. 17 september: PM2.

⁶⁴ *The Pharmaceutical Journal*, 270: 22, 2003.

⁶⁵ Emmerton, L.; Marriott, J.; Bessell, T.; Nissen, L., y Dean, L., *op. cit.*, pág. 219.

II.3. La prescripción compartida.

Todos los modelos de prescripción que se han expuesto anteriormente responden a una estructura de tipo vertical. A diferencia de ellos, el que ahora abordamos se apoya en un entramado horizontal. El punto de partida de este sistema es un concepto integral de "equipo sanitario". Se presupone así la existencia de una estrecha colaboración entre todos aquellos profesionales que intervienen en el proceso asistencial. En consecuencia, la prescripción compartida genera una responsabilidad ética y legal compartida y equivalente entre todos los sanitarios que se integran en un determinado proceso.

Esta práctica profesional tiene su principal aplicación en el ámbito hospitalario, siendo difícil encontrarla fuera del mismo. Así, por ejemplo, este fue el modelo que, ya en el año 2001, reclamó la *Canadian Society of Hospital Pharmacists*. La citada entidad basó su solicitud en la consideración de que existe una cierta equiparación profesional entre la capacidad del médico para diagnosticar y la del farmacéutico para actuar en el ámbito de la farmacoterapia. Esta modalidad integrada de trabajo permite que cada profesional actúe en el campo en el que está más preparado: el médico diagnostica y toma las decisiones iniciales de tratamiento para el paciente; el farmacéutico selecciona, monitoriza, modifica, y decide continuar o suspender el tratamiento farmacológico en función de conseguir los mejores resultados en el paciente⁶⁶.

La prescripción compartida ha mostrado sus beneficios en su ámbito más propio, el hospitalario. En la bibliografía existen diversos estudios que demuestran que la integración plena del farmacéutico en el equipo sanitario beneficia la labor asistencial, al disminuir los problemas relacionados con medicamentos derivados de una deficiente o errónea prescripción. No hay que olvidar que un error en la misma puede provocar un efecto en cascada⁶⁷, con consecuencias graves e imprevisibles. La prescripción errónea o deficiente no sólo origina un perjuicio directo al paciente -que sufre, en su propio organismo, las consecuencias negativas de un tratamiento no apropiado o indeseable-, sino que, al mismo tiempo, tiene un efecto indi-

recto negativo sobre la economía del sistema sanitario, debido al aumento de gasto producido⁶⁸.

Por último, dejar constancia de que, con respeto a otros campos, como, por ejemplo, el de Oficina de Farmacia, no existen estudios representativos sobre los posibles beneficios de la prescripción compartida.

II.3.1. La sustitución de especialidades farmacéuticas

La sustitución de especialidades farmacéuticas puede ser considerada como una forma particular, y limitada, de prescripción compartida. En este caso, el médico establece una prescripción inicial; el farmacéutico estará facultado para modificarla, aunque siempre respetando un marco preestablecido de opciones y excepciones. Por ello, esta modalidad puede ser entendida, más que como un tipo de prescripción, como una intervención del farmacéutico en el proceso asistencial⁶⁹.

Una muestra de apoyo institucional a esta modalidad de prescripción compartida puede encontrarse en la Declaración de Principios de la *Fédération internationale pharmaceutique* (FIP), titulada "La autoridad del farmacéutico en la selección del producto: intercambio terapéutico y sustitución genérica"⁷⁰:

"(3) Hasta hace poco, la venta/la distribución de ciertos productos medicinales se basaba en la premisa de que el producto con nombre de marca era diferente de sus competidores en aspectos científica y clínicamente importantes. Sin embargo, hoy día es claro que, con el empleo apropiado de juicios médicos y farmacéuticos, los productos medicinales, dentro de una categoría farmacológica, pueden ser intercambiados de acuerdo con un criterio definido y con las necesidades del paciente, sin que se comprometa significativamente el resultado del paciente.

(4) En mayo de 1994 la Asamblea Mundial de la Salud aprobó una resolución en la cual se considera el papel del farmacéutico. Entre otros puntos urgía por una acción de todos los gobiernos, en colaboración con las asociaciones farmacéuticas nacionales, para hacer un uso pleno del peritazgo de los farma-

⁶⁶ "Task Force on Pharmacist Prescribing", *Canadian Society of Hospital Pharmacists*, 2001.

⁶⁷ Leape, L.; Cullen, D.J.; Dempsey, M.; Burdick, E.; Demonaco, H.J.; Erickson, J.I., y Bates, D.W. "Pharmacist participation on Physician rounds and adverse drug events in the intensive care unit", *The Journal of the American Medical Association*, 281 (3): 269, 1999.

⁶⁸ *Ibid.*, pág. 267-268.

⁶⁹ Ahlgrim, D.E. "Dispensing Doctors and Prescribing Pharmacists, the German situation", *Journal of Social and Administrative Pharmacy*, 3: 113, 1994.

⁷⁰ Dicho texto fue aprobado por el Consejo de la FIP en su reunión de Vancouver, el 5 de septiembre de 1997.

céuticos en todos los niveles del sistema de atención a la salud”

La Asociación Médica Mundial (AMM) apoya un criterio distinto. En la Declaración sobre la sustitución de medicamentos que adoptó la Asamblea General de dicho organismo en 2005⁷¹ se indica que “la prescripción de un medicamento representa la culminación de un cuidadoso proceso deliberativo entre el médico y el paciente, cuyo objetivo es la prevención, mejoramiento o cura de una enfermedad o de un problema. Este proceso deliberativo debe permitir al médico evaluar una variedad de información científica y otra, incluidos los costos, y efectuar una elección individualizada de la terapia para el paciente. Sin embargo, a veces se pide al farmacéutico que sustituya el medicamento prescrito por el médico por un medicamento diferente: La Asociación Médica Mundial tiene serias dudas sobre esta práctica”.

Y la citada declaración de la AMM concluye con unas recomendaciones entre las que se puede destacar las siguientes:

“10. Se debe pedir al farmacéutico que entregue la composición química, dosis y forma de administración exactas, según lo prescribe el médico. Una vez que los medicamentos han sido recetados y se ha comenzado su administración, no se debe hacer ninguna sustitución de medicamentos sin la autorización del médico tratante.

11. Si un producto farmacéutico es sustituido, el médico debe controlar y ajustar cuidadosamente la dosis, para asegurarse de que exista una equivalencia terapéutica de los productos farmacéuticos”.

La sustitución de especialidades farmacéuticas puede ser genérica y/o terapéutica. La problemática que puede suscitar cada una de estas modalidades es muy distinta.

a) La sustitución genérica⁷².

Siguiendo la mencionada Declaración de principios de la FIP, se puede entender por sustitución genérica el

acto de dispensar un medicamento genérico, para el producto medicinal recetado (de marca o genérico), sobre la base de la evidencia disponible, incluyendo literatura profesional, bioequivalencia y/o estudios clínicos, información sobre el fabricante, avisos sobre la medicina, reputación del fabricante y otros factores pertinentes, incluyendo información sobre entidades reguladoras.

La sustitución genérica puede ser de dos tipos: a) cuando el farmacéutico está capacitado para sustituir un genérico por otro producto idéntico con la misma denominación; b) cuando el profesional puede sustituir un producto de marca por su genérico⁷³.

En España, el artículo 90 de la Ley del Medicamento⁷⁴ afirma que “cuando por causa legítima en la oficina de farmacia no se disponga de la especialidad farmacéutica de marca o denominación convencional prescrita, el farmacéutico podrá, con conocimiento y conformidad del interesado, sustituirla por otra con denominación genérica u otra especialidad farmacéutica de marca que tenga igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación. Si el médico prescriptor identifica en la receta una especialidad farmacéutica genérica, sólo podrá sustituirse por otra especialidad farmacéutica genérica”.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de febrero de 1997⁷⁵, interpretó el concepto de “causa legítima” en el sentido de que en la Oficina de Farmacia no se disponga del medicamento requerido y exista una manifiesta imposibilidad de conseguirlo con la rapidez necesaria. En la citada Sentencia se indica también que si se llegara a la situación de que el farmacéutico tuviera que sustituir un medicamento por otro, “no es lícito desconfiar de la pericia del farmacéutico que, en materia de medicamentos, hay que suponer por su formación universitaria, es el verdadero especialista. Incluso puede sostenerse que si no estuviera capacitado para efectuar esa clase de sustituciones, difícil justificación tendría exigirle la posesión de un título del mismo grado docente que el de los médicos”.

En el artículo 86.2 de la Ley de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios, de 2006, se amplía la sustitución a los casos de “desabastecimiento o urgente necesidad”. Por otra parte, en el artículo 101 a)

⁷¹ Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la sustitución de medicamentos. <http://www.wma.net/s/policy/d13.htm> (Accedido el 13 de junio de 2006).

⁷² De acuerdo con lo previsto en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), un medicamento genérico es una especialidad con la misma forma farmacéutica e igual composición cualitativa y cuantitativa en sustancias medicinales que otra especialidad de referencia, cuyo perfil de eficacia y seguridad esté suficientemente establecido por su continuado uso clínico. Debe demostrar su equivalencia terapéutica con la especialidad de referencia mediante los correspondientes estudios de bioequivalencia.

⁷³ Plaza, F. “Medidas de racionalización; libertad de prescripción”, *Derecho y Salud*, 5 (2): 253, 1997.

⁷⁴ Modificado por la Ley 13/96, de 30 de diciembre.

⁷⁵ Sala 4ª de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo. Cfr. Diez, V. “Medicamentos genéricos”. En: AA.VV. *Curso Básico de Derecho Farmacéutico*, Madrid, Recoletos Grupo de Comunicaciones, 2005, pág. 65.

10ª de la citada ley, se cataloga como infracción leve la sustitución de un medicamento, en los casos que ésta sea posible, incumpliendo los requisitos establecidos en esta ley; y en el artículo 101 b) 25ª se clasifica como infracción grave la sustitución de medicamentos en la dispensación, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 86 de esta ley.

Como bien indica Reol Tejada⁷⁶, la sustitución genérica no cuenta con el apoyo de la profesión médica. En sus palabras: “desde el punto de vista médico, éstos han sostenido siempre que la prescripción es un acto de su exclusiva competencia que no puede ni debe ser alterado en ningún caso” y no admiten la posibilidad ni de una intervención entre medicamentos genéricos. Este criterio quedó perfectamente plasmado en la "Declaración sobre la Ética de la prescripción y la sustitución de medicamentos genéricos"⁷⁷ de la Comisión Central de Deontología de la

⁷⁶ Reol Tejada, J.M. Aspectos técnico-económicos de los genéricos. I Congreso Nacional de Derecho Sanitario. <http://www.aeds.org/congreso1/1congre-2.htm> (Accedido el 13 de junio de 2006)

⁷⁷ El apartado tercero de dicha Declaración se ocupa de la sustitución genérica en los siguientes términos:

“7. La precedente recomendación a favor de la prescripción genérica no equivale a un cheque en blanco a favor de la sustitución genérica. En condiciones ordinarias, el médico asume la última responsabilidad en la atención del paciente, por lo que la elección o la selección del medicamento no puede dejar de estar bajo el control del médico.

8. Que el médico haya obtenido el consentimiento informado del paciente para el plan terapéutico significa que ese plan es el que ha sido autorizado por el paciente. Nunca una sustitución medicamentosa, aunque sólo sea genérica, puede introducirse sin el consentimiento del paciente. Y aunque la mayoría de los pacientes tengan como razonable la sustitución genérica justificada por la reducción del gasto farmacéutico, tienen derecho, después de haber recibido del farmacéutico la pertinente información en términos comprensibles sobre las alternativas de tratamiento (Art. 10.5, Ley 14/1986, General de Sanidad) a elegir libremente entre las opciones que se le presenten (Art. 10.6 de la misma Ley), lo que implica también el derecho, antes de tomar su decisión, a que la sustitución sea conocida y autorizada por el médico.

9. Imponer el farmacéutico la sustitución genérica sin autorización del médico podría crear situaciones éticas y jurídicas de alto riesgo, en el caso de que de tal sustitución se derivaran efectos indeseados. En todo caso, tal sustitución no podrá ser llevada a cabo sin la autorización del paciente y del médico, en especial en los casos en que el ajuste del plan terapéutico ha sido muy laborioso, o cuando los medicamentos tienen un margen terapéutico muy pequeño (Este aspecto ha sido recogido, prácticamente de manera textual, en la Resolución sobre la Calidad de la Prescripción, elaborada por el Comité Permanente de Médicos Europeos –asociación internacional de derecho belga que agrupa a las organizaciones médicas de los Estados miembros de la Unión Europea y otros países asociados-). En la normativa legal se reconoce este hecho y se han publicado listas de medicamentos que no pueden ser sustituidos por otros en la dispensación. El Art. 10.6 de la Ley General de Sanidad arriba citada señala que ha de ser el responsable médico de su caso quien ofrezca al paciente las opciones de tratamiento.

10. La sustitución genérica debe ser motivo de cooperación, no de enfrentamiento, entre médico y farmacéutico. No puede el farmacéutico, a pesar de su condición de experto en medicamentos, invadir el área legítima de actuación del médico y cambiar el plan terapéutico que éste ha recomendado a su paciente: ello equivaldría a apropiarse de la potestad de prescribir, exclusiva del médico. Debe, cuando tenga razo-

Organización Médica Colegial, aprobada por la Asamblea General en marzo de 2000.

b) La sustitución terapéutica.

La sustitución terapéutica se lleva a cabo cuando a un paciente se le facilita un medicamento que difiere en su composición, o entidad química, al prescrito por el médico - pero que se considera con actividad farmacológica y terapéutica similar-, sin que el farmacéutico realice una consulta previa a éste.

La Asociación Médica Mundial (AMM), en su Resolución sobre la sustitución terapéutica de octubre de 1990⁷⁸, se oponía a la sustitución terapéutica del siguiente modo:

“SE RESUELVE QUE la Asociación Médica Mundial se opone a:

1. El concepto de sustitución terapéutica porque tiene como resultado la prescripción basada en información incompleta, lo que puede ser dañino para el paciente.
2. Toda ley o reglamentación gubernamental que permita la sustitución terapéutica”.

No obstante, puede entenderse que la AMM ya no sostiene este criterio -al menos con el rigor que manifiesta su tenor literal-, ya que en su Asamblea General de 2005 decidió suprimir la anterior resolución.

c) El intercambio terapéutico.

Puede entenderse por intercambio terapéutico el acto de dispensar una alternativa terapéutica -medicamentos con diferentes ingredientes activos, pero de la misma categoría farmacológica, con efectos terapéuticos análogos y perfiles de reacción adversa similares-, cuando se administran a pacientes en dosis terapéuticamente equi-

nes para ello, comunicar los extremos pertinentes al médico, para que éste los apruebe y los anote en la historia clínica de su paciente. Y el médico está obligado a aceptar y a agradecer las propuestas razonables y justificadas del farmacéutico.

11. La Comisión Central de Deontología está profundamente convencida de que la genuina y fructífera cooperación entre médicos y farmacéuticos, lo mismo en la atención primaria que en los hospitales, ha de estar presidida por dos principios: el principio, tradicional y vigente, desde el Edicto de Salerno, vigente en todas las sociedades avanzadas, de separación de funciones (los médicos prescriben, los farmacéuticos dispensan), y el principio de cooperación interprofesional que permite aprovechar al máximo las destrezas y conocimientos de médicos y farmacéuticos al servicio de los pacientes. Porque si bien los farmacéuticos están obligados por su profesión a ser buenos conocedores de los medicamentos, no pueden olvidar que los médicos son los buenos conocedores de los pacientes y los responsables últimos de la atención de su salud”.

⁷⁸ Resolución adoptada por la 42ª Asamblea Médica Mundial.

valentes. Está diseñado para lograr el máximo beneficio terapéutico para el paciente, y asegurar un uso más seguro, efectivo y económico de los productos medicinales.

Se trata, siempre, de una intervención previamente consensuada entre quien prescribe y el farmacéutico. Tal acuerdo debe estar sujeto a un protocolo establecido y acordado entre el médico y el farmacéutico, o tras una consulta previa individual con quien prescribe.

En el ámbito hospitalario puede encontrarse un ejemplo de admisión del intercambio terapéutico en el "Programa de Equivalentes Terapéuticos", incluido en la Declaración de Principios de la FIP, aprobada por el Consejo de dicha Organización en su reunión de Vancouver de 5 de septiembre de 1997. Bajo el título de "La autoridad del farmacéutico en la selección del producto: intercambio terapéutico y sustitución genérica" se afirma que: se trata de un "documento consensuado para la dispensación de fármacos considerados equivalentes terapéuticos según la información científica disponible y basado en un procedimiento previamente establecido"⁷⁹.

En dicha Declaración se concluye afirmando que, cuando la sustitución genérica sea permitida por la legislación, o cuando quien prescribe indique que una alternativa genérica es aceptable, la responsabilidad por la selección del producto medicinal genérico será del farmacéutico. Asimismo, se señala que se debe estimular que las autoridades reguladoras y los fabricantes suministren a los farmacéuticos, y a quienes prescriben, la biodisponibilidad y otros datos relevantes relacionados con todos los productos medicinales; por último, se indica que, salvo en casos de emergencia, no debe potenciarse el concepto de sustitución terapéutica, sino, más bien, fomentarse el de intercambio terapéutico.

Según Delgado y colaboradores, entre los requisitos que debe reunir un Programa de Equivalentes Terapéuticos, y que afectan directamente a los profesionales sanitarios, se encontrarían los siguientes: a) la exigencia de que el médico prescriptor asuma la responsabilidad de la aplicación; b) que, en cualquier caso, éste sea informado de la sustitución en un tiempo razonable. Este plazo deberá hacerse constar en los procedimientos establecidos; c) que el farmacéutico pueda tener acceso a la historia clínica y a la información analítica del paciente⁸⁰.

⁷⁹ Delgado, O. et al. *Revista Clínica Española*, 200 (5): 262, 2000.

⁸⁰ *Ibid.*, pág. 269.

III. DISCUSIÓN.

La posibilidad de que farmacéuticos y enfermeros puedan prescribir -o colaborar en el proceso-, según los distintos modelos expuestos en los apartados anteriores, ofrece un amplio abanico de cuestiones para la reflexión. Ello es debido a que las consecuencias de estas modificaciones afectarían, hondamente, a la salud de la población, a la evolución de las profesiones afectadas y a la economía sanitaria. Por esta razón, es preciso realizar una rigurosa ponderación de todos los elementos y valores en juego, para poder llegar a determinar la oportunidad, los inconvenientes y riesgos, de cada uno de los sistemas propuestos.

Los factores⁸¹ a considerar son muy variados. Entre ellos, cabría destacar si el sistema sanitario está en condiciones de asumir esa nueva práctica; las posibles repercusiones de la aplicación de los últimos avances científicos y técnicos⁸²; el nivel de educación sanitaria de la población; la capacidad de asumir, por parte de los pacientes, una posición más activa en el proceso; la disponibilidad de los agentes de la salud para recibir una formación continuada o especialización profesional, etc.

III.1. El contexto social y sanitario.

Todo proyecto de cambio en una estructura consolidada (ya sea social, sanitaria...) requiere -para poder ser aceptado e integrado de forma armónica y sin rechazos de cualquier tipo-, tener en cuenta, previamente, determinados factores. Si aplicamos este criterio a la implantación de un nuevo modelo profesional en el ámbito de la prescripción sanitaria, debemos tener en cuenta diversos elementos. Entre ellos podrían destacarse: la aceptabilidad del sistema de acogida; la conveniencia del cambio a introducir; la oportunidad del momento elegido para lle-

⁸¹ *Sobre la percepción de la prescripción farmacéutica por parte de las enfermeras se puede consultar: Child, D. "Hospital nurses' perceptions of pharmacist prescribing." British Journal of Nursing, 10 (1): 48-54, 2001.*

⁸² *Estos no sólo hacen referencia a la investigación, sino que también tienen una manifestación en el proceso asistencial. Así, por ejemplo, se puede hacer referencia a la farmacogenómica que, según Ruiz-Canela, "ha aumentado las expectativas sobre el desarrollo de la medicina individualizada; es decir, una medicina en la que el tratamiento para una enfermedad esté determinado por el perfil genético de cada paciente. Esto podría permitir que cada paciente reciba fármacos más seguros y eficaces: dependiendo de los resultados de un test farmacogenético se podrá decidir si un enfermo puede o no recibir un medicamento y qué dosis del fármaco será la más idónea". Ruiz-Canela, M. Farmacogenómica: un nuevo desafío para la ética de la investigación, Gijón, Junta General del Principado de Asturias, 2005, pág. 9.*

varlo a cabo y la gradualidad en la incorporación de la nueva práctica.

a) La primera cuestión enunciada es la relativa a si un concreto sistema sanitario está en condiciones de aceptar y asumir una nueva práctica. Se trata, fundamentalmente, de atender a factores de tipo estructural e institucional. Para ponderar estos aspectos, se requiere la realización de estudios contrastados e imparciales. Tales estudios deberán tener especialmente en cuenta las consecuencias, a medio y largo plazo, de la modificación propuesta.

Sabemos que la prudencia debe anteceder a cualquier determinación en este campo⁸³. Es evidente que, cuanto más y mejor se conozca la realidad -con sus múltiples implicaciones-, más capacitado se estará para adoptar decisiones acertadas. En este sentido, puede resultar útil ponderar algunas facetas de la prudencia. Gómez Pérez⁸⁴ propone las siguientes: saber “optimizar el pasado”, “diagnosticar el presente” y “prevenir el futuro”. O, para Mayor Zaragoza, hay que “saber para prever, prever para prevenir”⁸⁵.

Por lo que se refiere a nuestro tema, ello implica, entre otros aspectos, que cualquier nueva regulación, para ser racional, deberá tener especialmente en cuenta las circunstancias y características del contexto social y sanitario en el que se vaya a aplicar⁸⁶. De él dependerá la conveniencia de la implantación de una u otra concreta práctica en la prescripción.

Como ya se ha indicado, en ocasiones, se suscitan problemas al abordar estas cuestiones sin la suficiente prudencia. Así, un deficiente estudio de las posibilidades que ofrece un determinado modelo sanitario, el no calibrar las repercusiones de una reforma legal, una inadecuada utilización de los términos legales, o no evaluar en su justa medida las posibles repercusiones sobre la población afectada (pacientes o agentes sanitarios), puede abocar al fracaso una reforma.

Se acaba de hacer referencia a la importancia de emplear la terminología legal adecuada. Por ejemplo, si se estima oportuno que los farmacéuticos o enfermeros asuman mayores competencias en la prescripción -sin llegar a

sustituir al médico en la misma-, convendrá utilizar términos ajustados a la realidad: así, es muy diferente referirse a la “prescripción farmacéutica” o la “prescripción de enfermería”, que utilizar, por ejemplo, la expresión “prescripción facultada por el médico”. En este mismo sentido, es muy distinto, por ejemplo, afirmar que se va a modificar la legislación vigente, con el fin de que las enfermeras prescriban, que defender la conveniencia de una modificación legal que permita la colaboración de la enfermera con el médico en algunos tipos de prescripción. Se trata, en definitiva, de conseguir una adecuada correlación entre el lenguaje y la realidad.

En los apartados anteriores se ha mostrado que ciertos sistemas sanitarios, como, por ejemplo, el americano o el inglés, están más preparados para integrar cambios en su modelo de prescripción que otros. Entre los segundos, podría incluirse el denominado “modelo mediterráneo”. En este sentido, parece evidente que el sistema asistencial español no está en condiciones de asumir un modelo de prescripción suplementaria, al menos a corto plazo.

La situación es diferente, por ejemplo, en el Reino Unido. En este país se ha pasado, en pocos años, de la prescripción independiente del médico, a la suplementaria e, incluso, independiente del farmacéutico. Todo ello se ha incorporado sin drásticas modificaciones legales, ni destacadas controversias sociales. A diferencia de ello, consideramos que este proceso no se podría acometer en España, al menos en un corto espacio de tiempo. Algunas de las razones de esta limitación pueden encontrarse en la actual regulación legal de la prescripción y, asimismo, en la existencia de una estructura corporativa de las profesiones sanitarias excesivamente remisa al cambio y al avance en nuevas estrategias en la asistencia. Prueba de ello ha sido el intento de introducción en nuestro país de la denominada Atención Farmacéutica (*Pharmaceutical Care*). Esta práctica profesional se basa en una participación más activa del farmacéutico en la atención del paciente. La implantación de la Atención Farmacéutica implica, *a priori*, beneficios para el paciente -ya que éste es objeto de una mayor atención por parte del farmacéutico-, y para el profesional -al permitirle desarrollar sus potencialidades-. No obstante, esta modalidad ha chocado con la incompreensión de un sector de la propia profesión, de la sociedad y con del grueso de la clase médica.

⁸³ Pieper, J. *La prudencia*, Madrid, Rialp, 1957, pág. 73

⁸⁴ Gómez Pérez, R. *Ética empresarial*, Madrid, Rialp, 1999, pág. 69-70.

⁸⁵ Mayor Zaragoza, F. *Sesión solemne de apertura del Curso 2002-2003 de las Reales Academias del Instituto de España*, Real Academia de Farmacia, 2002, pág. 34.

⁸⁶ Abba, G. *Felicidad, vida buena y virtud*, Barcelona, Ediciones internacionales universitarias, 1992, pág. 214.

Otro ejemplo, en la misma línea, podríamos encontrarlo en Corea⁸⁷. Debido a la influencia de la medicina china, tradicionalmente en este país el médico no sólo prescribe, sino que también dispensa. En el año 2000, el gobierno coreano introdujo una reforma conducente a evitar que ambas prácticas recayeran en la misma persona, debido a que la “ancestral” unificación generaba abusos y un mal empleo de las medicinas. La reforma no fue bien aceptada por los profesionales, principalmente por los médicos. También se encontró con la desconfianza de los consumidores, remisos a aceptar cambios en lo que respecta a la atención de su salud.

b) El segundo factor a tener en cuenta sería el referente a la existencia de una verdadera necesidad, o al menos oportunidad, de introducir un cambio en el modelo de prescripción. Tal exigencia debe ser constatada, no sólo por los agentes que la promueven, sino también por la sociedad en general. No hay que olvidar que tal cambio debe tener siempre como objetivo el mejor cuidado del paciente. Es él quien, en última instancia, se verá afectada por el nuevo planteamiento. Asimismo, no debe perderse de vista el impacto que la nueva práctica produciría sobre el resto de profesiones sanitarias. Pero éste factor siempre se subordinará al anterior.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que un modelo profesional que tiene sentido en un Estado puede que en otro no lo tenga. Por ejemplo, en Holanda⁸⁸ o Gran Bretaña⁸⁹, se tuvo que permitir que los médicos dispensaran a causa del insuficiente número de Oficinas de Farmacia para abastecer a la población. La necesidad, en este caso, fue el determinante fundamental del cambio. Ello se reflejó en el artículo 91 del documento “*Improving patients’ access to medicines: A guide to implementing Nurse and Pharmacist independent prescribing within the NHS in England*”, publicado por el Departamento de Salud, en abril de 2006. En él se indica que: “*Where a GP practice is a dispensing practice, prescriptions from Nurse and Pharmacist Independent Prescribers can be dispensed by the practice but only for the dispensing patients of that practice. Dispensing Doctors cannot dispense prescrip-*

tions written by Nurse and Pharmacist Independent Prescribers for patients of other practices”.

Otro ejemplo puede ser el de Japón⁹⁰ y algunos países asiáticos. Ya se ha indicado que, tradicionalmente, en estas naciones el médico dispensa. Si no se presenta una razón que justifique suficientemente la modificación, esta práctica continuará vigente⁹¹.

c) Un tercer elemento a considerar sería el relativo al ámbito temporal de aplicación de la modificación. Y ello porque, para su adecuada implantación, no es suficiente contar con su aceptación generalizada. La experiencia demuestra que cualquier transformación rápida de estructuras largo tiempo consolidadas suele estar abocada al fracaso. En consecuencia, deberá llevarse a cabo un proyecto de aplicación temporal que garantice, especialmente, que el cambio se aplicará gradualmente.

Tal proyecto deberá tener en cuenta, también, la progresiva y escalonada incorporación de los distintos profesionales. La realidad demuestra, por otro lado, que la incorporación de los agentes sanitarios a estos modelos es más lenta de lo que cabría esperar. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la escasa prescripción que realizan las enfermeras en aquellos países en los que se les ha facultado para ello⁹².

Un pertinente diseño temporal permitirá también que los agentes sanitarios que se quieran incorporar al nuevo modelo puedan obtener la adecuada acreditación. Por otro lado, la escalonada implantación del sistema permitirá ir incorporando a los planes de estudio los conocimientos necesarios para desempeñar las nuevas funciones. Ello determinará la adecuación de éstos a la nueva realidad profesional, racionalizando la formación⁹³ y evitando reiteraciones en los estudios de postgrado.

⁸⁷ Kwon, S. “Pharmaceutical reform and physician strikes in Korea: separation of drug prescribing and dispensing”, *Social science & medicine*, 57: 529-538, 2003.

⁸⁸ Gerbrands, E.E. “Establishing a Pharmacy in a District with Dispensing Physicians: a personal experience”, *Journal of Social and Administrative Pharmacy*, 3: 127-30, 1994.

⁸⁹ Morton-Jones, T., y Pringle, M. “Dispensing by Physicians and Pharmacists. A U.K. perspective”, *Pharmaco-Economics*, 5 (1): 5, 1994.

⁹⁰ Takemasa, F. “The contrasting Philosophies of Eastern and Western Pharmacy: meeting of the ways”, *Journal of Social and Administrative Pharmacy*, 11 (3): 123-124, 1994.

⁹¹ En España se impone el criterio contrario. Así, por ejemplo, en las “Normas Éticas sobre la Prescripción de Recetas Médicas”, adoptadas por la Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, en octubre de 1992, se afirma que “Nunca puede el médico, ni siquiera de modo indirecto, inducir a sus pacientes a que acudan a determinada oficina de farmacia con preferencia a cualquier otra”. Esto se vería vulnerado si el propio médico tuviera la capacidad de dispensar”.

⁹² While, A.; Shah, R., y Nathan, A. “Interdisciplinary working between community pharmacists and community nurses: the views of community pharmacists”, *Journal of Interprofessional Care*, 19 (2): 167, 2005.

⁹³ Este sistema tiene antecedentes en algunas profesiones sanitarias. Así, por ejemplo, hace unos años, el farmacéutico que quería ofrecer Atención Farmacéutica, en su Oficinas de Farmacia tenía que asistir a

III.2. El contexto legal.

La incorporación, en un país, de una nueva modalidad de prescripción dependerá, en primer lugar, del marco legal existente y de la estructura básica sobre la que se articule su asistencia sanitaria. No obstante, si ésta no la admite, siempre cabe el recurso a una modificación legal. Esta vía no es novedosa. Ya se ha hecho referencia a los cambios legales introducidos en el Reino Unido⁹⁴. Pueden encontrarse otros ejemplos en Canadá⁹⁵, Australia o Estados Unidos. Con respecto a éste último país, es importante destacar que en el año 2001, 25 Estados habían aprobado disposiciones legales relativas a modelos de prescripción compartida o de prescripción por protocolos.

En España, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial”, por lo que sería admisible introducir modificaciones legales en este campo. Como indica Villar, “ello no significa que el legislador cuente con libertad absoluta para conformar cada profesión titulada”. El legislador podrá crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, pero siempre teniendo en cuenta que tal ejercicio “debe inspirarse en el criterio de interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional”⁹⁶.

La articulación de las relaciones interprofesionales en el ámbito sanitario aparece contemplada en el artículo 9 de la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias⁹⁷. Los principios sobre los que se apoya dicho artículo son los siguientes:

1. La atención sanitaria integral implica la integración y cooperación multidisciplinar entre especialistas, evitando la superposición de procesos asistenciales.

2. La unidad básica es el equipo de profesionales. Sus actuaciones sanitarias se articularán de forma jerarquizada o colegiada, en su caso, atendiendo a los criterios de conocimientos, competencia y titulación, teniendo en cuenta la actividad específica a desarrollar.

3. En un equipo de profesionales es admisible la delegación de actuaciones. No obstante, ésta deberá ceñirse a las condiciones previamente establecidas dentro del equipo. Entre ellas, estará la capacidad para realizar la concreta función por parte de quien recibe la delegación. Tal capacidad deberá ser objetivable, siempre que fuere posible, con la oportuna acreditación.

4. En el proceso de distribución del trabajo en equipo, los centros e instituciones correspondientes serán responsables de la capacidad de los profesionales para realizar las funciones encomendadas, así como de su adecuada actuación.

Por otro lado, ya se ha indicado que la reciente Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios no ha acogido las demandas de enfermeros y farmacéuticos en el sentido de ver reconocida la posibilidad de colaborar con los médicos en el proceso de prescripción. En este sentido, ya la Exposición de Motivos de la citada Ley delimita las actividades asignadas a los distintos profesionales sanitarios en los siguientes términos:

cursos de formación o a un máster. En la actualidad, hay asignaturas específicas orientadas a la Atención Farmacéutica en muchas Facultades de Farmacia españolas. Ello se complementa con cursos de formación continuada.

⁹⁴ Estos tuvieron su origen legal en “The Medicinal Products: Prescription by Nurses, etc. Act 1992”, que incluía enmiendas al artículo 41 del “National Health Service Act 1977” y al artículo 58 del “Medicines Act 1968”. Tuvo un desarrollo posterior en el artículo 63 del “Health and Social Care Act 2001” y en “The Medicines and Human Use”, de mayo de 2006.

⁹⁵ Vid. Task Force on Pharmacist Prescribing. Canadian Society of Hospital Pharmacists, 2001.

⁹⁶ Villar Rojas, F.J. “Medidas de racionalización; libertad de prescripción”, Derecho y Salud, 5 (2): 247, 1997.

⁹⁷ BOE de 22 de noviembre de 2003.

De acuerdo con lo previsto en este precepto:

“1. La atención sanitaria integral supone la cooperación multidisciplinaria, la integración de los procesos y la continuidad asistencial, y evita el fraccionamiento y la simple superposición entre procesos asistenciales atendidos por distintos titulados o especialistas.

2. El equipo de profesionales es la unidad básica en la que se estructuran de forma uni o multiprofesional e interdisciplinar los profesionales y

además personal de las organizaciones asistenciales para realizar efectivamente y eficientemente los servicios que le son requeridos.

3. Cuando una actuación sanitaria se realice por un equipo de profesionales, se articulará de forma jerarquizada o colegiada, en su caso, atendiendo a los criterios de conocimientos y competencia, y en su caso al de titulación, de los profesionales que integran el equipo, en función de la actividad concreta a desarrollar, de la confianza y conocimiento recíproco de las capacidades de sus miembros, y de los principios de accesibilidad y continuidad asistencial de las personas atendidas.

4. Dentro de un equipo de profesionales, será posible la delegación de actuaciones, siempre y cuando estén previamente establecidas dentro del equipo las condiciones conforme a las cuales dicha delegación o distribución de actuaciones pueda producirse. Condición necesaria para la delegación o distribución del trabajo es la capacidad para realizarlo por parte de quien recibe la delegación, capacidad que deberá ser objetivable, siempre que fuere posible, con la oportuna acreditación.

5. Los equipos de profesionales, una vez constituidos y aprobados en el seno de organizaciones o instituciones sanitarias serán reconocidos y apoyados y sus actuaciones facilitadas, por los órganos directivos y gestores de las mismas. Los centros e instituciones serán responsables de la capacidad de los profesionales para realizar una correcta actuación en las tareas y funciones que le sean encomendadas en el proceso de distribución del trabajo en equipo”.

“el médico es una figura central en las estrategias de impulso de la calidad en la prestación farmacéutica, dado el papel que se le atribuye en el cuidado de la salud del paciente y, por tanto, en la prevención y el diagnóstico de la enfermedad, así como en la prescripción, en su caso, de tratamiento con medicamentos. El trabajo que los farmacéuticos y otros profesionales sanitarios realizan en los procedimientos de atención farmacéutica también tiene una importancia esencial ya que aseguran la accesibilidad al medicamento ofreciendo, en coordinación con el médico, consejo sanitario, seguimiento farmacoterapéutico y apoyo profesional a los pacientes”.

El artículo 77 de la Ley desarrolla estos principios, al atribuir la competencia para prescribir, de manera exclusiva, a médicos y odontólogos. En concreto, se afirma que éstos son los “únicos profesionales con facultad para ordenar la prescripción de medicamentos”. No obstante, el artículo 81 de la citada Ley, referido a las funciones de las unidades o servicios de farmacia de Atención primaria, adopta una perspectiva más abierta, al afirmar que los farmacéuticos proporcionarán “una correcta información y formación sobre medicamentos y productos sanitarios a los profesionales sanitarios” y que desarrollarán “protocolos y guías farmacoterapéuticas que garanticen la correcta asistencia farmacoterapéutica a los pacientes, en especial lo referente a la selección de medicamentos y la continuidad de los tratamientos y sistemas de apoyo a la toma de decisiones clínicas en farmacoterapia”.

Otra vía de colaboración del farmacéutico, admitida en nuestro marco legal, sería la relativa a la dispensación, por parte de este profesional, de medicamentos que no requieren receta. El incremento del número de especialidades farmacéuticas que pueden ser obtenidas sin prescripción médica genera un nuevo marco de actuación profesional: por un lado, incrementa las posibilidades de intervención del farmacéutico; por otro, disminuye la capacidad de control de la prescripción del médico⁹⁸. Ello es debido a que existe una serie de medicamentos que no pueden recetar con cargo a la prestación de la Seguridad Social. Por ello, habitualmente el usuario requerirá otras especialidades farmacéuticas que sí le sean sufragadas.

Esta situación demanda algunas reflexiones y puntualizaciones. Entre ellas, podrían hacerse las siguientes:

⁹⁸ Beato, M. “El derecho a la prestación sanitaria: libertad de prescripción y dispensación”, *Derecho y Salud*, 2 (2): 74, 1994.

1. Antes que introducir nuevas formas de prescripción en nuestro país, sería deseable revisar periódicamente la lista de medicamentos financiados por la Seguridad Social, ya que este dato tiene, como hemos indicado, repercusión en las relaciones interprofesionales.

2. Es evidente que esta medida no tendría sentido si, por otra parte, no se adoptaran adecuados criterios de racionalidad para decidir la incorporación de nuevos medicamentos en las listas de especialidades farmacéuticas disponibles para los beneficiarios de la Seguridad Social.

Esta exigencia no es fácil de llevar a la práctica. Así lo demuestra la proliferación de fármacos que no ofrecen ninguna nueva ventaja terapéutica y que son incluidos en las prestaciones sanitarias. Así, por ejemplo, de los 730 principios activos incorporados al arsenal terapéutico español, entre 1980 y 2004, un total de 359 no aportaron ninguna innovación, 255 introdujeron una innovación moderada, 103 supusieron una innovación importante y sólo 13 representaron una innovación excepcional⁹⁹. No obstante, tales productos más caros, y sin innovación, se prescriben y son solicitados por los pacientes o consumidores.

Ello también se demuestra en el estudio llevado a cabo por Zara y otros, titulado *The impact of new drugs introduction on drug expenditure in Primary Health Care in Catalunya*¹⁰⁰. Este trabajo analiza la prescripción ambulatoria de nuevos medicamentos, y su coste asociado en el Sistema público de Cataluña, en el año 2002. Relaciona su consumo con el grado de innovación terapéutica que incorporan. Se llega a la conclusión de que sólo un 25% de consumo y un 32% de gasto estuvo dirigido a productos que aportaran algo a la oferta ya existente¹⁰¹.

De ello se puede deducir la falta de racionalidad, por parte de la Administración, al decidir la sustitución de unos fármacos por otros que, siendo igualmente eficaces, son más caros, ocasionando a las arcas públicas un mayor

⁹⁹ *Farmacéuticos*, 301: 16, 2005.

¹⁰⁰ Zara, C.; Torralba, M.; Sotoca, J.M.; Prat, A.; Faixedas, M.T., y Gilabert, A. “The impact of new drugs introduction on drug expenditure in Primary Health Care in Catalunya, Spain”, *The Annals of Pharmacotherapy*, 39: 177-182, 2005.

¹⁰¹ Un estudio realizado en Canadá ofreció unos resultados similares a los obtenidos en Cataluña. Así, por ejemplo, se llegó a la conclusión de que, entre los años 1996 y 2003, el 80% del incremento del gasto de medicamentos se debió a productos que no ofrecían una ventaja sustancial en relación a los existentes en ese momento, siendo, además, más caros. Morgan, S.G. et al. <<“Breakthrough” drugs and growth in expenditure on prescription drugs in Canada>>, *British Medical Journal*, 331: 815-816, 2005.

gasto. Cabría preguntarse cuales son las razones que sustentan este contrasentido.

En cualquier caso, es claro que en el caso de un incremento del arsenal de medicamentos OTC se requerirá una mayor intervención por parte de la Administración Sanitaria para paliar las posibles complicaciones que se puedan derivar, por ejemplo, de una automedicación sin control, propiciada y estimulada por la industria farmacéutica que intenta hacer competitivos sus productos.

Suele ser frecuente culpar a las compañías farmacéuticas del incremento en el consumo de éstos productos. No obstante, esta acusación no es del todo cierta. No se puede desviar la atención del propio consumidor, que, en ocasiones, se deja arrastrar por una sociedad en la que el bienestar ha cobrado un papel, a veces, desmesurado. Para Lagrée, nuestros “modelos de vida buena son demasiado pobres, demasiado condicionados por los artefactos publicitarios, preferimos un rostro inexpresivo que responde a los cánones de belleza de la moda a la belleza grave y habitada de un rostro anciano”¹⁰². También, en ocasiones, la falta de exigencia para afrontar los problemas y la propia realidad personal, pueden llevar al sujeto a demandar vías alternativas¹⁰³. De esta forma, el ser humano renuncia a buscar la felicidad dialogando consigo mismo y con los demás. Sus carencias, dudas, dolores, y penas dejan de ser problemas humanos y pasan a ser considerados problemas corporales, a resolver por procedimientos técnicos o farmacológicos. Se corre así el peligro de anestesiar las responsabilidades y carencias con medicamentos, eludiendo la búsqueda de un horizonte de sentido y aceptación personal, de un sistema de valores que sean capaces de dar contestación a sus problemas existenciales¹⁰⁴. Desde esta perspectiva, el sujeto puede olvidar que el dolor es una señal de alarma y la tristeza es amordazada por vías alternativas, -entre las que cabría incluir el consumo incontrolado o abusivo de medicinas-, sin dar opción al encuentro con la causa y raíz de ese dolor¹⁰⁵.

¹⁰² Lagrée, J. *El médico, el enfermo y el filósofo*, Madrid, *La esfera de los libros*, 2005, pág. 122.

¹⁰³ De esta forma, las vidas pueden comenzar a ser dominadas por un profundo sentimiento de sentirse enfermas. Ello puede llegar a generar una angustia vital y, al mismo tiempo, impedir al sujeto aprender a afrontar la enfermedad, el dolor o la muerte. En este sentido, resulta curioso comprobar que en zonas económicamente deprimidas del planeta la percepción de la enfermedad es menor que en las más desarrolladas. Heath, I. “Who needs health care – the well or the sick?”, *British Medical Journal*, 330: 954, 2005.

¹⁰⁴ Cañas, J.L. “¿Renacimiento del personalismo?”, *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, 18: 172, 2001.

¹⁰⁵ Cardona, J. “Los miedos del hombre”, Madrid, *Rialp*, 1989, pág. 78.

La intervención de la Administración Sanitaria es muy importante para paliar las consecuencias derivadas de la automedicación. Tal actuación debería estructurarse en distintos niveles: mayor información y concienciación ciudadana mediante campañas sanitarias; incremento de la atribución de competencias a farmacéuticos y enfermeros para que las OTC sean adquiridas y utilizadas con un control y posterior seguimiento; y mayor supervisión de la publicidad de medicamentos dirigida al público en general.

III.3. La integración del equipo sanitario.

Hemos señalado que, en relación al tema que nos ocupa, uno de los principios sobre los que se apoya la Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, es el de integración y cooperación multidisciplinar entre especialistas. Ciertamente, cualquiera de los modelos de prescripción expuestos es inviable si no existe una verdadera integración de todo el equipo sanitario¹⁰⁶. La mayor complejidad actual de la medicación, así como el incremento de riesgos que lleva asociados, requiere que se potencien los controles para que la terapia farmacológica no sólo sea la apropiada, sino también correctamente utilizada. Esta necesidad avala la exigencia de un equipo profesional, adecuadamente integrado, y responsable del proceso sanitario¹⁰⁷.

En sentido contrario, consideramos que muchos de los problemas sanitarios que padece actualmente nuestra sociedad se deben al “desencuentro”, o no colaboración, entre médicos, farmacéuticos y enfermeros¹⁰⁸. Se trata de

¹⁰⁶ En ocasiones se ha entendido que la integración interprofesional en el ámbito sanitario no era más que una utopía. Sin embargo, cada vez son más numerosos los trabajos que demuestran que la cooperación es posible. Hudson, B. “Interprofessionality in health and social care: the Achilles’ heel of partnership?”, *Journal of interprofessional care*, 16 (1): 7, 2002.

¹⁰⁷ Tal equipo no siempre será uniforme, ni actuará de forma homogénea. Por el contrario, su composición y su modo de trabajo dependerá de los parámetros que en cada ámbito -espacial o temporal- se consideren más adecuados.

¹⁰⁸ Este hecho repercute, negativamente, en la efectividad del derecho a la protección de la salud -reconocido en el art. 43 CE- y en el derecho a la atención sanitaria -plasmado en el artículo 1 de la Ley General de Sanidad-. Tales derechos tienen como presupuesto, en palabras de Beato, “la acción mutua e interrelacionada de tres elementos claves: el usuario, destinatario del derecho, la Administración Pública, responsable de su tutela a través de la organización de los servicios necesarios, y los profesionales sanitarios que actualizan el deber impuesto a la institución”. Beato, M., *op. cit.*, pág. 70. Para Azzopardi, precisamente la falta de comunicación entre los, cada vez más numerosos, profesionales que intervienen en un proceso sanitario, puede aumentar los riesgos en el paciente. Azzopardi, L.M. “The need for interdisciplinary cooperation and teamwork”, *European Society of Clinical Pharmacy News*, 127: 1, 2005.

una situación que se intenta remediar desde distintos sectores. Sin embargo, no es fácil de solucionar, al menos a corto plazo. Ello es debido a varias razones. Entre ellas cabría señalar el peso de la evolución histórica de cada una de las citadas profesiones. También se ha apuntado la existencia de un factor socio-profesional que dificulta la relación horizontal entre los integrantes del equipo sanitario: el distinto *status* que ha adquirido, a lo largo de los años, cada una de las profesiones. Así, se ha tendido a considerar a la medicina como una profesión "plena", con la consiguiente asunción total de responsabilidades por parte del médico. Por el contrario, a la farmacia y a la enfermería, en distinta medida, y según los países y etapas históricas, se les ha llegado a asignar la categoría de "semi-profesión". Esta desigual consideración ha venido también auspiciada por el diferente grado de autonomía que se ha atribuido a cada una de las profesiones sanitarias¹⁰⁹. Así, se ha entendido que el enfermero o el farmacéutico tienen un ámbito de actuación subordinado a las decisiones del médico -que es el que prescribe, dirige la intervención quirúrgica, establece un protocolo de actuación para un determinado paciente...-. En este sentido, Dickens y Cook¹¹⁰ afirman lo siguiente:

"their involvement is usually in a auxiliary or secondary role, in that they support, facilitate or follow up procedures conducted or initiated by physicians. Their level of involvement may be so indirect or remote as to server their complicity, meaning their partnership in wrongdoing. Second, their legal status is often created by a contract under which they have voluntarily bound themselves as 'servants' to comply with orders given by 'masters' or principals".

Sin ninguna duda, muchas de las suspicacias o recelos que se suscitan en el seno de las profesiones sanitarias están motivados por la dificultad para establecer los límites de sus competencias que, en ciertas ocasiones, no son nítidos o, incluso, llegan a solaparse, al no encontrarse bien delineado el marco de actuación¹¹¹. No obstante, se podría

¹⁰⁹ Hudson, B., op. cit., pág. 8.

¹¹⁰ Dickens, B.M., y Cook, R.J. "The scope and limits of conscientious objection", *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 71: 72, 2000.

¹¹¹ En la Declaración elaborada por la Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado, el 27 de marzo de 2000, sobre "Límites de las funciones profesionales de médicos y farmacéuticos", se afirma que en el artículo 1 de la Ley de 26 de abril de 1.997, sobre Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, "se ofrece una lista genérica de las funciones asignadas a las Oficinas de Farmacia, en la que se incluyen algunos servicios básicos que en ellas han de prestarse a la población y que constituyen un cheque en blanco para que los farmacéuticos se puedan inmiscuir en funciones que pertenecen al contenido

apuntar que quizás la falta de nitidez en tales contornos profesionales no sea un factor a evitar. En ocasiones, un cierto solapamiento -así, por ejemplo, que las actuaciones de un profesional sean verificadas por otros-, puede ser conveniente para llevar a cabo una mejor práctica asistencial. Además, consideramos que si tal integración y complementariedad fuera real, probablemente no se requerirían cambios más drásticos. Así, por ejemplo, si en orden a evitar errores en la prescripción, las enfermeras tuvieran reconocido un ámbito de actuación más integrado con el del médico, posiblemente no se plantearía la admisión de la prescripción por parte de estos agentes sanitarios, ya que el sistema sería más eficaz¹¹².

En muchas ocasiones, la no aceptación de un ámbito de autonomía, y consiguiente responsabilidad, de otros agentes sanitarios, viene motivado por la falta de diálogo interprofesional¹¹³. Por otro lado, el hecho de partir de perspectivas y lenguajes diferentes también dificulta el entendimiento. En este sentido, Paura y Tarodo¹¹⁴ señalan que este dato obstaculiza el trabajo interdisciplinar, al hacer que "que los términos y los interrogantes que cada profesional se formula, sean diversos y se interpreten con distinto sentido".

a) La colaboración médico-farmacéutico.

Con respecto al farmacéutico, su papel sanitario se ha asociado, tradicionalmente, al del profesional que facilita al paciente el medicamento prescrito por el médico. No obstante, en los últimos años este agente de la salud no se ha resignado a asumir ese papel secundario. Ello le ha impulsado a implicarse, más intensamente, en el seguimiento farmacoterapéutico, cooperando activamente con el médico en aquello que afecta al medicamento¹¹⁵. Así, por ejemplo, la implantación del *Pharmaceutical Care* ha

genuino de la profesión médica. Ahí puede encontrar apoyo la política expansionista que en tiempos recientes está practicando la profesión farmacéutica. Y así, se atribuyen a las Oficinas de Farmacia funciones como el seguimiento de los tratamientos farmacológicos de los pacientes, o la colaboración -no se dice con quién- en el control del uso individualizado de los medicamentos, a fin de detectar y denunciar las reacciones adversas que puedan producirse".

¹¹² Guy, J.; Persaud, J.; Davies, E., y Harvey, D. "Drug errors: what role do nurses and pharmacists have in minimizing the risk?", *Journal of Child Health Care*, 7 (4): 284, 2003.

¹¹³ Se podría afirmar que se trataría de una concreción, en el ámbito sanitario, de uno de los problemas latentes en la sociedad actual: la falta de comunicación entre los seres humanos.

¹¹⁴ Paura, A.C., y Tarodo, P., op. cit., pág. 175

¹¹⁵ La Canadian Society of Hospital Pharmacists reclamó, en 2001, el papel del farmacéutico en un modelo de prescripción compartido. *Statement on Pharmacist prescribing. Task Force on Pharmacist Prescribing. Canadian Society of Hospital Pharmacists, 2001*

supuesto la incorporación, a la práctica diaria, de muchas competencias del farmacéutico –seguimiento farmacoterapéutico, monitorización de los medicamentos, etc.–, que estaban desaprovechadas.

Distintos estudios han constatado la utilidad de esta mayor intervención del farmacéutico¹¹⁶. De esta forma, se ha llegado a comprobar la importancia de su actuación en relación a la optimización de la utilización de los medicamentos¹¹⁷. Asimismo, se ha comprobado la conveniencia de su aportación en la verificación de la prescripción médica¹¹⁸ –siendo un valioso factor para evitar errores en la misma–, y en la detención de problemas relacionados con el uso de los medicamentos prescritos¹¹⁹. Por otra parte, conviene tener en cuenta que el farmacéutico puede conocer datos del paciente relevantes a efectos de su enfermedad, que suelen ser ignorados por el médico: por ejemplo, la utilización de medicinas “alternativas”¹²⁰, como plantas, homeopatía, etc., por parte del enfermo.

La práctica diaria evidencia que cuando se llevan a cabo proyectos de integración de los profesionales los resultados son buenos, ya que permiten mejorar la asistencia sanitaria. Este es el caso, por ejemplo, de la Consulta de Atención Farmacéutica integral de Oncología implantada en el Complejo Universitario Hospitalario de Santiago de Compostela¹²¹. Los frutos obtenidos en la misma han logrado despertar el interés de muchos otros servicios de Farmacia hospitalaria de diversos centros sanitarios de España. El gerente de este Complejo ha señalado que la iniciativa que había adoptado el centro va dirigida a mejorar la atención integral de los usuarios. Para lograr esa finalidad, “el farmacéutico tiene que situarse cada vez más cerca del paciente”. De acuerdo con este objetivo, las farmacéuticas de la Unidad de Farmacia Oncológica parti-

cipan en las sesiones clínicas con los facultativos, realizan las preparaciones farmacológicas, llevan a cabo la valoración de nuevos fármacos y mantienen una consulta de atención directa al paciente. La primera visita del paciente a la consulta de farmacia se produce por derivación directa del oncólogo.

El médico, al prescribir, puede verse afectado negativamente por la industria farmacéutica¹²², al inducirle –a través de una inadecuada información–, a realizar una prescripción sesgada, no tan conveniente, o más costosa económicamente¹²³. La sintonía con el farmacéutico puede ayudarle en este aspecto. No hay que olvidar algo tan básico como que el farmacéutico es el especialista del medicamento y que, de hecho, tiene un indudable peso en la elaboración de los Formularios nacionales. En este sentido, por ejemplo, en el prefacio del *British National Formulary* queda patente que tal formulario está escrito y editado por farmacéuticos.

b) La cooperación del enfermero con otros agentes sanitarios.

La relación de la Enfermería con otras profesiones sanitarias ha seguido un proceso distinto al de los farmacéuticos¹²⁴. En el ámbito hospitalario, o en la Atención Primaria, su conexión con el médico es estrecha. Sin embargo, estos agentes sanitarios tienen escasa relación con los farmacéuticos¹²⁵. Tal conexión es prácticamente inexistente en el ámbito de la Farmacia Comunitaria. No obstante, parece evidente que el reconocimiento de una cierta capacidad de prescripción a las enfermeras conducirá a un incremento de su relación con el farmacéutico. Cuando le sea solicitado, este profesional podrá aportar al personal de enfermería el oportuno consejo sobre las especialidades farmacéuticas. Asimismo, podrá cooperar en la elaboración y desarrollo de los oportunos protocolos.

c) Las relaciones interprofesionales

Un dato a destacar – que no suele ser puesto de manifiesto, quizás debido a rígidos y estratificados plantea-

¹¹⁶ Sin embargo, también hay estudios que cuestionan que la estrecha colaboración entre el médico y el farmacéutico sea tan beneficiosa como cabría esperar. Vid. Muijers, P.E.M. et al. “Differences in prescribing between GPs. Impact of the cooperation with pharmacists and impact of visits from pharmaceutical industry representatives”, *Family Practice*, 22: 628, 2005.

¹¹⁷ Kraska, J. et al. “Pharmacist-led medication review in patients over 65: a randomized, controlled trial in primary care”, *Age and Ageing*, 30: 205-11, 2001.

¹¹⁸ Sellors, J. et al. “A randomized controlled trial of a pharmacist consultation program for family physicians and their elderly patients”, *Canadian Medical Association Journal*, 169 (1): 17-22, 2003.

¹¹⁹ Guy, J.; Persaud, J.; Davies, E., y Harvey, D., op. cit., pág. 278.

¹²⁰ Gross, Z. “Helping to avoid hospital admissions”, *Prescribing & Medicines Management*, 2005, pág. 17, september: PMI

¹²¹ Garrido E. *La Farmacia hospitalaria se integra en el área clínica*. [http://www.websalud.com/articulo.html?d_date=&xref=20060322salwsf ar_6&ty\(visitado el 27.03.2006\)](http://www.websalud.com/articulo.html?d_date=&xref=20060322salwsf ar_6&ty(visitado el 27.03.2006))

¹²² Muijers, P.E.M. et al., op. cit., pág. 625.

¹²³ Wazana, A. “Physicians and the pharmaceutical industry: is a gift ever just a gift?”, *Journal of American Medical Association*, 283 (3): 373-380, 2000. También se ha evidenciado que un mayor contacto con la industria farmacéutica puede ir asociado con una prescripción menos ajustada a los protocolos profesionales. En: Muijers, P.E.M. et al., op. cit., pág. 627.

¹²⁴ Sobre la integración de las enfermeras en el equipo sanitario se puede consultar: Wiles, R. “Teamwork in primary care: the views and experiences of nurses, midwives and health visitors”, *Journal of Advanced Nursing*, 20: 324-330, 1994.

¹²⁵ While, A.; Shah, R., y Nathan, A., op. cit., pág. 165

mientos profesionales-, es que, en ocasiones, hay más aspectos en común entre miembros de distintas carreras sanitarias que entre los integrantes de un mismo colectivo¹²⁶. De ahí que sea inadecuado contemplar a los distintos profesionales como agentes estáticos, integrados en estructuras homogéneas, compactas y diferenciadas del resto de sectores sanitarios.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la misma sostenibilidad de los sistemas de salud depende, en cierta medida, de una dinámica y abierta asignación de los roles entre los profesionales sanitarios. Esto se desprende, por ejemplo, del Informe “*HealthCast 2020*” elaborado por *Pricewaterhouse Coopers*¹²⁷. En dicho estudio -en el que se exponen las áreas clave sobre las que habría que trabajar para conseguir la sostenibilidad de los sistemas sanitarios-, se otorga un papel relevante a la adaptabilidad y flexibilidad de los profesionales. La propuesta se formula en los siguientes términos:

“-Adaptabilidad de roles profesionales y estructuras organizativas. La flexibilidad en las estructuras organizativas y en los roles profesionales abre puertas hacia una organización centrada en los pacientes. Muchas veces las organizaciones corporativas, los organismos reguladores e incluso los propios ciudadanos son un obstáculo para esta necesaria flexibilidad. La rigidez de los roles clínicos impregna los programas de formación, las titulaciones y las propias preferencias de los pacientes.

Sin embargo, *esta adaptabilidad está en el corazón de la sostenibilidad de los sistemas sanitarios*. Un ejemplo de la necesidad de adaptabilidad es el rol de las enfermeras, que, a todo lo largo del mundo, se están expandiendo. Australia, en particular, está abordando este problema desde hace diez años. El cometido de las enfermeras australianas varía por regiones, pero, en general, pueden solicitar pruebas diagnósticas, prescribir medicamentos y referir pacientes a otros centros. Tienen también un papel relevante en la atención primaria y de pacientes crónicos. Por ejemplo, los enfermeros en Australia están autorizados para controlar el tratamiento diario de los pacientes con insuficiencia cardíaca”.

III.3.1. La evolución de las profesiones.

Ya hemos señalado la importancia de superar el concepto estático de profesión, basado en la idea de que ésta es una realidad ya definida, cerrada y pre-

determinada, llamada a desempeñar el mismo cometido a lo largo de los años. Por el contrario, entendemos que el sentido y función de cada profesión vendrá definido por su servicio a la sociedad. Por ello, irá variando al compás de los cambios sociales. Estos determinarán, incluso, que surjan nuevas profesiones o que desaparezcan otras¹²⁸. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la profesión farmacéutica. En la sociedad actual carece de sentido la figura del boticario recolector de plantas, que con sus morteros y matraces consigue “artesanalmente” una forma farmacéutica. Tal modelo, que históricamente tuvo un sentido, quedó obsoleto a comienzos del siglo XX¹²⁹. El diferente papel que actualmente desempeña el farmacéutico ha influido, incluso, en la enseñanza de la profesión, modificando su metodología y contenidos (así, por ejemplo, los conocimientos relativos a la figura del “farmacéutico artesano” corresponden ahora a la materia de la Historia de la Farmacia).

En consecuencia, no se puede apelar a lo que “es”, o “ha sido”, una profesión para impedir su evolución. Un planteamiento de ese tipo no respondería al bien de la sociedad, sino a un razonamiento corporativista. Por otro lado, no se puede ignorar que un concepto dinámico y flexible de las profesiones favorece su desarrollo y evolución, así como la integración de los distintos agentes sanitarios en un proyecto común. Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en la oferta de “servicios mejorados”¹³⁰ que, en el año 2005, publicaron conjuntamente *The Pharmaceutical Services Negotiating Committee*, el *Department of Health* y la *NHS Confederation*. Su objetivo era ofrecer a los farmacéuticos la oportunidad de desarrollar nuevos roles y funciones. La propuesta incluía los siguientes diez puntos: supervisión de la administra-

¹²⁸ Esta visión es defendida en el trabajo publicado por Departamento de Salud del Reino Unido con el título: “*Guidance for the Development of Consultant Pharmacist Posts*”. En: <http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/10/74/95/04107495.pdf>

¹²⁹ “However, as the 20th century unfolded, the role of the pharmacist changed significantly. Drug product selection and refill authority were relinquished to the physician. Drug therapy recommendations differing from those of the prescribing physician were defined unethical. The advent of commercially available pharmaceuticals reduced the need for compounding expertise. Accessibility to the pharmacist for drug therapy guidance was diminished as increased prescription productivity became the focal point of a successful community practice. As a result, by the mid-1900s, the pharmacist’s purpose had significantly changed from that of a trusted health care advisor to that of a drug dispenser”. Kvanz, D.A. “A distinctive competency”, *American Journal Health-System Pharmacy*, 63 (9): 820, 2006.

¹³⁰ “Enhanced services: what is on offer”, *The Pharmaceutical Journal*, 275: 341-342, 2005.

¹²⁶ Hudson, B., *op. cit.*, pág. 16.

¹²⁷ http://www.consultoras.org/frontend/plantillaAEC/noticia.php?id_noticia=4689.

ción de medicinas especiales de prescripción -como, por ejemplo las usadas en dependencia de opiáceos-; intercambios agujas y de jeringuillas; dispensación de medicinas especiales -por ejemplo, las usadas en cuidados paliativos o en meningitis bacteriana-; servicio de apoyo para dejar de fumar; asistencia a domicilio; asistencia en el cumplimiento farmacológico; supervisión de toda la medicación; atención en dolencias menores; facilidades en el acceso a las medicinas, mejorando los horarios; y prescripción suplementaria.

En conclusión, consideramos que el momento actual es muy oportuno para reflexionar sobre el sentido y razón de ser de cada una de las profesiones sanitarias, sobre las funciones que actualmente desempeñan, así como sus perspectivas de futuro. Tales consideraciones deben ser abordadas desde un punto de vista dinámico, que tenga especialmente en cuenta la implicación e interacción entre todas ellas¹³¹. En esta línea, la reflexión podría partir de la constatación de los datos diferenciales - entendidos como valores y aportaciones de cada profesión sanitaria-, para proseguir con el diseño de un proyecto de armonización común, incluyendo una equilibrada distribución de las competencias de cada sector profesional¹³².

III.3.2. La importancia de la formación para la integración del equipo sanitario.

En aquellas áreas en las que se han realizado trabajos piloto de interacción entre los agentes sanitarios, se ha constatado que, cuando se establecen mecanismos de formación para fomentar la integración, se obtienen, a corto plazo, resultados positivos en este campo. Tal formación puede llevarse a cabo a través de programas conjuntos, acciones coordinadas de prevención o cuidado de los pacientes, etc. No obstante, estas acciones tienen, en la mayoría de los casos, un ámbito temporal y material excesivamente limitado y ello les resta eficacia.

Por ello, consideramos que, a medio y largo plazo, la vía más efectiva para potenciar y armonizar las

relaciones interprofesionales, pasa por fomentar la educación en este aspecto, no sólo a nivel de postgrado, sino también en otros estadios de la formación profesional. Este proceso debería comenzar en el ámbito universitario¹³³ y seguir, más tarde, a través de la formación continuada¹³⁴.

Ciertamente, el enfoque actualmente predominante en la universidad no es muy acorde con este planteamiento. Por ejemplo, en el caso de los médicos, lo habitual es que durante los seis años de la licenciatura se les muestre una visión parcial, y muy limitada, de lo que es la enfermería. De ahí que, en el ejercicio profesional, a muchos de los facultativos actuales les cueste considerar al enfermero como un agente sanitario más del equipo.

No obstante, en los últimos años se están desarrollando, desde diversos sectores, muchas iniciativas más progresistas. Un ejemplo de ello son los cursos propuestos por *The European Society of Clinical Pharmacy* para desarrollar la Farmacia Clínica¹³⁵. En ellos siempre se requiere la colaboración de diferentes profesionales -médicos, farmacéuticos y enfermeros-. Con ello se pretende que los alumnos asuman que el trabajo en equipo no sólo es más beneficioso, sino incluso una verdadera necesidad si lo que se pretende es conseguir una atención más completa e integral al paciente.

III.4. Beneficios de la prescripción dependiente y compartida

III.4.1. Facilitar el acceso a los medicamentos.

En sistemas sanitarios con cierto grado de saturación asistencial, la prescripción dependiente, o compartida, ofrece un beneficio material indudable: mejora el acceso de los pacientes a los medicamen-

¹³¹ Hudson, B., op. cit., pág. 15. En este sentido, el artículo 4.7 e) de la ya mencionada Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, afirma que el ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo desde "la progresiva consideración de la interdisciplinariedad de los equipos profesionales en la atención sanitaria".

¹³² Para ello, hay que tener en cuenta que unas nuevas funciones conllevan sus correlativas responsabilidades. Newdick, C. "Pharmacist prescribing - new rights, new responsibilities", *The Pharmaceutical Journal*, 270: 25, 2003.

¹³³ Para Chantler, es necesario educar para trabajar en equipo, tanto en el grado como en el postgrado. Chantler, C. "The second greatest benefit to marking?", *Lancet*, 360: 1875, 2002

¹³⁴ En el ámbito farmacéutico ya ha habido experiencias en este sentido con la Atención Farmacéutica. Desde su implantación en Europa se constató la necesidad de integrar la necesaria formación a varios niveles. Para Van Mil, "es obvio que si la Atención Farmacéutica debe avanzar en Europa, no sólo la formación farmacéutica debería mejorarse, sino también el farmacéutico en ejercicio que ya ha dejado la universidad debe cambiar su orientación al producto por una orientación al paciente". Van Mill, J.W.F. "Atención Farmacéutica en Farmacia Comunitaria en Europa, retos y barreras", *Pharmaceutical Care España*, 2: 55, 2000.

¹³⁵ Azzopardi, L.M. "The need for interdisciplinary cooperation and teamwork", *European Society of Clinical Pharmacy News*, 127: 6, 2005.

tos, ya que se evitan reiteradas visitas al médico, fundamentalmente si se trata de un medicamento de repetición.

Pero esta medida no sólo redundaría a favor del paciente. También permite rentabilizar mejor las habilidades y competencias de los distintos profesionales sanitarios. Por último, ofrece ventajas a las Administraciones sanitarias: consigue descargar de “enfermedades menores” a los centros de salud y hospitales, logrando así mayores cotas de eficacia y un ahorro en la atención sanitaria¹³⁶. En las páginas siguientes abordaremos estos aspectos.

III.4.2. Disminuir la presión sobre el médico.

La prescripción dependiente o compartida también alivia la presión asistencial que padecen los médicos, al desviar a algunos pacientes de la consulta. Esta situación facilita que estos profesionales puedan dedicar más tiempo a aquellos enfermos que requieren un diagnóstico y una primera prescripción. Es evidente que el factor temporal es un elemento fundamental en la atención sanitaria: entre otras cosas, repercute en un menor número de errores médicos y en una más completa información al paciente. Desde la perspectiva del médico un incremento del tiempo disponible para cada enfermo implica, indudablemente, un mayor nivel de satisfacción profesional. Tal situación tendrá también una clara repercusión en el tono y estilo del centro de salud u hospital.

No obstante, no todos los afectados contemplan estas medidas con idéntica perspectiva. Por ejemplo, al ser planteada en España la posibilidad de que los enfermeros prescribieran, el Presidente del Sindicato de Médicos de Asistencia Pública manifestó públicamente que la solución al problema de la presión asistencial al que es sometido el médico “no es atribuir funciones que no le corresponden ni por ley ni por formación a otras profesiones, sino adecuar el número de médicos a las necesidades asistenciales y proporcionar a éstos medios de gestión adecuados”¹³⁷.

III.4.3. Rentabilizar las competencias y habilidades de otros profesionales.

Con la prescripción dependiente o compartida se pueden aprovechar mejor los conocimientos y las habilidades que conlleva la formación de otros profesionales sanitarios, como los farmacéuticos y el personal de enfermería. En este sentido Costa señala que “la coordinación de la prescripción supone aceptar, quizás de una vez, el papel de otros profesionales sanitarios (diferentes de los médicos) capacitados para desarrollar una tarea suplementaria que hasta ahora era simplemente complementaria”¹³⁸.

Existen distintos trabajos que demuestran que esta colaboración, principalmente si es en un área especializada, ofrece innumerables ventajas. Los profesionales son capaces de complementarse y así pueden adquirir una visión más completa de la enfermedad y del enfermo. Como indican Emmerton y col.¹³⁹, la aportación de la experiencia profesional de cada uno de los miembros del equipo dedicado al cuidado de la salud elimina ineficacia y aminora el esfuerzo. Tal colaboración interprofesional cobra más importancia en aquellas especialidades en las que el desarrollo de la enfermedad depende de una mayor confluencia de factores¹⁴⁰.

Por otra parte, se ha comprobado que cuando esa integración ha sido real, los distintos profesionales -médicos, enfermeros y farmacéuticos-, al comprobar los beneficiosos resultados de la complementariedad, adquieren confianza mutua, aceptando los roles de los demás¹⁴¹. Ello, a su vez, potencia la creación de vínculos que derivan en acciones integradas y en el surgimiento de equipos compactos. En este sentido, Sotubo y Acott, farmacéuticos que realizan prescripción suplementaria en Atención primaria, en un trabajo titulado *How to implement supplementary prescribing in primary care clinics*¹⁴² han afir-

¹³⁶ Fryklöf, L. “Dispensing Doctors and Prescribing Pharmacists – Where is the borderline?”, *Journal of Social and Administrative Pharmacy*, 3: 160, 1994.

¹³⁷ *El Mundo*, 23 de diciembre de 2005.

¹³⁸ Costa i Font, J. *Prescripción suplementaria: evidencia del Reino Unido*. <http://db.doyma.es/cgi-bin/wdbcgi.exe/doyma/mrevista/fulltext?pid=13082025>

¹³⁹ Emmerton, L.; Marriott, J.; Bessell, T.; Nissen, L., y Dean, L., *op. cit.*, pág. 217.

¹⁴⁰ Miller, D.; Lucas, B.; Bennett, J., y Gray, R. “Supplementary prescribing by mental health nurses seems promising”, *British Medical Journal*, 331: 1337.

¹⁴¹ Leape, L.; Cullen, D.J.; Dempsey, M.; Burdick, E.; Demonaco, H.J.; Erickson, J.I., y Bates, D.W., *op. cit.*, pág. 270.

¹⁴² Sotubo, B., y Acott, K. “How to implement supplementary prescribing in primary care clinics”, *Prescribing & Medicines Management*, 2005, pág. 17 september: PM4.

mado que el contacto directo con otros profesionales, y la remisión de pacientes entre unos y otros (incluso entre enfermeros y farmacéuticos), refuerza de una forma notoria las relaciones entre todos ellos.

III.5. Problemática de la prescripción dependiente y compartida.

III.5.1. La crítica a la falta de capacidad para prescribir de enfermeros y farmacéuticos.

Hasta ahora se han expuesto algunas de las razones por las que el modelo de prescripción dependiente y compartida puede ser beneficioso, no sólo para los pacientes, sino también para todos los profesionales implicados. No obstante, ya se ha señalado que no todo el sector médico comparte esta opinión. Así, se ha cuestionado la capacidad de farmacéuticos y enfermeros¹⁴³ para realizar esta práctica, apelando a que carecen de competencia para ello. En este sentido, se argumenta que durante su periodo de formación, no han sido capacitados, al menos de una forma directa, para prescribir. En consecuencia, tal actuación, en caso de ser permitida, podría comprometer la seguridad de los pacientes¹⁴⁴.

Ciertamente, para prescribir se requieren unas específicas competencias como, por ejemplo, el conocimiento de los efectos adversos de la medicación, la interacción con otra especialidad farmacéutica o con un alimento, la farmacocinética o farmacodinamia del proceso... Pero todos estos aspectos son propios y característicos de la formación académica del farmacéutico. Por el contrario, no todos ellos se encuentran presentes en la de los médicos. En consecuencia, en un marco de prescripción dependiente, los farmacéuticos tendrían unos conocimientos básicos que les facultarían para llevar a cabo esta acción. Por ello, no parece acertado basarse exclusivamente en las carencias formativas de los farmacéuticos para

negarles la posibilidad de acceder a este tipo de prescripción¹⁴⁵.

Con respecto a la enfermería, también son numerosas las críticas, principalmente de la clase médica, que alertan sobre el "peligro" que implica reconocer a las enfermeras competencias en el ámbito de la prescripción. Estas afirmaciones se apoyan en el hecho de que, según algunos, la formación de la enfermera carece de la profundidad y amplitud requerida para esa función¹⁴⁶.

Frente a ello, cabría responder que los profesionales de la enfermería poseen los conocimientos básicos de su diplomatura y, además, pueden adquirir otros complementarios en cursos de postgrado que les acrediten para las nuevas funciones a desempeñar¹⁴⁷. Tal formación complementaria podría enfocarse, directamente, hacia aspectos esenciales de la prescripción como, por ejemplo, las materias de Fisiopatología o Farmacología.

La práctica ha demostrado que, en el caso de la enfermería, la formación continuada ha ido abriendo nuevos campos, con las consiguientes responsabilidades, en la atención a los enfermos. Incluso, se ha llegado a afirmar que, en la actualidad, la enfermería está viviendo una situación emergente, que podría ser calificada de "silenciosa revolución"¹⁴⁸. Tal dinámica está propiciada por la inquietud profesional de este sector, que ha impulsado a sus integrantes a adquirir una formación cada vez más rigurosa.

Se han realizado varios estudios en los que se demuestra que la prescripción realizada por farmacéuticos o enfermeros es apropiada. Estos trabajos han estado dirigidos a evaluar ciertos parámetros, como

¹⁴³ Incluso, se ha llegado a afirmar, con cierta ironía, que las enfermeras quieren convertirse en "mini-doctores". Desde este sector profesional se ha respondido que, si hay que aplicarles un calificativo, teniendo en cuenta las funciones que desempeñan, el más adecuado sería el de "maxi-enfermeras" (Young, G. "The nursing profession's coming of age", *British Medical Journal*, 331: 1415, 2005.). En cualquier caso, carecen de rigor las acusaciones, dirigidas a las enfermeras, de querer equipararse con los médicos, ya que lo que fundamentalmente se pretende es rentabilizar al máximo las posibilidades que les ofrece su formación.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Además, hay que tener en cuenta que, en el ámbito internacional, las organizaciones oficiales de farmacéuticos y enfermeros están desarrollando importantes iniciativas para capacitar a sus profesionales y llevar a cabo el oportuno seguimiento de cada una de las actividades que se ejercen. Por ejemplo, The Royal Pharmaceutical Society, ya en el año 1999, se refería a la necesidad de establecer mecanismos de formación y supervisión de cara a la posibilidad de que se admitiera la prescripción por parte de los farmacéuticos británicos. "Counter prescribing guide to be drafted", *The Pharmaceutical Journal*, 263: 814, 1999.

¹⁴⁶ Roscoe, T.J. "Not a successful as it looks", *British Medical Journal*, 332: 51, 2006.

¹⁴⁷ En el ya mencionado documento "Improving patients' access to medicines: A guide to implementing Nurse and Pharmacist independent prescribing within the NHS in England" se establece determinadas condiciones para las enfermeras: así, por ejemplo, éstas "should have the ability to study at Level 3 (degree level)" y "should normally have at least three years' post-registration clinical nursing experience,..."

¹⁴⁸ Young, G., *op. cit.*, pág. 1415.

grado de eficacia, seguridad, aceptación por los pacientes, etc. En el ámbito de la enfermería los resultados han sido favorables. En este sentido, podría citarse un interesante estudio, realizado por la Escuela de Enfermería de la Universidad de Southampton y publicado con el título de “*An evaluation of extended formulary independent nurse prescribing: executive summary*”¹⁴⁹. En el trabajo se concluye afirmando que la prescripción por parte de los enfermeros es una práctica segura, clínicamente apropiada y eficaz. Además, moderniza y flexibiliza el sistema sanitario, al permitir aprovechar de manera más óptima la capacidad de los enfermeros. Asimismo, facilita el acceso a los medicamentos por parte de los pacientes.

No obstante, entendemos que los datos que aportan estos trabajos no pueden considerarse totalmente concluyentes. La razón es que se basan en estudios descriptivos¹⁵⁰ de programas pilotos, que parten de una muestra sesgada de profesionales, muy proclives a estas nuevas prácticas. Tales agentes son conscientes de su carácter de pioneros de una nueva modalidad profesional, cuyo futuro puede depender de los resultados obtenidos con su trabajo. Este dato nos lleva a concluir que, aunque todo parece apuntar al predominio de los aspectos positivos, es prematuro realizar afirmaciones concluyentes sobre los beneficios o riesgos de estas nuevas modalidades de prescripción.

Por otro lado, en el ámbito farmacéutico, muchos de estos estudios han llegado a la conclusión de que no todos los profesionales podrían acceder a esta forma de prescripción. Tan sólo aquellos que adquirieran una formación específica, como puede ser la de los farmacéuticos hospitalarios. Esta conclusión también podría aplicarse a los enfermeros¹⁵¹.

Por último, cabe señalar que, tras las críticas a esta nueva modalidad de prescripción, también se adivina el temor a la pérdida, por parte de otros agentes sanitarios, de su actual status en el modelo asistencial. En este sentido, no hay que olvidar que, en muchas sociedades actuales, la asistencia sanitaria

responde a un modelo piramidal en el que el médico ocupa su vértice superior¹⁵².

III.5.2. Mecanismos de acreditación de los nuevos prescriptores.

Con independencia de la formación básica, propia de farmacéuticos y enfermeros, en todos los países en los que se han regulado formas de prescripción suplementaria, se han establecido mecanismos conducentes a la obtención de la acreditación como prescriptor. Los programas formativos tienen diversa estructura y contenido. Wilson, en un trabajo titulado “*The development of a curriculum for supplementary prescribing*” resume algunos de los objetivos a conseguir por estos programas: desarrollo de unas relaciones eficaces con los otros profesionales sanitarios; comunicación y consulta real con pacientes y cuidadores; introducción en el examen físico de los pacientes; monitorizar las respuestas de la terapia en los pacientes y comprobar que el tratamiento es el adecuado; evaluar las necesidades de medicamentos de los pacientes, teniendo en consideración sus deseos y valores; prescribir con seguridad, apropiadamente, tanto desde la perspectiva clínica como de la económica; identificación y uso de las fuentes de información, consejo y decisión; reconocimiento, evaluación y respuesta a las influencias recibidas en la prescripción; desarrollo y documentación de un plan clínico en el contexto de una prescripción compartida; adaptar una estructura legal y profesional de responsabilidad; y adoptar una actitud reflexiva en la prescripción¹⁵³.

Con respecto a los requisitos exigidos para obtener la acreditación, es muy importante fijarlos de manera clara y taxativa. En caso contrario, se corre el

¹⁵² De ahí que, tras el anuncio en Gran Bretaña del acceso de las enfermeras a la prescripción se hayan alzado las voces de numerosos facultativos llamando “a la cordura”. También, sólo partiendo de estos presupuestos se pueden entender afirmaciones en el sentido de que “los asistentes sanitarios quieren jugar a ser enfermeros, los enfermeros a ser médicos, y los médicos a ser gerentes” (Coull, R.S. “The death of nursing, the dumbing down of medicine”, *British Medical Journal*, 332: 51, 2006).

¹⁵³ Wilson, P., *op. cit.*, pág. 21. Este autor también aporta un “Curriculum summary”: “Consultation and decision making; influences on and psychology of prescribing; prescribing in a team context; update on relevant aspects of basic and applied therapeutics; principles and methods of monitoring; evidence-based practice and clinical governance in relation to supplementary prescribing; legal, policy, professional and ethical aspects; prescribing in the public health context”.

¹⁴⁹ www.dh.gov.uk/assetRoot/04/11/40/86/04114086.pdf

¹⁵⁰ Avery, A.J., y Pringle, M., *op. cit.*, pág. 1154.

¹⁵¹ *Ibid.*, pág. 1155.

riesgo de generar disputas profesionales e, incluso, injustas discriminaciones¹⁵⁴.

En Inglaterra, la *Royal Pharmaceutical Society* comenzó, en el año 2002, a establecer las bases de un programa educativo para los farmacéuticos prescriptores¹⁵⁵. La acreditación la verifica el Colegio de farmacéuticos local, una vez obtenida la certificación correspondiente a la formación recibida y al cumplimiento de los requisitos legales.

En este país se ha llegado, incluso, a establecer ciertos requisitos para el acceso a los cursos acreditativos. Así, por ejemplo, se exige que el prescriptor sea avalado y requerido por una organización de atención primaria y que, además, el farmacéutico y el patrocinador determinen que médico va a asesorar y supervisar al primero durante su periodo de prácticas¹⁵⁶.

En el año 2003 se implantó el primer curso de acreditación para la prescripción dirigido a farmacéuticos. Fue impartido en la *Keele University* y obtuvo el respaldo de la *Royal Pharmaceutical Society*¹⁵⁷. En esas fechas, dicha institución ya había recibido la solicitud de avalar los cursos de acreditación para la prescripción de otros 10 centros educativos. Ante tal demanda, la *Royal Pharmaceutical Society* perfiló un programa al que deberían acomodarse los cursos que pretendieran ser avalados. Ese proyecto formativo debería cubrir las áreas de consulta y decisión; influencias en la prescripción; prescripción en el contexto del equipo sanitario; terapéutica; métodos de monitorización; evidencia basada en la práctica y en la clínica; aspectos éticos y legales; y el contexto de la salud pública. En cuanto a la duración del curso, se estimó que eran suficientes 25 días de docencia teórica y 12 de prácticas¹⁵⁸. Con respecto a las enfer-

meras, en Inglaterra se ha establecido un periodo de formación de 25-27 días, a lo largo de seis meses¹⁵⁹.

La existencia de requisitos para obtener la acreditación no es algo, en principio, rechazable. No obstante, puede llegar a tener consecuencias desestabilizadoras sobre el equilibrio de las atribuciones asignadas a un determinado grupo profesional. Esto puede comprobarse, por ejemplo, en relación al personal de la Oficina de Farmacia¹⁶⁰. Dado que tal acreditación debe otorgarse a título individual, puede ocurrir que parte de los integrantes de la plantilla de la Farmacia queden al margen de la misma. Ello daría lugar a la existencia de distintas formas de actuar dentro de un mismo centro de trabajo. Este problema se podría acentuar más aún en el caso de Enfermería, teniendo consecuencias drásticas para el médico. Este, dependiendo del turno de enfermeras correspondiente, tendría que asumir todas las atribuciones en la prescripción, o bien las compartiría con el personal de enfermería.

III.5.3. El incremento de la presión asistencial sobre farmacéuticos y enfermeros.

Ya se ha hecho referencia a que la admisión de la modalidad de prescripción dependiente disminuiría la presión asistencial sobre los médicos; pero, correlativamente, incrementaría la de farmacéuticos y enfermeros. Esta nueva situación tendría repercusiones sobre el modelo de actuación de estos profesionales¹⁶¹. Incluso, en ocasiones, será necesario llevar a cabo inversiones económicas. Por ejemplo, en Enfermería se requerirán programas informáticos específicos que faciliten esta nueva práctica¹⁶². En el caso de la Farmacia, se necesitarán de nuevas infraestructuras: por ejemplo, un área de consulta privada en las Oficinas de Farmacia. También se pueden plantear otras exigencias: la existencia de más de un farmacéutico por establecimiento, la elaboración de un formulario para farmacéuticos que prescriben y un registro central de los pacientes...¹⁶³.

¹⁵⁴ Granby, T. "Lessons learnt from the nurse prescribing experience", *The Pharmaceutical Journal*, 270: 24, 2003.

¹⁵⁵ En este sentido, en el artículo 19 del mencionado documento "Improving patients' access to medicines: A guide to implementing Nurse and Pharmacist independent prescribing within the NHS in England", se establece que: "Pharmacists should have at least two years' experience practising as a pharmacist in a clinical environment, in a hospital or a community setting, following their pre-registration year after their graduation. Organizations who put forward pharmacists for independent prescribing should assure themselves that the pharmacist is competent to prescribe in the area in which they will prescribe following training".

¹⁵⁶ Wilson, P., *op. cit.*, pág. 21.

¹⁵⁷ "Green light for prescribing training", *The Pharmaceutical Journal*, 270: 884, 2003.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Wilson, P., *op. cit.*, pág. 22.

¹⁶⁰ Ferner, R.E. "Dispensing with prescriptions", *British Medical Journal*, 308: 1316, 1994.

¹⁶¹ Emmerton, L.; Marriott, J.; Bessell, T.; Nissen, L., y Dean, L., *op. cit.*, pág. 223.

¹⁶² Earwicker, S.C. "Computer systems need to incorporate nurse prescribing", *British Medical Journal*, 331: 1337, 2005.

¹⁶³ Duff, N., *op. cit.*, pág. 26

Por último, a la presión producida por la asunción de mayores competencias, hay que sumar la generada por la necesidad de establecer controles para el seguimiento de la labor asistencial -auditorias-. Este incremento de responsabilidades¹⁶⁴ podría ocasionar, si no se tomaran las oportunas medidas preventivas y correctoras, una merma en la calidad general de la atención sanitaria de estos profesionales.

III.5.4. El debilitamiento de la relación médico-paciente.

Una de las razones que se han alegado en contra de la admisión de la prescripción suplementaria es la relativa a la incidencia de esta práctica sobre la relación entre el médico y el paciente¹⁶⁵. En este sentido, se afirma que tal conexión podría verse debilitada en el caso de que en el proceso de la prescripción intervinieran otros profesionales.

Sabemos que la confianza médico-paciente es un requisito imprescindible para una buena asistencia. Asimismo, el seguimiento farmacoterapéutico requiere de una continuidad que garantice su eficacia y seguridad. No obstante, estos aspectos no necesariamente se verían mermados en el supuesto de que se admitiera la prescripción suplementaria. Cuestión distinta es la propia percepción de los profesionales. Esta dependerá del modo en que se entienda el papel de los diferentes agentes en el seguimiento farmacoterapéutico. Por ejemplo, si se parte de una visión del trabajo de médicos, enfermeros y farmacéuticos, constreñida a compartimentos independientes y sin conexión, cualquier "intromisión" en el nicho de uno de estos profesionales será interpretada como un factor de distorsión. Sin embargo, si la labor de estos agentes sanitarios se entiende como un "continuum"¹⁶⁶, la desviación de una u otra actividad hacia otro sector se contemplará como un mecanismo diri-

gido a mejorar la atención del paciente, y no como una "invasión" de otro profesional.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, en la actualidad, la relación médico-paciente ha variado con respecto a otras épocas históricas. Y ello, hasta el punto de que la figura del entrañable "médico de cabecera", que tan bien reflejan las novelas de finales del XIX y principios del XX, es una excepción en el siglo XXI. Siguiendo a Hepler¹⁶⁷, "los profesionales...a menudo, parecen despreciar la importancia del paciente como un participante activo...normalmente fluye muy poca información específica sobre el paciente del médico al farmacéutico...". Este cambio se debe a varios factores: la falta de tiempo en la visita médica, el flujo de médicos sustitutos, la especialización en la atención... También tiene relación con el nuevo papel que ha adoptado el paciente -o su cuidador, en el caso de menores o impedidos-, en el proceso de toma de decisiones, o en la administración de los medicamentos.

En definitiva, la prescripción dependiente o compartida no implica para el paciente una merma en eficacia o seguridad en el seguimiento del tratamiento farmacológico. Más bien, podría afirmarse lo contrario, ya que se incorporan al proceso otros profesionales que cooperan en la consecución de una óptima asistencia sanitaria.

III.5.5. Los conflictos de intereses en la dispensación.

Existe un conflicto de intereses¹⁶⁸ cuando concurren ciertas condiciones que pueden inclinar al profesional a adoptar, como objetivo prioritario de su trabajo, no el bien del paciente, sino otros intereses: como, por ejemplo, un posible beneficio económico, la obtención de una prebenda, un mayor prestigio público para él o sus colegas, un incremento de cuota de poder profesional...

Aunque hay que presuponer la integridad de los profesionales, este riesgo puede aparecer cuando, en un mismo profesional -en este caso, en el farmacéutico-, se concentran las funciones de prescripción y dispensación. Si un farmacéutico de Oficina de Far-

¹⁶⁴ Se ha podido establecer una correlación entre una mayor presión, en el trabajo del farmacéutico, con un menor control en su ejecución. Caamaño, F.; Tomé-Otero, M.; Takkouche, B., y Gestal-Otero, J.J., *op. cit.*, pág. 13.

¹⁶⁵ En la Deontología médica y en la Bioética se destaca la idea de que uno de los pilares de la asistencia sanitaria es la confianza entre el profesional y el paciente. Por ejemplo, Pellegrino mantiene que el paciente es un ser humano vulnerable, que está enfermo y atraviesa una situación de dependencia y ansiedad. En esa situación, necesita de alguien que le ayude: el profesional de la salud. La peculiaridad de esa relación exige que se base en la mutua confianza entre los distintos agentes implicados. Vid. Pellegrino, E.D. "Toward a Virtue-Based Normative Ethics for the Health Professions", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 5 (3): 253-277, 1995

¹⁶⁶ Young, G., *op. cit.*, pág. 1415

¹⁶⁷ Hepler, C.D. "Hacia una mejora sistemática del uso de medicamentos en el ejercicio comunitario. Una nueva perspectiva en atención Farmacéutica", *Pharmaceutical Care España*, 1: 433, 1999.

¹⁶⁸ Thompson, D.F. "Understanding financial conflicts of interest", *The New England Journal of Medicine*, 329: 573-576, 1993.

macia tiene que prescribir una especialidad farmacéutica, existe el peligro de inclinarse por aquella con la que obtenga un mayor beneficio económico o, al menos, una menor pérdida. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando el motivo de selección venga determinado por la caducidad del medicamento. Por ello, este factor deberá ser tenido en cuenta al regular la prescripción farmacéutica independiente, fundamentalmente en la Oficina de Farmacia.

No ocurre lo mismo con otras modalidades del ejercicio de la profesión farmacéutica y, en general, en aquellos procesos en los que existe una mayor conexión con el médico. Este es el caso de los farmacéuticos hospitalarios y de Atención primaria, ya que estos profesionales no obtienen ningún beneficio particular por la selección de una determinada especialidad farmacéutica.

No obstante, conviene tener en cuenta que en el ámbito hospitalario pueden surgir otros conflictos de intereses¹⁶⁹. Ello es debido a que, por ejemplo, la industria farmacéutica sufrag¹⁷⁰ la formación continuada de estos profesionales¹⁷¹. Las Compañías pueden subvencionar la asistencia de un determinado facultativo a un congreso, curso o simposio, bien tener con él ciertos "detalles". A su vez, los médicos, enfermeros o farmacéuticos pueden sentirse obligados a corresponder a esas atenciones a través de las prescripciones.

Este pernicioso ciclo es una realidad. Por ello, en el artículo 70 de la ya mencionada Guía británica para la implantación de la prescripción independiente por parte de enfermeros y farmacéuticos se indica lo siguiente: "*Personal Gifts are prohibited, and it is an offence to solicit or accept a prohibited gift or inducement. Companies may also offer hospitality at a professional or scientific meeting or at meetings held to promote medicines, but such hospitality should be reasonable in level and subordinate to the main purpose of the meeting*"¹⁷².

169 El problema también se plantea en relación a la prescripción de las enfermeras. A esta cuestión se dedican los artículos 25 al 30 del Documento británico "Improving patients' access to medicines: A guide to implementing Nurse and Pharmacist independent prescribing within the NHS in England".

170 López Guzmán, J. *Ética en la industria farmacéutica. Entre la economía y la salud*, Pamplona, Eunsa, 2005, pág. 101-115.

171 "Improving patients' access to medicines: A guide to implementing Nurse and Pharmacist independent prescribing within the NHS in England".

III.5.6. La retribución económica por las nuevas atribuciones.

Con la atribución de nuevas competencias, los profesionales deberán invertir más tiempo de trabajo, asumir mayores responsabilidades e, incluso, afrontar inversiones adicionales, fundamentalmente en el sector privado. Por ejemplo, en el caso de los farmacéuticos comunitarios, los mostradores deberán ser adaptados para asegurar una mayor confidencialidad. Asimismo, al dedicar más tiempo a los pacientes, puede surgir la necesidad de contratar a otros profesionales, etc.

Existe un precedente que puede servir de ejemplo: la Atención Farmacéutica (*Pharmaceutical Care*). Su implantación en los distintos países se ha enfocado como un beneficio suplementario que el farmacéutico ofrece, de forma altruista, al paciente y a la sociedad. Además, se entiende que esta práctica también repercute positivamente en el profesional, al permitirle desarrollar mejor sus conocimientos y habilidades.

Esta visión está siendo aceptada, con sustanciales diferencias, en distintos países. Por ello, la Atención Farmacéutica se ha convertido en una realidad que está dando muchos frutos, en lo que se refiere a una mayor eficacia y seguridad en el uso de los medicamentos.

No obstante, su implantación en la Farmacia comunitaria ha requerido de importantes inversiones económicas: programas informáticos, modificaciones en el diseño y distribución del espacio en las Oficinas de Farmacia, contratación de más personal, etc. Tal gasto sólo es compensado, a largo plazo, con una mayor fidelidad de los pacientes. De ahí, que sea frecuente el plantear la necesidad de retribuir al farmacéutico que, no limitándose a la tradicional dispensación, ofrezca el valor añadido que implica la Atención Farmacéutica.

Se trata, sin embargo, de un tema complejo. Ello es debido a varios factores: en primer lugar, si la compensación fuera aportada por la población, debería estar respaldada socialmente. Sin embargo, la realidad demuestra que no siempre se está dispuesto a pagar más por el cuidado de la salud -al menos, voluntariamente-. Por su parte, tampoco la Administración se ha mostrado inclinada a asumir el consiguiente incremento del gasto sanitario. Por último, en el caso de que tal compensación se aprobara, tam-

poco parece sencillo fijar algunos criterios para establecer el monto económico adecuado¹⁷².

III.5.7. El intrusismo profesional.

Sabemos que una de las críticas a la prescripción compartida de farmacéuticos y de enfermeros es la relativa a la falta de cualificación de estos profesionales para desarrollar tal cometido. Incluso, se les acusa de intrusismo, usurpando competencias ajenas¹⁷³. Conviene matizar que, en este contexto, el término intrusismo no remite a la acción consistente en desempeñar una profesión¹⁷⁴ careciendo del título oficial requerido para ello, sino a la asunción de un incremento de competencias profesionales sin haber obtenido un reconocimiento oficial adicional.

En nuestro caso, la cuestión remite, necesariamente, a la “delimitación de los actos propios de una profesión. Deberá entenderse por tales aquéllos cuya realización es atribuida por el ordenamiento jurídico positivo, única y exclusivamente a los individuos de determinadas profesiones, aunque con la matización obligada de que pueden existir actos comunes a dos o más profesiones”¹⁷⁵.

Las denuncias por intrusismo, -en el referido sentido de actuaciones que no respetan los límites de la propia profesión-, no son algo extraño en el ámbito sanitario. Por ejemplo, en la ya mencionada Declaración de la Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado, sobre “Límites de las funciones profesionales de médicos y farmacéuticos” se

denuncia el creciente intrusismo de los farmacéuticos en funciones propias y exclusivas de los médicos. En el punto 2 de dicha Declaración se establece lo siguiente:

“2. La situación que se está creando es preocupante, pues, a juzgar por las apariencias, algunos farmacéuticos quieren adentrarse en un terreno reservado a los médicos y romper el paradigma vigente de estricta separación profesional de las funciones de prescribir y dispensar, una separación que debe conservarse con las necesarias adaptaciones. Pues, del mismo modo que sería imprudente desperdiciar la competencia del farmacéutico en cuanto conocedor de los efectos e interacciones de los medicamentos, sería sumamente imprudente que a ellos se les asignara la capacidad de modificar los planes terapéuticos establecidos por el médico sin el conocimiento y aceptación de éste. Indudablemente, esas modificaciones no autorizadas podrían constituir un supuesto de intrusismo”¹⁷⁶.

176 En los restantes puntos se afirma:

“1. Desde hace algún tiempo, ha ido incrementándose, en el campo de la Medicina, una inquietud creciente, provocada por la expansión de las funciones que los farmacéuticos desempeñan en sus oficinas y que no parecen muy lejos de constituir conductas intrusas. A ello han contribuido cambios de naturaleza e intensidad diversa.

a. En primer lugar, cambios sociales: el elevado consumo de medicamentos costeados por el Sistema Nacional de la Salud, la disminución de la tolerancia a los pequeños achaques y desazones de la vida, la facilidad para obtener del farmacéutico consejos y medicinas, ha hecho crecer el número de personas que acude a las farmacias y ha favorecido el contacto de los farmacéuticos y sus auxiliares con los clientes.

b. En segundo - lugar, cambios en la demografía de la profesión farmacéutica: el exceso de graduados en Farmacia obliga no sólo a los individuos, sino también a las corporaciones profesionales, a tentar nuevas salidas y funciones, que, como es lógico, pueden entrar en conflicto con las poseídas pacíficamente por otras profesiones sanitarias.

c. En tercer lugar, cambios inducidos por ciertos movimientos surgido en el seno de la profesión farmacéutica. Los farmacéuticos han reclamado, en virtud de su condición de expertos en medicamentos, un protagonismo nuevo y autónomo en el seguimiento, control y modificación de los tratamientos prescritos por los médicos. Desean asumir, a través de lo que se ha dado en llamar atención farmacéutica, nuevas funciones y responsabilidades en la programación de los objetivos terapéuticos, en el control de interacciones y efectos adversos de las medicinas, o en la reordenación de los tratamientos complejos. Algunos estiman incluso que se sienten capacitados para hacer el ajuste fino de la terapéutica medicamentosa, a fin de mejorar su efectividad económica y la calidad de vida de los pacientes.

d. Finalmente, algunos cambios legislativos a los que se alude más adelante.

3. Con el fin de evitar conflictos en las relaciones entre farmacéuticos y médicos, y mantener la tradicional cooperación entre ambas profesiones, se ofrece la presente Declaración. En ella, tras hacer referencia a la indefinición de ciertas normas legales sobre la materia, se señalan los fundamentos éticos que favorecen el mantenimiento abierto y constructivo

¹⁷² Así, por ejemplo, la valoración podría hacerse teniendo en cuenta factores como la eficacia, efectividad y eficiencia. Siguiendo a Cabiedes y Eyaralar la eficacia “pretende valorar en qué medida un proyecto puede funcionar”. La efectividad “mide la eficacia de un proyecto en condiciones reales, es decir, la capacidad de alcanzar los resultados perseguidos”. Por último, la eficiencia “constituye un concepto eminentemente económico ya que, a diferencia de los dos anteriores, además de valorar los resultados, contempla el coste económico que acarrea su consecución”. No obstante, como ya se ha indicado, parece complejo ponderar estos parámetros (Cabiedes, L., y Eyaralar, M.T. “Evaluación económica de la Atención Farmacéutica: una aproximación metodológica”, Pharmaceutical Care España, 1: 369, 1999).

¹⁷³ Sobre intrusismo profesional se puede consultar: Martínez-Pereda, J.M. “Intrusismo punible y conflictos en las distintas especialidades médicas”, Derecho y Salud, 5 (1): 1-17, 1997.

¹⁷⁴ Según Vidal “el delito de usurpación de calidad, también denominado de intrusismo, es un delito formal, de mera actividad” (...) “que pretende proteger a la sociedad en general, para evitar el peligro que supone el ejercicio por personas audaces, pero incompetentes, de tareas delicadas que exigen conocimientos y capacidades específicas” (Vidal Casero, M.C. “El art. 403 del Código penal y el intrusismo dentro del ámbito farmacéutico”, Derecho y Salud, 6 (2): 66-67, 1998).

¹⁷⁵ Martínez-Pereda, J.M., op. cit., pág. 10.

En la misma línea, en mayo de 2006, el Presidente del Colegio Oficial de Médicos de Córdoba, al presentar las alegaciones a la Ley de Ordenación Farmacéutica de Andalucía, llegó a afirmar públicamente que esta norma es “irresponsable y peligrosa” por fomentar el intrusismo profesional y reforzar el papel del farmacéutico en la atención al usuario aquejado de procesos leves. En sus palabras: es “irresponsable que el profesional de la farmacia atienda consultas frecuentes basándose en un protocolo de síntomas habituales”.

III. CONCLUSIÓN.

En el presente trabajo se ha llevado a cabo una exposición de los distintos tipos de prescripción, actualmente vigentes, en los sistemas de salud internacionales. Tal desarrollo se ha situado en un contexto social y sanitario en evolución, orientado a potenciar la interacción y la complementariedad entre los miembros de los equipos de salud.

Presuponiendo la existencia de variados modelos de prescripción, se trata de ponderar cual es el más apropiado para cada sistema sanitario. Ciertamente, nos situamos en un contexto de globalización de los modelos de gestión de la salud. No obstante, ello no evita la existencia de una gran heterogeneidad en este ámbito. Tal diversidad puede estar basada en diferencias culturales, socio-sanitarias, profesionales, legales... Estas desigualdades pueden, incluso, convivir en un mismo entorno geográfico y cultural. Por ello, si se pretende incorporar innovaciones en el sistema de prescripción vigente, hay que tener en cuenta factores muy diversos: la necesidad o conveniencia del cambio a introducir, el grado de aceptabilidad del sistema de acogida, la oportunidad del momento elegido para llevarlo a cabo, la transitoriedad en la incorporación de la nueva práctica...

Por otro lado, en nuestra opinión, la potenciación de la cooperación entre los distintos miembros que integran los equipos de salud resulta siempre beneficiosa para un sistema sanitario. En consecuencia, las propuestas de modelos de prescripción asentadas en patrones de colaboración entre los profesionales -prescripción dependiente o compartida-, presentan más efectos positivos que los sistemas excluyentes -prescripción independiente-.

Por último, se ha entendido que cualquier propuesta de innovación en este campo debe tener en cuenta diversos factores. Entre ellos, estarían la obtención del máximo beneficio -eficacia/eficiencia- para los sistemas nacionales de salud, y el mejor aprovechamiento de las competencias y habilidades propias de cada profesión. Por encima de estos importantes elementos, se situaría una idea central: el incremento en la seguridad del paciente, su mejor acceso a las medicinas, en definitiva, la mejora de la atención al enfermo. Tal incremento debe entenderse de manera integral, presuponiendo la unidad y dignidad del ser humano.

LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Mónica Arbeláez Rudas

INDICE GENERAL. 1. La naturaleza jurídica de los DESC en la Constitución. 2. El derecho a la salud en Colombia. 2.1. El derecho a la salud en la Constitución Política de Colombia de 1991. 2.1.1. Naturaleza jurídica del derecho a la salud consagrado en la Constitución. 2.2. El Sistema General de Seguridad Social en Salud. Funcionamiento y contenido de la prestación sanitaria. 3. La jurisprudencia constitucional en relación con el derecho a la salud: La acción de tutela como mecanismo de protección judicial del derecho a la salud en Colombia. 3.1. El derecho a la salud como derecho fundamental en virtud de su conexión con otros derechos fundamentales. Su exigibilidad directa en sede de tutela. 3.2. El derecho a la salud y los sujetos del derecho. 3.2.1. El derecho fundamental a la salud de los niños. 3.2.2. El derecho a la salud de las mujeres en estado de embarazo y durante el período de lactancia. 3.3. La inaplicabilidad de normas que regulan exclusiones o limitaciones de los Planes Obligatorios de Salud a favor de la protección del “derecho fundamental a la salud”. 3.3.1. Los enfermos de SIDA. 4. Reflexiones finales. 4.1. El papel del juez constitucional y los derechos de prestación. 4.2. La tutela del derecho a la salud. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El artículo 1º de la Constitución Política de Colombia de 1991 señala que “Colombia es un Estado social de derecho ... [con] democracia participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

La nueva Carta Constitucional de Colombia consagra la cláusula del Estado social de derecho como fórmula política e ideológica del Estado Colombiano y consecuentemente, a lo largo de la Constitución se establecen otra serie de preceptos que, de una u otra manera, desarrollan el contenido material de la cláusula mencionada. En consonancia con dichas cláusulas, el artículo 2 de la Carta señala que es fin del Estado el de garantizar “la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución. (...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”. De lo anterior se deriva una especial preocupación del constituyente por dar un piso fuerte

a la Carta de derechos incorporada en la Constitución sin distinguir, en principio, entre los derechos civiles, políticos, sociales, colectivos o del ambiente. Estos derechos, reconocidos a nivel internacional, aparecen en el constitucionalismo colombiano, en su gran mayoría, sólo a partir de la promulgación de la Constitución de 1991 dentro de la cual fueron consignados en los Títulos I y II y especialmente en el capítulo 2 del Título II.¹

Actualmente, la Constitución de 1991 relaciona dentro de su Título II, “De los derechos, las garantías y sus deberes”, tanto el conjunto de los derechos fundamentales (capítulo 1), como los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos colectivos y del ambiente (capítulos 2 y 3 respectivamente).

Adicionalmente, y aunque en su gran mayoría los derechos sociales se encuentren relacionados este Título II, otros más se encuentran disgregados a lo largo del texto de la Constitución de 1991. Una lectura completa de la

¹ SARMIENTO, Libardo (compilador), Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia: balance y perspectivas, Bogotá, Consejería presidencial para la política social – PNUD, 1995.

Carta permite obtener un conjunto bastante amplio de derechos económicos, sociales y culturales –DESC– que incluye los siguientes: *Derechos prestacionales propiamente dichos*, como pueden ser el derecho a la seguridad social (artículo 48), con especial énfasis en el derecho a la seguridad social y al subsidio alimentario de las personas en estado de indigencias (artículo 46, segundo inciso); el derecho a los servicios de promoción, protección y recuperación de salud (artículo 49); el derecho a una vivienda digna (artículo 51); a la recreación y al deporte (artículo 52); o el derecho a la Educación (artículo 67 y artículo 45 en lo relativo a la protección, educación y progreso de la juventud).

Derechos prestacionales referidos especialmente a sectores poblacionales que se consideran especialmente vulnerables como los derechos a una protección especial y al subsidio alimentario a la mujer en estado de embarazo y durante el período de post-parto cuando se encuentre desamparada (artículo 43); a la asistencia de las personas de tercera edad (artículo 46); el derecho de los disminuidos físicos y sensoriales a recibir especial atención del Estado especialmente en cuanto a su rehabilitación e integración social (artículo 47); o el derecho de los menores de un año a recibir atención gratuita en las instituciones sanitarias del Estado cuando no cuente con algún sistema de protección de seguridad social (artículo 50). Igualmente la Carta establece que “es obligación de Estado y de los empleadores ofrecer formación y rehabilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, propiciando además la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizándoles a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud” (artículo 54). *Derechos que, catalogados dentro de los DESC, tienen un componente de libertad muy amplio* (predominante frente al componente prestacional) como el derecho al trabajo (artículo 25 y artículo 53 que regula las bases sobre las cuales debe ser elaborado y expedido el estatuto laboral) y los derechos laborales derivados, dentro de los cuales se incluyen los derechos a la sindicación (artículo 53), a la negociación colectiva (artículo 55) y a la huelga (artículo 56). Adicionalmente la Carta recoge *derechos que antaño fueran típicos derechos de libertad para imprimirles un componente social* como es el caso del derecho a la propiedad, respecto del cual aclara que habrá de ser entendido como una función social a la cual le es inherente una función ecológica (artículo 58), y dentro del cual se establece el deber del Estado de “promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios (...)” (artículo 64).

Adicionalmente, para una lectura sistemática de este conjunto de derechos sociales debe tenerse en cuenta que, conforme a los artículos 93 y 94 de la Carta, en Colombia tienen “rango constitucional” los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos que hayan sido aprobados por el Congreso y que, en tanto tales, conforman el “*bloque de constitucionalidad*”², esto es, el conjunto de normas de rango constitucional formado por la propia Constitución y por otras normas de derecho internacional que adquieren tal rango por disposición de la propia Carta. Sobre esta base todos aquellos derechos sociales y de prestación que se consagran en Tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o el Protocolo Adicional al Pacto de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, se entienden incorporados al articulado constitucional.

De otra parte, el reconocimiento que hace la Constitución de 1991 de los derechos sociales en los términos que acabamos de mencionar se acompañó de una serie de mecanismos para su protección. De ellos la institución de nuevos órganos como la Corte Constitucional, encargada de velar por la integridad de la Constitución, o el reforzamiento de las competencias en materia de guarda de los derechos de los ciudadanos que ostenta el Ministerio Público –Procuraduría y Defensoría del Pueblo, son sin duda uno de los pasos más importantes en este sentido. Adicionalmente la nueva Carta creó –o *re-creó*, según el caso– otra serie de herramientas jurídicas para la protección de los derechos de los ciudadanos como las acciones populares, las acciones de grupo o las acciones de clase –de carácter colectivo–, y la acción de tutela –de carácter individual–.

² El concepto de bloque de constitucionalidad tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, y surge de la consideración de éste según la cual, dado que el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. En este contexto, son textos que forman un bloque con el articulado de la Constitución, de manera tal que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutable de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los “principios fundamentales de la República” a que hace referencia el Preámbulo de 1946. Sobre este concepto se puede consultar FAVOREU, Louis “El bloque de constitucionalidad” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 5, Madrid, pág. 46 y ss, y PARDO FALCÓN, Javier *El Consejo Constitucional Francés*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 115 y ss.

En lo que respecta a la acción de tutela, el artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela como un mecanismo especial y subsidiario para la protección inmediata, mediante un procedimiento preferente y sumario³ de los “derechos constitucionales fundamentales”, cuando estos se encuentren vulnerados o amenazados de serlo, por parte de cualquier autoridad pública o, excepcionalmente, por los particulares cuando éstos presten un servicio público o el ofendido se encuentre frente a ellos en condiciones de indefensión o subordinación. La acción de tutela puede ser interpuesta ante cualquier juez de la República – excepción hecha de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado - y por cualquier persona (ya no ciudadano) que demuestre interés o por un representante de ésta, y por el Defensor del Pueblo en nombre del ofendido, de manera verbal o escrita. Una clara particularidad de este recurso dentro del contexto jurídico colombiano está dada porque todos los fallos de tutela producidos por los jueces nacionales son enviados – con sus respectivos expedientes- a la Corte Constitucional para su *eventual revisión* (artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991). Los fallos de revisión así producidos por la Corte son los que mayoritariamente constituyen la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales.

Es justamente en el marco de los fallos de revisión emitidos por la Corte es donde se han generado las líneas jurisprudenciales específicas en relación con la protección del derecho a la salud que presentaremos en este trabajo. En dichas líneas, como ocurre en general con las líneas relativas a los DESC, la pregunta sobre la naturaleza jurídica del derecho (reconocerlo como fundamental, social, económico o culturales, o como un derechos colectivo) se convierte en tema de capital importancia en la medida en que de la “definición” o caracterización que se obtenga del mismo dependerá la posibilidad de su exigibilidad jurídica directa mediante la acción de tutela⁴. Estas líneas jurisprudenciales, además, cobran gran relevancia dentro del conjunto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no sólo por su riqueza dogmática, sino por el alto número de casos que ha implicado. Al respecto, un informe publi-

³ Sobre la subsidiariedad e inmediatez de la Acción de Tutela puede consultarse la sentencia de la Corte Constitucional T-279 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴ La acción de tutela ha sido consagrada en la Constitución colombiana como un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos se encuentren vulnerados o amenazados de serlo, por parte de cualquier autoridad pública o, excepcionalmente, por los particulares. La acción de tutela está regulada mediante el Decreto 2591 de 1991 y la Ley 306 de 1992.

cado por la Defensoría del Pueblo en 2004 señala que del total de las acciones de tutela instauradas durante los años de 1999, 2000, 2001, 2002, y el primer semestre de 2003, el 25.7% corresponden a tutelas que piden la protección del derecho a la salud como derecho fundamental o en conexidad con algún derecho fundamental, y la gran mayoría de las cuales estaban relacionadas con la solicitud de prestaciones sanitarias negadas por las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud (entrega de medicamentos -47%- , prestaciones relacionadas con patologías de alto costo -21.04%- , solicitud de exámenes de carga viral para enfermos de VIH/SIDA -que pasaron del 5.6% al 25.3% en el año 2003- y la negativa o tardanza en la autorización de consultas con algunos especialistas, entre otras). En total son un grupo de 145.360 tutelas relacionadas con el derecho a la salud que fueron enviadas a la Corte Constitucional para su eventual revisión⁵; de no haber sido por la acción de tutela, 87.300 personas (que interpusieron el 71% de todas las tutelas en salud) hubiesen perdido arbitrariamente su derecho de acceso a los servicios básicos de atención en salud –Planes obligatorios de salud-.

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DESC EN LA CONSTITUCIÓN

Desde que empezó a funcionar en 1992, la Corte Constitucional ha entrado a definir la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales - DESC- consagrados en la Constitución para determinar en qué casos los mismos son reivindicables por medio de la acción de tutela. Y es en esta línea interpretativa en la que la Corte ha elaborado una interesante doctrina en relación con la protección del derecho a la salud mediante la acción de tutela dando lugar a una jurisprudencia bastante “singular o particular” ya que resulta por lo menos inusual que un Tribunal Constitucional asuma la protección directa de derechos sociales de prestación. Y más inusual aún resulta el hecho de que sea una acción como la acción de tutela la que se utilice para proteger derechos sociales de prestación que, como el derecho a la salud, se encuentran por fuera de la lista de derechos fundamentales.

Ahora bien, en relación con la naturaleza jurídica de los DESC en general, y del derecho al a salud en particular, la doctrina colombiana presenta básicamente dos posturas contrapuestas que de alguna manera siguen las

⁵ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud: causas de las tutelas en salud*, Bogotá, 2004

corrientes de la doctrina comparada. En términos generales la postura más restrictiva señala que los DESC son meros enunciados programáticos mientras que la más garantista se defiende la idea de que estos derechos comparten las características de los derechos subjetivos y que por tanto son directamente exigibles aún sin haber sido reglamentados por el legislador. En la primera línea doctrina señalada encajan posturas como las de Sarmiento para quien la inclusión de los DESC en la Constitución de 1991 implica que la Asamblea Nacional Constituyente tuvo en cuenta la evolución histórica y política del concepto de derechos fundamentales. Con todo, en su sentir los DESC consagrados en nuestra Constitución tienen unos fundamentos puramente éticos que sólo se legitiman y adquieren su expresión “completa” en el sistema jurídico.

“Para garantizar estos derechos [señala Sarmiento] se necesita consolidar un sistema institucional y social integral, eficiente, universal y solidario, y contar con el financiamiento suficiente, el desarrollo organizacional y los mecanismos administrativos de acceso.” En tanto tales, estos derechos antes que derechos subjetivos son mandatos para los poderes públicos⁶. Dentro de la corriente más “garantista”, por su parte, encontramos posturas como la de Arango para quien los derechos sociales consagrados constitucionalmente son “derechos” propiamente dichos y de carácter fundamental, por lo cual merecen una protección jurisdiccional directa⁷. Al respecto señala que “la garantía constitucional de derechos sociales fundamentales en el ámbito nacional aparece como el sistema más óptimo para la protección de los derechos humanos sociales.”⁸ En esta misma línea se inscribe Torres para quien la propuesta constitucional del Estado social de derecho busca la existencia real de las libertades para lo cual es necesaria una reelaboración de un orden constitucional fundado en la legitimidad. En este nuevo orden “no se trata de entender de forma singular a los derechos sociales como simples límites a la acción del Estado, sino de verles también como instrumentos del mismo para crear las con-

⁶ SARMIENTO, Libardo “Capítulo 2 [del Título II de la Constitución Política de Colombia]”, en BERRETO, Manuel y SARMIENTO, Libardo *De los derechos, las garantías y los deberes*, Comisión colombiana de juristas, Bogotá, 1997, pág. 169

⁷ ARANGO, Rodolfo, “Protección Nacional e Internacional de los Derechos Humanos sociales”, en *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Escuela Nacional Sindical, Medellín, 2001, pág. 158.

⁸ ARANGO, Rodolfo “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales” en *Revista de Derecho Público* no. 12, Universidad de los Andes, 2001. Desde su postura sobre los derechos sociales fundamentales Arango busca justificar su justiciabilidad a partir de un “concepto evolucionado de los derechos subjetivos”.

diciones de realización de todos y cada uno de los mandatos de la Constitución. Lo derechos se convierten así [continúa], en la piedra angular del orden institucional.”⁹ Para Torres “la gran importancia de la Constitución de 1991 respecto de los derechos sociales radica en su amplia positivación otorgándoles un doble carácter; desde un punto de vista objetivo como pautas de interpretación y límites al poder público, y desde otro como derechos públicos subjetivos”.¹⁰

En cuanto respecta a la jurisprudencia constitucional, la Corte tampoco ha sido ajena a esta doble postura y a propósito de la misma ha señalado que:

“La mayoría de los derechos en referencia [los derechos sociales] implican una prestación por parte del Estado y por lo tanto una erogación económica que por lo general depende de una decisión política. Con base en esto, se sostiene que los enunciados constitucionales que recogen tales derechos no pueden ser objeto de decisiones judiciales hasta tanto el Congreso no haya expedido la legislación necesaria para aplicarlos; de lo contrario, se dice, el juez estaría ocupando terrenos que no le corresponden de acuerdo con la doctrina de la separación de los poderes. Esta fue la solución que la doctrina colombiana e internacional dio al asunto, a la luz de los postulados del estado de derecho liberal clásico. **Sin embargo**, los nuevos postulados del Estado social y las nuevas relaciones jurídicas derivadas del Estado bienestar imponen un cuestionamiento de esta solución.

“17. En primer lugar, es necesario advertir que los derechos económicos sociales y culturales, promovidos a nivel constitucional durante las primeras décadas del siglo (...), no han sido incorporados al ordenamiento jurídico de las democracias constitucionales simplemente por ser considerados como un elemento adicional de protección. La razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma: sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto “de la dignidad humana” en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo pri-

⁹ TORREZ ÁVILA, Jheison, *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*, tesis doctoral dirigida por el Catedrático José Asensi Sabater, Universidad de Alicante, Noviembre de 2002, mimeo, pág. 51.

¹⁰ TORREZ ÁVILA, Jheison, 2002, *Op. Cit.*, pág. 118

mero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocho formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes. Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada. Y a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes.”¹¹ (negritas fuera del original)

En la misma línea, en otra sentencia del mismo año señaló que:

“Las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, característica que exige protección permanente con el propósito de obtener su plena vigencia, "sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".¹²

Ahora bien, a partir de estos primeros pronunciamientos la Corte Constitucional ha desarrollado su jurisprudencia en relación con la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Constitución, en la siguiente línea. Lo primero que destaca la Corte es que cuando se trata de establecer la naturaleza jurídica de estos derechos hay que diferenciar los casos en los que su titular es un menor de edad. Cuando se trata de niños, y por expreso mandato de la Constitución, los derechos sociales son derechos fundamentales y deben ser tratados como tales sin ningún tipo de distinción. En el resto de los casos, señala la Corte, estos derechos son de aplicación inmediata, entendiendo por tal fuerza vinculante la misma que le otorga el artículo 53.1 de la Constitución española a los principios de la política social y económica de dicha Carta, es decir, que tales derechos son, en principio, pautas a seguir de manera obligatoria por los poderes públicos y parte integral del sistema constitucional. Además de lo anterior, la Corte ha señalado que en el caso de los derechos sociales contenidos en la Carta hay que determinar si su aplicación inmediata hace referencia a la posibilidad de exigibilidad jurídica directa de los mismos mediante la acción de tutela y si tal principio de aplicación inmediata se traduce en que del enunciado constitucional que los contiene se deriva un derecho subjetivo que lo hace inmediatamente exigible

ante los poderes públicos¹³. En relación con esto último, la Corte ha señalado que “[p]or regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Carta Política. Gradualmente, a los derechos de prestación con contenido programático se les van dando condiciones de eficacia que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, en el ámbito teórico, en efecto, el Estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo.”¹⁴ Con todo, reconoce la Corte Constitucional que en determinadas ocasiones estos derechos adquieren el carácter de derechos subjetivos, de manera que los particulares pueden exigir directamente su cumplimiento ante las autoridades judiciales constitucionales mediante la acción de tutela. En sentir de la Corte, los derechos sociales de prestación se encuentran en estrecha relación con los conceptos de vida, mínimo vital y dignidad humana, por lo cual pueden llegar a considerarse como derechos inherentes a la persona, elemento éste que los hace tutelables¹⁵.

A partir de lo anterior la Corte ha establecido que existen una serie de derechos que no son derechos fundamentales propiamente dichos, pero cuya vulneración o afectación puede generar la vulneración de un derecho propiamente fundamental, y, en estos términos, es la conexión que se presenta entre la afectación de unos y otros la que permite reconocer el carácter fundamental de derechos que, en principio, no son fundamentales. En términos de la Corte, son derechos "fundamentales por *conexidad*"¹⁶. Esta línea de interpretación seguida por la juris-

¹³ Al respecto se puede consultar, entre otras, la sentencia C – 155 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴ Sentencia T-207 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 3

¹⁵ Sobre el alcance de los derechos sociales, derechos sociales fundamentales y la cláusula de estado social de derecho se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, F.j. 1-25, T - 207 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 4, T - 205 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1, C- 251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 5-7, SU – 819 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, F.j. 3, SU – 111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 8 a 14, SU – 225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 4-5, SU – 624 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1, y T – 762 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 5-6.

¹⁶ Sentencia T-406- 92, M.P. Ciro Angarita Barón, F.j. 15. En tal ocasión la Corte consideró que los derechos económicos, sociales y culturales, de contenido difuso, cuya aplicación está en principio encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, sólo pueden ser considerados como fundamentales en aquellos eventos en los cuales, para un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o derecho fundamental. Probado el factor conexidad con un dere-

¹¹ Sentencia T 406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, F.j. 16 y 17

¹² Sentencia T 570 de 1992. M.P. Jaime Sanín Greffestein, F.j. B

prudencia constitucional colombiana encuentra sustento en una doble convicción de nuestro juez constitucional que por un lado ha establecido que los derechos fundamentales no se circunscriben únicamente a los contenidos en el listado del capítulo 1 del Título II de la Carta, y por el otro ha determinado que en ciertas ocasiones los derechos sociales de prestación adquieren carácter de fundamentales en virtud de la inescindible relación que los une con derechos considerados en sí mismos fundamentales¹⁷. Los derechos que “naturalmente” son de índole social en algunas ocasiones pasan ser “derechos fundamentales por *conexidad*”, y en tanto tales pueden ser objeto de protección directa mediante la acción de tutela ante la jurisdicción constitucional¹⁸.

De esta interpretación sobre el posible carácter *fundamental por conexidad* de algunos derechos sociales surge, entre otras, una línea jurisprudencial formada principalmente por pronunciamientos de la Corte en las sentencias de tutela, y en la cual se admite la procedencia de esta acción para la protección directa del derecho a la salud.

Ahora bien, se ha señalado que la acción de tutela se ha convertido en un elemento clave en la protección de derechos sociales en Colombia, pero salta a la vista que esta afirmación parece estar en contradicción con el contenido del artículo 86 de la Constitución, según el cual para reclamar mediante la acción de tutela por la vulneración o amenaza de un derecho, éste ha de ser *fundamental*, de manera que los derechos que no gocen de este “status”

cho o principio fundamental para el caso particular, será posible su protección en sede de tutela. Ello, a juicio de la Corte, en tanto existe un ámbito necesario e irreductible de las conductas que el derecho protege, con independencia de las modalidades o formas de protección. Igualmente, en el fundamento jurídico 3 de la sentencia T- 571 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffestein, la Corte señaló que “Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.” Y así lo reiteró la Corte en la sentencia T-116 de 1993 M.P. Hernando Herrera, F.j. 3.

¹⁷ Sobre los criterios establecidos por la Corte Constitucional colombiana para establecer cuándo un derecho constitucional es fundamental se puede consultar la sentencia T-002 de 2992 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁸ Al respecto pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional T- 200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T - 447 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T - 192 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, T - 645 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T -042 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU - 039 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara, y T - 177 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, entre otras.

210

tampoco gozan del *plus* de protección que ofrece la Carta mediante la acción de tutela. No obstante, esta aparente contradicción no es tal en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana. Veamos por qué:

Si en el ordenamiento jurídico colombiano se admitiera que los derechos sociales en tanto derechos de prestación no puede ser exigidos directamente ante la justicia constitucional, habría que derivar su subjetividad al ámbito de la legalidad, es decir, habría que estudiar la posibilidad de exigibilidad judicial de los mismos únicamente en el campo de la jurisdicción ordinaria. Si por el contrario se asumiera directamente que, como pretende parte de la doctrina, este tipo derechos, al igual que los civiles y políticos, son en sí mismos derechos fundamentales subjetivos, se aceptaría sin más la posibilidad jurídica de exigibilidad directa de los mismos y de sus diferentes contenidos prestacionales en sede constitucional mediante la acción de tutela. En el actual contexto jurídico colombiano, sin embargo, no es posible absolutizar ninguna de las dos opciones, toda vez que, según se desprende del estudio sistemático de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la posibilidad de exigibilidad jurídica directa de los derechos sociales mediante la acción de tutela es factible pero depende del caso concreto al que se circunscriba y, en este sentido, corresponde al juez determinarla según los particulares supuestos de hecho en que se enmarca cada caso –de ello se exceptúa la exigibilidad jurídica de algunos derechos sociales a los cuales la Constitución les ha otorgado el carácter de fundamentales, como el derecho a la salud de los niños-.

2. EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

2.1. El derecho a la salud en la Constitución Política de Colombia de 1991

En el marco de la Constitución colombiana de 1991 el derecho a la salud y la seguridad social aparecen como servicios públicos cuyo soporte jurídico esta integrado por un amplio sistema de normas que incluye tanto los artículos 44, 48, 49 y 50 de la Constitución, como por otra serie de preceptos constitucionales tales como el artículo 11 –que consagra el derecho a la vida-, el artículo 13 inciso tercero –según el cual el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta-, el artículo 366 –en el cual se señalan el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de

vida de la población y la solución de las necesidades insatisfechas de salud, entre otras, como finalidades sociales del Estado-, y los 300, 356 y 357¹⁹ en relación con medidas de descentralización de los recursos sanitarios y educativos, entre otros, y por el conjunto de reglas infraconstitucionales que los desarrollan. Refiriéndonos específicamente al derecho a la salud, la Constitución señala que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado que garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. (artículo 49). La dirección de los servicios de salud corresponde al Estado, su organización será en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad, en los términos señalados por la ley, y la estructura del sistema sanitario podrá depender o no del sistema general de seguridad social (artículo 48). Adicionalmente la Carta reconoce que el derecho a la salud de los niños es un derecho fundamental (artículo 44) y añade que Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, en los términos en que lo establezca la ley (artículo 50).

Ahora bien, aún cuando la Constitución no utiliza explícitamente el término “derecho a la salud” tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han adoptado tal expresión para referirse a lo que la Constitución consagra como el derecho al “acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, por lo cual, en lo que toca al estudio de este asunto en el contexto jurídico colombiano, haremos referencia al “derecho a la salud”.

Del texto constitucional se desprenden diferentes características del derecho a la salud. Entre ellas se encuentra que tanto la seguridad social como la salud son entendidas por la Constitución como derechos irrenunciables y como servicios públicos que se prestarán bajo la dirección y coordinación del Estado. El hecho de considerar a la salud como un servicio público la sitúa de manera explícita en la esfera pública de acceso universal. Esto quiere decir que aún cuando los servicios de saneamiento y asistencia sanitaria sean prestados por el sector privado (posibilidad que también contempla la Carta) debe regirse por los lineamientos y las normas generales del servicio pú-

blico bajo la dirección y coordinación del Estado. Igualmente se puede establecer que conforme a la fórmula constitucional, los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud deben ser prestados dentro de un marco de eficiencia y solidaridad, y deben garantizar una atención integral (que vincula al Sistema al afiliado y a su núcleo familiar) y una cobertura universal. Los principios del derecho a la salud así consagrados en la Constitución encuentran su desarrollo y las bases para su materialización en las disposiciones legales que regulan las condiciones específicas en que habrá de organizarse el sistema sanitario colombiano.

Así mismo, la Carta contempla que la asistencia sanitaria y el saneamiento ambiental, en tanto servicios públicos, estarán a cargo del Estado a quien compete reglamentar, organizar y dirigir la fórmula de prestación de los mismos de manera descentralizada, bien por entidades públicas, bien por entes privados bajo su vigilancia y control (artículo 49). La Constitución deriva al Estado el establecimiento de las competencias de la Nación y de las entidades territoriales en materia de salud y las fórmulas de financiación de la asistencia sanitaria mediante aportes de los particulares en las condiciones que establezca la ley, al tiempo que establece que la ley determinará los términos en los cuales la atención básica en salud para todos los habitantes será gratuita y obligatoria (artículo 49).

El derecho a la salud reconocido constitucionalmente ha sido desarrollado por el legislador mediante la 100 de 1993 “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, regulación dentro de la cual se incluye la correspondiente a la seguridad social en salud dentro del llamado Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSS-, y se reconoce que de las distintas actividades que integran la seguridad social, la atención en salud se constituye en un objetivo fundamental en tanto que es entendida como un derecho de reconocimiento superior, dirigido a facilitar el acceso de las personas a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

2.1.1. Naturaleza jurídica del derecho a la salud consagrado en la Constitución

Como en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales en general, en el caso de la salud la doctrina ha estado dividida al establecer el carácter programático o fundamental del derecho a la salud consagrado en nuestra Constitución, salvo en lo relacionado con el derecho a la salud de los niños, reconocido expresamente por

¹⁹ El artículo 300, y los artículos 356 y 357 de la Constitución fueron reformados por los Actos Legislativos 01 de 1996 y 01 de 2001, respectivamente.

la constitución como un derecho fundamental. Para Martínez, por ejemplo, “el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización que viabilicen y optimicen la eficacia del servicio público y que sirvan además para mantener el equilibrio del sistema.”²⁰ Así, la salud es un derecho constitucional que en principio no ostenta el rango de fundamental, “salvo en el caso de que circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales”²¹. En la misma línea Sarmiento señala que el derecho a la salud, además de ser consagrado de manera autónoma en la Constitución, es “parte” del derecho a la seguridad social que en Colombia, según plantea, “incluye únicamente los aspectos relacionados con la seguridad social en salud y en pensiones”²². Con todo, continua, aunque aparezca claramente una garantía constitucional sobre la seguridad social y sobre el derecho a la salud y en algunos casos se pretendan estos como derechos fundamentales, para que tales derechos puedan realizarse plenamente requiere de la determinación del legislador. Al referirse específicamente al derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Carta, el mismo autor señala que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la salud es un bien inherente a la existencia digna del ser humano y que en tanto tal se encuentra especialmente protegido. Con todo, y aún reconociendo que el derecho a la salud busca el aseguramiento del derecho fundamental a la vida, Sarmiento considera que por su naturaleza asistencial, impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del poder público y del legislador con miras a su protección efectiva²³. Reconoce así una fuerza normativa limitada a la cláusula constitucional que consagra el derecho a la salud, la cual es considerada como una norma que orienta y que limita la acción de los poderes públicos pero que, aparentemente, no deriva ningún derecho subjetivo claro.

Esta es también la postura de Jaramillo para quien el derecho a la salud consagrado constitucionalmente ha sido *completado* por el legislador ya que de la sola cláusula

constitucional del derecho a la salud no se podía derivar un derecho subjetivo. Sólo a partir de una interpretación amplia de los conceptos constitucionales y legales sobre la materia se puede identificar a la salud como el derecho que tienen los colombianos a un plan de servicios personales de salud en la prevención de enfermedad, promoción y recuperación de la salud, y atención a la maternidad, conjugado con el derecho a disfrutar de un ambiente saludable que incluye el saneamiento ambiental y los servicios colectivos de salud pública orientados por lo general al control de los factores de riesgo para la salud²⁴.

Desde la corriente doctrinal opuesta, Restrepo señala que la Constitución de 1991 “consagra en forma explícita un derecho a la salud y reconoce como derechos fundamentales los derechos a la vida, a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad. Al mismo tiempo reconoce explícitamente el derecho a la atención de la salud y el derecho a la seguridad social que quedan íntimamente ligados.”²⁵

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido tres dimensiones diferentes en relación con el contenido y alcance del derecho a la salud: de un lado, la Corte ha señalado que el derecho a la salud es un predicado inmediato del derecho a la vida de donde deduce que al atentar contra la salud se atenta contra la vida misma; en segundo término la Corporación ha considerado que el derecho a la salud impone a los poderes públicos y a los particulares la prohibición de desarrollar cualquier conducta que cause daño a la salud o integridad física de otro. Con respecto a estas dos dimensiones se puede hablar del carácter *fundamental* del derecho a la salud. En una tercera dimensión, el derecho a la salud ha sido identificado por la Corte como un derecho de carácter eminentemente asistencial o *prestacional* en la medida en que impone al Estado la obligación de desarrollar acciones y de proveer a la sociedad una serie de bienes y servicios para asegurar a los ciudadanos el goce no sólo de los servicios de asistencia médica, sino también de los servicios hospitalarios, farmacéuticos, de sanidad ambiental y de salud pública en general. La frontera entre el derecho a la salud como derecho fundamental o como derecho prestacional dependerá,

²⁰ MARTÍNEZ, Alejandro, “El derecho a la salud”, en *Ética y reformas a la salud, Seminario Internacional, Ministerio de Salud de Colombia, Bogotá, julio de 1998*, pág. 36

²¹ MARTÍNEZ, Alejandro, 1998, *Op. Cit.* pág. 38

²² SARMIENTO, Libardo “Capítulo 2 [del Título II de la Constitución Política de Colombia]”, en BERRETO, Manuel y SARMIENTO, Libardo De los derechos, las garantías y los deberes, *Comisión colombiana de juristas, Bogotá, 1997*, pág. 209

²³ SARMIENTO, Libardo, 1997, *Op. Cit.* pág. 219

²⁴ JARAMILLO, Iván, “El derecho a la salud, estado actual y perspectivas”, en SARMIENTO, Libardo (compilador), *Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia: balance y perspectivas, Bogotá, Consejería presidencial para la política social – PNUD, 1995*, pág. 109 - 110

²⁵ RESTREPO, Mauricio, “Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia”, en GIRALDO, Juan Carlos (Compilador) *Ejercicios del Derecho a la Salud en Colombia, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2000*, pág. 83.

como estudiaremos en profundidad más adelante, de diversos factores.

Dentro de la interpretación que se acaba de describir la Corte Constitucional ha determinado que si bien el derecho a la salud consagrado en el 49 de la Constitución es en principio un derecho de carácter prestacional, puede ser considerado como un derecho fundamental *por conexidad* dada la íntima relación que se encuentra entre éste y otros derechos de carácter fundamental como el derecho a la vida o el mínimo vital²⁶, lo que le otorga al primero, en ciertas ocasiones, el carácter de derecho constitucional subjetivo de exigibilidad directa ante la justicia constitucional. Sobre esta base la Corte ha señalado que “[l]a frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso”²⁷. El derecho a la salud, en tanto derecho social de prestación, puede adquirir el carácter de derecho fundamental²⁸ en virtud de la conexión que se presenta cuando su vulneración o amenaza compromete (amenaza o vulnera) derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo - esenciales dentro del Estado social de derecho-²⁹. En esta línea argumentativa, la Corte presenta una construcción dogmática que justifica, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, la protección del derecho a la salud en sede de tutela³⁰. La posibilidad de exigibilidad jurídica directa de este derecho mediante la acción de tutela dependerá del caso concreto al que se circunscriba la reclamación del mismo y, en este sentido, corresponde al juez de tutela

²⁶ Al respecto pueden consultarse las sentencias T- 571 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, F.j. 2.3., T- 200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T - 447 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T - 067 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, T - 192 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, T - 645 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T - 042 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU - 039 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara y T - 177 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, entre otras.

²⁷ Sentencia T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz F.j. B

²⁸ En cuanto a la fundamentalidad del derecho a la salud en virtud de su conexión con otros derechos fundamentales, en la sentencia T-042 de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 3, la Corte señaló que los derechos a la seguridad social y a la salud adquieren el carácter de fundamentales “por conexidad cuando su desconocimiento se traduce, indefectiblemente, en la vulneración de otro derecho de tal naturaleza como el derecho a la vida o a la dignidad humana.”

²⁹ Sentencia T- 571 /92 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein F.j. 3-5

³⁰ Una presentación de la amplia línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en esta materia puede encontrarse en ARBELÁEZ RUDAS, Mónica, La protección a la salud: línea jurisprudencial y notas constitucionales, Centro de Investigación y Educación Popular –CINEP-, Acción Ecuémica Sueca –DIAKONIA, 2002, y Diez años de protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencias de la Corte Constitucional Colombiana, Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica, www.cajpe.org.pe/rij/bases/jurisnac/arbelaez.pdf

determinarla según los particulares supuestos de hecho en que se enmarca cada caso, excepción hecha del derecho a la salud de los niños que es fundamental y por tanto tutelable por disposición literal de la propia Constitución.

Visto lo anterior, podemos decir que, conforme a los planteamientos de la jurisprudencia constitucional colombiana, la naturaleza jurídica del derecho a la salud –en los términos en que se encuentra consagrado en la Constitución- se encuentra en el filo entre las características propias de un derecho típicamente prestacional y por tanto imposible de ser exigido directamente, y las de los derechos subjetivos de aplicación directa. Así las cosas, el derecho a la salud es un *potencial* derecho fundamental por *conexidad* cuando se trata de la salud de la población adulta, y en tanto tal es un derecho potencialmente subjetivo cuyo reconocimiento depende de las circunstancias particulares de cada caso concreto.

2.2. El Sistema General de Seguridad Social en Salud. Funcionamiento y contenido de la prestación sanitaria³¹

El mandato constitucional sobre el derecho a la salud y la organización del sistema sanitario para su protección se encuentra regulado en la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, y en la cual se define el Sistema General de Seguridad Social en Salud que tiene por objeto “... regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención”, bajo la dirección del gobierno nacional y con el fin de lograr la afiliación obligatoria de todos los habitantes del territorio a través de los regímenes contributivo y subsidiado, y con vinculación temporal para los que carecen de capacidad de pago y mientras se benefician del régimen subsidiado. En el contexto actual, el Sistema General de Seguridad Social en Salud diseñado por la Ley 100 de 1993 es un sistema público de aseguramiento de las contingencias en de salud de los ciudadanos que se encuentra estructurado sobre la base de la solidaridad entre trabajadores, empleadores y

³¹ Actualmente cursan en el Congreso de la República de Colombia varios proyectos de ley, presentados por diversos grupos parlamentarios, destinados a modificar la Ley 100 de 1993, la cual consagra el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Los principales ejes de los proyectos de reforma están destinados a modificar el funcionamiento del Régimen Subsidiado de Salud, especialmente en lo relativo a las Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS-, la calidad de los “vinculados” al sistema mediante dicho Régimen, y los sistemas de financiación del subsidio, entre otros. Algunos de los proyectos incluyen también reformas al contenido de las prestaciones sanitarias garantizadas por el Sistema

Estado, los cuales, mediante aportes periódicos, financiarán el propio sistema. Ahora bien, la misma Ley 100/93 contempló una ampliación progresiva de la cobertura del servicio de Seguridad Social en Salud, bajo la proyección de que para el año 2001 todos los habitantes del territorio nacional deberían estar inscritos en el Sistema gozando de sus beneficios –principio de universalidad-. No obstante, para tal fecha las metas propuestas sólo habían sido cubiertas en un 55%, y, como lo plantea Botero, “no hay indicios claros que permitan superar dicha expectativa.”³²

Grosso modo, podríamos decir que el Sistema General de Seguridad Social en Salud funciona bajo una fórmula de aseguramiento en la cual cada usuario –afiliado o beneficiario- del sistema le paga al mismo el valor de una prima de seguro por las contingencias en salud que pueda sufrir. En el caso de los trabajadores por cuenta ajena, la prima es pagada conjuntamente por el empleador y el trabajador. En el caso de los trabajadores independientes el 100% de la prima está a cargo del trabajador, y para el caso de los sectores más desfavorecidos que carecen de capacidad de pago, se establece una prima subsidiada, total o parcialmente, con aportes del Estado y con un punto de los aportes de los cotizantes.

En este orden de ideas, el Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano prevé dos regímenes de afiliación diferentes, a saber, el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado, al primero de los cuales se encuentran afiliados los ciudadanos con capacidad de pago, entendiendo por tales los empleados y los trabajadores independientes. Al Régimen Subsidiado, por su parte, se encuentra afiliado aquel sector de la población que no tiene capacidad de pago y cuya vinculación es total o parcialmente subsidiada. El Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud coexisten articuladamente para su financiación y administración, con una vinculación mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías –FOSYGA-³³, encargado de la administración general de los recursos del Sistema. Adicionalmente, y en punto a estructurar la administración de los recursos y la prestación de los servicios en cada uno de

los Regímenes, la Ley previó la existencia de Empresas Promotoras de Salud –Empresa Promotora de Salud- para el Régimen Contributivo, y de entidades Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS- para el Régimen Subsidiado, que pueden ser de carácter público, privado o mixto. Por delegación del Estado, las Empresas Promotoras de Salud y las entidades Administradoras del Régimen Subsidiado tienen a su cargo la afiliación de las personas al sistema, la administración de los recursos de su respectivo Régimen y la prestación de los servicios de asistencia sanitaria a los afiliados y beneficiarios del mismo, bien mediante instituciones de asistencia sanitaria propias, bien mediante la contratación de los servicios de salud a Instituciones Prestadoras de Salud –IPS-.

Adicionalmente, en términos propiamente prestacionales, el contenido objetivo o material de la asistencia sanitaria se organiza en dos Planes de Salud, uno para cada Régimen. Así, los afiliados y beneficiarios del Régimen Contributivo tendrán derecho a las prestaciones que componen el llamado Plan Obligatorio de Salud –POS-³⁴ y los beneficiarios del Régimen Subsidiado tendrán derecho a las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –POS-S-³⁵ que contiene más limitaciones y exclusiones prestacionales que el POS. La unificación en los contenidos de uno y otro Plan, después de la universalización de las afiliaciones al sistema, es otra de las metas contempladas en la Ley, aunque aún no se ha logrado.

Ahora bien, tener claridad sobre el anterior esquema, resulta especialmente útil para el presente trabajo, toda vez que buena parte de los casos de protección del derecho a la salud que se presentan a continuación se inscriben en reclamaciones derivada de los problemas o deficiencias

³² BOTERO Marino, Catalina, “Diez años de Constitución”, extraído de internet en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/00-portada.htm>

³³ El Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud en la cual se concentran los recursos de la Seguridad Social en Salud, que tiene como principal objeto garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos, la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubrir entre otros, los riesgos catastróficos, asegurando la eficacia del Sistema. Los recursos en ella concentrados se destinarán a co-financiar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables

³⁴ El POS garantiza a sus usuarios un paquete integral de servicios de promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación y medicamentos para responder a todos los problemas de salud que puedan presentar sin ningún tipo de discriminaciones por edad ni género, respetando los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad. No obstante, en punto a la reglamentación de los mencionados servicios, y debido a limitaciones de tipo legal y financiero que enfrenta el Sistema, el POS incluye únicamente una selección de aquellos procedimientos, actividades, intervenciones y medicamentos que conjugan los elementos de mayor eficacia y menor costo para el conjunto de la población. Adicionalmente, contempla una serie de exclusiones o limitaciones, esto es, actividades de asistencia sanitaria expresamente excluidas de las prestaciones cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Decreto 1938 de 1994)

³⁵ El POS-S comprende el conjunto de servicios y prestaciones sanitarias a que tienen derecho los beneficiarios del Régimen Subsidiado. Aunque al igual que el POS el POS-S busca garantizar a los beneficiarios un paquete integral de servicios de promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación y medicamentos, este Plan contiene más limitaciones y exclusiones que el POS, y sus prestaciones cubren menos contingencias que las del POS. (Decreto 1938 de 1994)

que ha presentado la implementación del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia.

3. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA SALUD: LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

Como se ha mencionado ya, la acción de tutela, instrumento para la protección de los derechos fundamentales, se ha hecho servir también para la reclamar los contenidos constitucionales y legales de algunos DESC. En relación con el derecho a la salud, la acción de tutela se ha convertido en una herramienta fundamental para reclamar por los bienes y servicios a que *da derecho* el derecho a la salud, ha sido el más utilizado, lo cual ha sido posible gracias a la interpretación “amplia” de este derecho que se ha desarrollado, desde un principio, dentro de la jurisprudencia constitucional. La población acude cada vez más a la jurisdicción constitucional para obtener la salvaguarda de su derecho a la salud el cual, a falta de tal recurso, se haría nugatorio. De ello dan fe las cifras presentadas por la Defensoría del Pueblo³⁶ al señalar que entre 1999 y el primer semestre de 2003 se presentaron en Colombia 145.360 tutelas relacionadas con el derecho a la salud, todas las cuales fueron posteriormente enviadas a la Corte Constitucional para su eventual revisión. En esta línea, y según señala un reciente informe de la Defensoría del Pueblo, “el mecanismo de tutela del derecho a la salud hoy es el *único* elemento de protección con que cuentan los usuarios de los servicios médico asistenciales (...)”³⁷ para garantizar el pleno ejercicio de su derecho a la salud. Por este motivo, para el estudio del derecho a la salud en el contexto colombiano el estudio de la jurisprudencia constitucional sobre la materia es indispensable.

La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una serie de líneas jurisprudenciales conforme a las cuales tanto los derechos sociales en general como el derecho a la salud en particular pueden ser exigidos judicialmente de manera inmediata mediante la acción de tutela cuando se hace patente que para el caso concreto existe una conexión entre el derecho social afectado y un derecho *per se* fun-

damental (lo cual convierte al derecho social en una “derecho fundamental por *conexidad*”)³⁸. A partir de ahí, la Corte ha estructurado diversas líneas jurisprudenciales en relación con el derecho a la salud. De un lado, y como se ha dicho ya, se ha recalado jurisprudencialmente que conforme al artículo 44 de la Carta derecho a la salud de los niños es, en sí mismo, un derecho fundamental y por tanto de aplicación directa. De otro, la protección constitucional del derecho a la salud se ha enmarcado dentro de la tensión entre la definición de este derecho como derecho de configuración legal o como derecho fundamental de aplicación directa, con lo cual ha resultado hasta cierto punto casuística.

Así, desde la sentencia T - 484 de 1992 la Corte ha procurado distinguir con claridad los momentos en los cuales el derecho a la salud debe ser considerado simplemente como derecho prestacional de configuración legal o aquellos en los que debe entenderse como un derecho fundamental. En aquella ocasión la Corte señaló que la naturaleza jurídica del derecho a la salud conforma, en su conjunto, una serie de elementos que permiten derivar de él dos acepciones: una según la cual el derecho a la salud es un derecho de carácter asistencial o prestacional cuyo reconocimiento impone acciones concretas al Estado, en desarrollo de los mandatos legislativos, con el fin de prestar determinados servicios públicos para asegurar a los asociados el goce “no sólo de los servicios de asistencia médica, sino también los derechos hospitalarios, de laboratorio y farmacéuticos”³⁹. La segunda encuentra en el derecho a la salud un derecho “potencialmente” fundamental, en la medida en que lo identifica como expresión directa del derecho a la vida; atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su vida. La Corte ha reconocido que frente a “la protección del derecho a la salud debe asumirse una perspectiva amplia”⁴⁰ según la cual se afirma que el derecho fundamental a la salud se configura no sólo en el caso extremo anotado por la teoría restrictiva, sino también en aquellas situaciones en las

³⁶ Defensoría del Pueblo, “La tutela y el derecho a la salud: causas de las tutelas en salud”, Bogotá, 2004, pág. 2

³⁷ Defensoría del Pueblo, “La tutela y el derecho a la salud: causas de las tutelas en salud”, Bogotá, 2004

³⁸ Sentencia T- 571 de 1992 M.P. Jaime Sanin Greiffenstein, F.j. 2.3. Al respecto pueden consultarse también las sentencias T- 200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T - 447 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T - 067 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, T - 192 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, T - 645 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T - 042 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU - 039 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara, T - 177 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz

³⁹ Sentencia T - 484 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz. F.j. B. Al respecto pueden consultarse también las sentencias T - 271 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴⁰ Por el contrario a la perspectiva restrictiva según la cual el derecho a la salud sólo tiene el carácter de fundamental en aquellos casos en los cuales se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida.

cuales se afecta de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales. Según éste último punto de vista, la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. Con base en esta apreciación gradual de la salud, el Estado protege un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal.⁴¹ En esta línea, y dada la conexión que se presenta entre el derecho a la salud y algunos derechos fundamentales propiamente dichos⁴², hace que en ciertos casos el primero adquiere el carácter de fundamental y por tanto sea exigible mediante la acción de tutela.

Así las cosas, en el actual contexto jurídico colombiano no es posible absolutizar ninguna de las posiciones doctrinarias en torno a la naturaleza jurídica de los derechos sociales de prestación, lo cual se hace extensivo a la definición de la naturaleza jurídica del derecho a la salud. De hecho la propia Corte Constitucional ha sostenido que "[l]a frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso"⁴³. La posibilidad de exigibilidad jurídica directa de este derecho mediante la acción de tutela -excepción hecha del derecho a la salud de los niños- depende del caso concreto al que se circunscriba la reclamación del mismo y, en este sentido, corresponde al juez de tutela determinarla según los particulares supuestos de hecho en que se enmarca cada caso.

Ahora bien, dejando de lado aquella línea jurisprudencial según la cual el derecho a la salud tiene un carácter eminentemente prestacional, y por tanto no es protegible por la vía de la acción de tutela, presentaremos a continuación la línea de la jurisprudencia de la Corte conforme a la cual el derecho a la salud puede ser considerado como un derecho fundamental por conexión. Dentro de esta se presentarán además dos vertientes jurisprudenciales enfocadas a establecer cómo la Corte ha priorizado la protección del derecho a la salud en atención a determinados sujetos del derecho -niños y madres durante el embarazo y período de lactancia-, y una tercera vertiente relacionada con la inaplicabilidad -en favor del "derecho fundamental a la salud"- de normas legales y reglamentarias que excluyen determinadas prestaciones o servicios de

⁴¹ Sentencia T - 597 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 2.

⁴² Respecto de la conexión que se presenta entre los derechos sociales y los derechos de libertad puede consultarse ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002. Pág. 200 y ss.

⁴³ Sentencia T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz F.j. B

los Planes Obligatorios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el marco de esta última se hará énfasis en las exclusiones relacionadas en los casos de enfermos de SIDA y en la priorización de la protección del derecho a la salud de quienes padecen tal enfermedad⁴⁴.

3.1. El derecho a la salud como derecho fundamental en virtud de su conexión con otros derechos fundamentales. Su exigibilidad directa en sede de tutela

Partiendo de una interpretación sistemática de las cláusulas constitucionales que consagran el Estado social de derecho y la dignidad humana como principios, la Corte ha concluido que, una y otra, exigen del Estado el cumplimiento de una serie de obligaciones tendentes a la realización progresiva de los derechos sociales de prestación⁴⁵ los cuales, en determinadas ocasiones, pueden ser directamente exigibles mediante la acción de tutela⁴⁶. Derivada esta doctrina hacia la protección constitucional del derecho a la salud, la Corte desarrolla una línea jurisprudencial que se centra en la solución de los casos en los cuales es evidente una conexión determinante entre el derecho a la salud y un derecho fundamental como el derecho a la vida o el mínimo vital.

Un primer momento dentro de esta línea jurisprudencial lo encontramos en la sentencia T-406 de 1992⁴⁷ en la

⁴⁴ Para la selección de las sentencias se realizó una primera exploración sobre las sentencias más recientes en cada uno de los campos de estudio señalados y partiendo de ellas se buscó la construcción de una línea descendiente en términos cronológicos conforme a las citaciones jurisprudenciales internas de cada una de las sentencias revisadas. Hecha así una primera escogencia, del conjunto de las sentencias resultantes se procedió a seleccionar aquellas sentencias más recurrentemente citadas por la propia Corte a manera de precedente para los fallos subsiguientes. Con base en las sentencias obtenidas de este último proceso se construyó cada una de las líneas jurisprudenciales que en adelante presentaremos. Esta es la metodología utilizada por el Profesor Diego LÓPEZ en su libro El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales, Teoría del Derecho Judicial, Bogotá, Ediciones Uniandes y Legis, 2000.

⁴⁵ Al respecto se pueden consultar las sentencias T-427 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C- 251 de 1997, entre otras

⁴⁶ Sobre el alcance de los derechos sociales, los derechos fundamentales y la cláusula de estado social de derecho se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, F.j. 1-25, T - 207 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 4, T - 205 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1, C- 251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 5-7, SU - 819 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, F.j. 3, SU - 111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 8 a 14, SU - 225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 4-5, SU - 624 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1, y T - 762 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 5-6.

⁴⁷ Sentencia T - 406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón

cual la Corte consideró que, eventualmente, derechos sociales como la salud y la salubridad pública pueden ser considerados como fundamentales siempre que, para un caso específico, sea evidente su *conexión* con un principio constitucional o con un derecho fundamental. Probado el factor *conexión* entre un derecho social y un principio constitucional o con un derecho fundamental para el caso particular, será posible la protección del primero en sede de tutela. En la misma línea, en la sentencia T-484 de 1992 la Corte consideró que la falta de atención médica podría implicar un perjuicio irremediable para el paciente en tanto que los quebrantos de salud ponían en serio peligro su derecho a la vida⁴⁸. En la sentencia T-571 de 1992 la Corte señaló que el derecho a la salud, es uno de aquellos derechos que pueden adquirir el carácter de fundamentales por *conexión* cuando su vulneración o amenaza compromete derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, y en tal medida es susceptible de ser protegido por medio de la acción de tutela⁴⁹. Y en el mismo sentido se pronunció en la sentencia T-494 de 1993 al establecer que “[c]uando se habla del derecho a la salud, no se está haciendo cosa distinta a identificar un objeto jurídico concreto del derecho a la vida, y lo mismo ocurre cuando se refiere al derecho a la integridad física. Es decir, se trata de concreciones del derecho a la vida, mas no de bienes jurídicos desligados de la vida humana, porque su *conexión* próxima es inminente”⁵⁰. Tal planteamiento fue reiterado en la sentencia, Sentencia T - 067 de 1994⁵¹.

Posteriormente, a partir de la sentencia T-207 de 1995 la Corte concreta aún más el objeto de *conexión* que hace del derecho a la salud un derecho fundamental por *conexidad*. En dicha sentencia la Corte señaló que “[e]xisten otros derechos prestacionales que se hacen exigibles por su *conexidad*, a partir del caso en concreto, con un derecho fundamental. (...) [L]a exigibilidad, a través de la acción de tutela, de prestaciones constitucionales como los derechos a la salud (...) está sujeta a la comprobación de una violación o amenaza de los derechos fundamentales (...) en particular cuando la completa ausencia de apoyo lo priva [al afectado] de su derecho al

mínimo vital”⁵². (cursivas fuera del texto). Y afilando un poco más tal tendencia, mediante la sentencia T-271 de 1995 la Corte especificó que “la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental merced a su relación inescindible con el derecho a la vida y al mínimo vital”⁵³. La línea se mantiene igualmente en las sentencias T-042 y 645 de 1996 en las cuales se especifica que los derechos a la seguridad social y a la salud adquieren el carácter de fundamentales “por *conexidad* cuando su desconocimiento se traduce, indefectiblemente, en la vulneración de otro derecho de tal naturaleza como el derecho a la vida o a la dignidad humana”⁵⁴, y que “el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en *conexidad* con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal (...) y por tanto es susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela”⁵⁵, respectivamente. Esta reducción del ámbito de los derechos fundamentales frente a los cuales se debe comprobar la *conexión* del derecho a la salud se hace más fuerte en la sentencia SU-111 de 1997 en la cual la Corte señala que la acción de tutela resulta procedente para la protección de este derecho sólo “cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de las personas (...)”⁵⁶. El carácter fundamental del derecho a la salud consagrado en la Constitución, según se plantea en esta sentencia, sólo tendría lugar en el caso en que se establezca una *conexión* entre su vulneración y la violación del derecho al mínimo vital.

Con todo, y pese a que la sentencia 111 de 1997 fue clasificada como SU-, esto es como sentencia de unificación jurisprudencial, en la sentencia T-417 de 1997 la Corte recuperó la línea anterior en la cual no se restringía la *conexión* exigida a determinados derechos y reiteró que a pesar de no ser derechos de aplicación inmediata, los derechos a la salud y a la seguridad social deben entenderse como derechos fundamentales y por tanto tutelables cuando su desconocimiento supone la afectación de un derecho fundamental y no existe medio alternativo de defensa judicial que sea idóneo y eficaz para su protección, o cuando a pesar de existir, con él no se logre evitar un perjuicio irremediable⁵⁷. En el mismo sentido se pro-

⁴⁸ Sentencia T-484 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. B

⁴⁹ Sentencia T- 571 de 92 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, F.j. 2.3.

⁵⁰ Sentencia T-494 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, F.j. 2.1.

⁵¹ Sentencia T - 067 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, F.j. 2. En igual sentido la sentencia T - 192 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández.

⁵² Sentencia T-207 de 1995 –M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 4. En esta sentencia la Corte recoge los criterios planteados por la Corporación en las sentencias T-254/93, T-539/93, T-354/94, y T-431/94, entre otras.

⁵³ Sentencia T-271 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 7

⁵⁴ Sentencia T-042 de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. C.

⁵⁵ Sentencia T-645 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 4.

⁵⁶ Sentencia SU-111 de 1997 – M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 16

⁵⁷ Sentencia T-417 de 1997 – M.P. Antonio Barrera Carbonell, F.j. 2.4.

nunció la Corte en la sentencia SU-480 de 1997 al establecer que los derechos a la salud y a la seguridad social pueden ser protegidos como derechos fundamentales si verificada su afectación se encuentra que está de por medio la afectación del derecho a la vida del demandante en tutela⁵⁸. En esta misma línea se mantuvo la Corte en la sentencia SU-039 de 1998.

A partir de los postulados de las sentencias referenciadas en este apartado, se puede decir que la regla de decisión para la protección del derecho a la salud en sede de tutela que ha consolidado la Corte sería aquella según la cual el derecho a la salud debe ser considerado como derecho fundamental cuando se compruebe que la afectación del mismo implica la afectación de un derecho fundamental y en especial la del derecho a la vida e integridad personal, a la vida digna o al mínimo vital del actor. Sobre esta base se fallaron posteriormente las sentencias T-328 de 1998⁵⁹, T-177 de 1999⁶⁰, T-027 de 1999⁶¹, la T-101 de 2000⁶² y T-128 y 204 de 2000⁶³, entre otras. La jurisprudencia de los años 2001 a 2004, por su parte, nos permite concluir que ésta es la línea que se ha mantenido. Ejemplo de ello lo encontramos en las sentencias T-636 y T-633 de 2001, T-509 de 2002, T-171 de 2003 y T-442 de 2004. En la primera de ellas la Corte señaló que “el derecho a la salud adquiere rango de fundamental cuando su afectación compromete de manera directa e inmediata el derecho fundamental a la integridad personal, física o moral.”⁶⁴ En esta misma línea, pero esta vez señalando específicamente un listado de prestaciones que en materia sanitaria deben proveerse en aras a garantizar el derecho a la salud por *cenexidad*, se manifestó la Corte en la sentencia T-693 de 2001 en la cual señaló que en aquellos eventos en los cuales la salud y la vida de las personas se encuentren grave y directamente comprometidas a causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, falta de suministro medicamentos, con motivos puramente económicos, aún contemplados en normas legales o reglamentarias, el juez de tutela deberá amparar los mencionados derechos teniendo en cuenta la

prevalencia de los preceptos constitucionales y su conexidad con derechos de carácter fundamental⁶⁵.

En el mismo sentido se falló la sentencia T-509 de 2002 en la cual se señaló que “toda situación que haga de la existencia del individuo un sufrimiento es contraria al derecho constitucional fundamental a la vida –entendiéndolo como el derecho a existir con dignidad–, por más que no suponga necesariamente el deceso de la persona y aún cuando no sea éste el caso, procede la intervención del juez de tutela para restablecer al titular en el goce pleno de su derecho, según las circunstancias del asunto puesto a su consideración”⁶⁶. Por su parte, en la T-171 de 2003 se señaló que el derecho a la salud se entiende como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento” directamente relacionada con el derecho a la vida digna lo que hace que sea protegible mediante acción de tutela⁶⁷. Y en la T-442 de 2004 la Corte señaló que la jurisprudencia constitucional ha establecido que “existen situaciones excepcionales en las que el compromiso de los derechos fundamentales del afiliado al sistema de seguridad social en salud impone prescindir de [las exclusiones y copagos] para no vulnerar tales derechos”, lo cual se produce en los casos en que se presenta conexidad entre aquellos y el derecho a la salud que se reclama⁶⁸.

Igual reconocimiento a la potencialidad del derecho a la salud como derecho fundamental lo expresa la Corte en la sentencia T-697 de 2004 al señalar que si bien el derecho a la salud, en principio, no puede ser considerado fundamental porque no es un derecho subjetivo, “(a) adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho

⁵⁸ Sentencia SU-480 de 1997 –M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 2

⁵⁹ Sentencia T-328 de 1998, M.P., F.j. 2.

⁶⁰ Sentencia T-177 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 2.2.

⁶¹ Sentencia T-027 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, F.j. 4

⁶² Sentencia T-101 DE 2002 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, F.j. 2

⁶³ Sentencia T-128 DE 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo F.j. 2

⁶⁴ Sentencia T-636-01 M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 3.3

⁶⁵ Sentencia T-693 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería. En igual sentido fue fallada, entre otras, la T-1344 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

⁶⁶ T-509 de 2002 segundo. En la misma línea la Sentencia T-090 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas, F.j. 2.1

⁶⁷ Sentencia T-171 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, F.j. 4.1.

⁶⁸ T-442 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño, F.j. 3.2

se traduzca en un derecho subjetivo”⁶⁹. Y a partir de este pronunciamiento se consolida la que será en adelante la postura de la Corte en relación con el carácter subjetivo del derecho a la salud. Así se confirma, entre otras, en la sentencia T-858 de 2004 en la cual la Corte, citando lo señalado ya en la sentencias T - 859 de 2003, expresó que puede sostenerse que “tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-.”⁷⁰

Los elementos hasta ahora señalados son los que, aplicados a las particularidades de cada caso, se siguen esgrimiendo actualmente en la jurisprudencia de la Corte en relación con el derecho a la salud. Así se desprende de sentencias como la T-001-06 en la cual se señaló que “el derecho a la salud es, en principio, un derecho de naturaleza prestacional, pero que puede adquirir el carácter de fundamental cuando se encuentra en conexidad con el derecho a la vida y con otros que también tienen esa condición jurídica, como la integridad personal. Teniendo en cuenta la regla precedente (...) el derecho a la salud en conexidad con la vida e integridad personal se vulnera, entre otras circunstancias, cuando por razones de tipo contractual o legal, una entidad encargada de prestar el servicio de salud decide negar la práctica de un tratamiento o el suministro de medicamentos poniendo en riesgo los precitados derechos de las personas.”⁷¹ Y en esta misma línea, en la sentencia T-018 se reitera que “se desconoce el derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la integridad, de una persona que requiere un servicio de salud” cuando dicho servicio le ha sido negado por el sistema de salud y se demuestra que (i) *la falta del servicio de salud vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere*; (ii) *el servicio no puede ser sustituido por otro ...*; (iii) *el interesado no puede directamente costear [el servicio]...;* y (iv) *el servicio de salud ha sido ordenado por un*

*médico adscrito a la EPS del paciente.”*⁷² Esta es la que podríamos denominar la *línea jurisprudencial general* de protección constitucional del derecho a la salud en el marco jurídico colombiano y de ella se desprenden, como se verá en adelante, algunas sub-líneas jurisprudenciales específicas para determinados eventos.

3.2. El derecho a la salud y los sujetos del derecho

La Corte Constitucional ha matizado la protección de la salud de acuerdo con algunos sujetos de derecho. En este sentido ha establecido una serie de prevalencias o de excepciones a las reglas generales en la protección de este derecho, bien en razón al sujeto del derecho, bien por las circunstancias del mismo.

3.2.1. El derecho fundamental a la salud de los niños

De las mencionadas prevalencias, por expresa disposición constitucional (artículo 44), la primera es la relativa a la protección de la salud de los niños. En términos de la Corte “[el] derecho a la salud de los niños, a diferencia del que tienen las demás personas, por voluntad expresa del Constituyente, se instituyó en la Carta como fundamental (...)”⁷³. Y así lo expresó la Corte, entre otras, en la sentencia SU-043 de 1995, en la cual la señaló que “los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política.”⁷⁴ En general, esta es la regla que se mantiene a lo largo de la línea sobre protección constitucional del derecho a la salud de los niños⁷⁵. De ello dan cuenta otras sentencias en las cuales la Corte ha sostenido: que “(...) el derecho a la

⁷² T-018 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 3

⁷³ Sentencia T- 200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 2. Al respecto pueden consultarse también las sentencias SU - 043 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, T - 165 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T - 640 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T - 514 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández, T - 225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T - 415 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T - 556 de 19898 M.P. José Gregorio Hernández, T - 727 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T - 236 de 998 M.P. Fabio Morón Díaz, T - 119 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T - 138 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T - 382 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁷⁴ Sentencia SU- 043 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 11.

⁷⁵ La línea jurisprudencias en materia de protección del derecho a la salud de los menores de edad puede trazarse a partir de las siguientes sentencias: T-008, T-402 y T-183 de 1992, T - 597 de 1993, T-447 de 1994, T-165 y SU-043 de 1995, SU-225, T-236, T-286, T-415, T-453 y T-784 de 1998, T-382, T-119 y SU-819 de 1999, T-093 y T-179 de 2000, y T-421 y T-939 de 2001.

⁶⁹ T-697 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes, F.j. 4

⁷⁰ T-858 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, F.j. 4.

⁷¹ T-001 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, F.j. 5

salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene, en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños⁷⁶; que “la propia Constitución Política en su artículo 44 consagra a la salud como un derecho fundamental junto con el de la seguridad social, y es así como dispone que son derechos fundamentales de los niños, entre otros, “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social...”⁷⁷; que “en tratándose de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen el carácter de derechos fundamentales por expresa disposición del artículo 44 de la Carta Política, (...) [de manera que] cuando está en riesgo la salud o la integridad física de un menor, no se requiere que esté en conexidad con la vida o con otro derecho fundamental, pues por sí mismo tiene esta naturaleza.”⁷⁸; o que “la negativa de las entidades de salud de suministrar tratamientos, elementos y medicamentos (...) a menores de edad, es una conducta que claramente vulnera sus derechos fundamentales, como quiera que el artículo 44 de la Constitución Política consagra como uno de los derechos fundamentales de los niños, el derecho a la salud y a la seguridad social. (...)”⁷⁹. Así mismo se ha reconocido en sentencias más recientes en las cuales la Corte ha señalado que “el derecho a la salud en el caso de los niños, (...) en cuanto derivado del derecho a la vida y en procura de garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial”⁸⁰, o que “el artículo 44 de la Constitución Política señala la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas y determina que algunos de los que no se entienden fundamentales para las demás personas, lo serán para ellos. También prevé el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños en forma autónoma, razón por la que no se considera necesario relacio-

narlo con ninguno otro para que adquiriera tal status, con el objeto de obtener su protección por vía de tutela”⁸¹.

Ahora bien, aún cuando la regla de decisión utilizada en la línea jurisprudencial general de protección del derecho a la salud de los menores parece ser bastante clara y homogénea, por lo cual no se presentará de ella un estudio pormenorizado, en la lectura sistemática sobre la misma llama la atención el hecho de que un alto porcentaje de las sentencias que se producen en este campo, al menos hasta el año 2001, hacen referencia a casos de niños beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que padecen alguna enfermedad cuyo pronóstico es “no favorable de curación”. Las acciones generalmente van encaminadas a conseguir que se suministren a los niños los tratamientos, medicamentos o aparatos que requieren para su recuperación o rehabilitación, cuando ellos han sido negados por las respectivas Empresa Promotora de Salud o por la Administradoras del Régimen Subsidiado.

Esta línea se inicia con la sentencia T-200 de 1993 en la cual la Corte resolvió el caso de un menor con retardo mental que venía recibiendo un tratamiento de rehabilitación integral a cargo de la Empresa Promotora de Salud y cuyo tratamiento fue suspendido en razón a que el menor no contaba con pronóstico favorable de curación, lo cual, de acuerdo con el artículo 26 del Decreto 770 de 1975⁸², era causal suficiente para suspender el tratamiento. Para resolver la Corte tuvo en cuenta el contenido del mencionado artículo 26 del Decreto 770/75 y en virtud del mismo señaló que la Empresa Promotora de Salud se había limitado a cumplir con la legalidad y que con tal actitud no había puesto en riesgo la salud del infante⁸³. Como se observa, la Corte centró su decisión en consideraciones de tipo legal, al punto que la ponderación constitucional no tuvo en cuenta la cláusula del artículo 44 de la Carta. En consideración únicamente del mandato del artículo 26 del Decreto 770/75, la Corte optó por negar la tutela, sin ma-

⁷⁶ Sentencia T-1220 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis, F.j. 3

⁷⁷ Sentencia T-280 de 02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, F.j. 3.

⁷⁸ Sentencia T-322 de 2004, M.P. Jaime Araujo, F.j. 3

⁷⁹ Sentencia T-094 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, F.j. 4.1

⁸⁰ Sentencia T-265 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁸¹ Sentencias Sentencia T-282 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, F.j. 3.

⁸² Artículo 26, Decreto 770 de 1975. “Los hijos de los asegurados amparados por el seguro de enfermedad general y maternidad tendrán derecho a la necesaria asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, así como a los correspondientes servicios paramédicos y médicos auxiliares de diagnóstico y tratamiento, durante el primer año de vida.”

“Cuando se diagnostique enfermedad durante el primer año de edad, el hijo asegurado tendrá derecho, en cualquier tiempo, a todas las prestaciones asistenciales necesarias, cuando a juicio del servicio médico no sea procedente su tratamiento dentro del primer año de vida y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación.” (negritas fuera de texto)

⁸³ Sentencia T-200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 3.

yores consideraciones respecto del derecho fundamental a la salud de los menores.

En el año siguiente, habiendo entrado en vigencia la Ley 100 de 1993 (que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud), la jurisprudencia de la Corte para este tipo de casos mostró un giro radical a favor de la defensa del derecho fundamental a la salud de los niños, al considerar prevalentes las cláusulas de los artículos 44 y 47 constitucionales frente a las disposiciones legales sobre la materia. En esta línea, mediante las sentencias T-067 y T-068 de 1999 la Corte concedió la tutela del derecho a la salud y seguridad social solicitada en dos casos similares al anterior. Para resolver, la Corte señaló que sobre la interpretación literal y ciega del artículo 26 del Decreto 770/75 en relación con los casos de “pronóstico no favorable de curación” era indispensable una interpretación acorde con los mandatos constitucionales de acuerdo con los cuales “a los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos ‘se prestará la atención especializada que requieran’. Su protección especial corre a cargo del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 13 de la Carta.”⁸⁴ La Corte estableció que no es constitucionalmente aceptable entender el Decreto 770/75 en el sentido de que la entidad de seguridad social esté autorizada para interrumpir un tratamiento a quien estaba derivando de él evidentes progresos, logrando mantener en el menor afectado una mejor calidad de vida. Considerando que de acuerdo con el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, ‘curación’ significa, además del restablecimiento de la salud, el “conjunto de procedimientos para tratar una enfermedad o afección”, la Corte concedió las tutelas ordenando el restablecimiento del tratamiento que le fuera suspendido a los menores⁸⁵.

Con base en lo anterior a partir de este momento se consolidan dos premisas determinantes al momento de enfrentar los casos en los cuales se ve afectado el derecho a la salud de un niño, a saber: que en cualquier caso y por mandato de la propia Carta (artículos 44 y 50), el derecho a la salud de los menores es un derecho fundamental susceptible de protección en sede de tutela; y que en lo que se refiere a los menores disminuidos físicamente, debe haber una protección especial en atención al mandato del artículo 47 superior.

⁸⁴ Sentencias T-067 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, F.j. y T-068 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, F.j. 4.4.

⁸⁵ Sentencias T-068 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, F.j. 4.4.

Esas dos premisas sirvieron posteriormente para sustentarlas sentencias T-204 de 1994⁸⁶ y T-001 de 1995⁸⁷ en las cuales la Corte consideró que la suspensión de un tratamiento que tiene efectos positivos para el desarrollo y mejoramiento de la calidad de vida de un infante, aún cuando no logre restablecer definitivamente su salud, implica la vulneración de su derecho a la salud, y en la sentencia T-020 de 1995 en la cual agregó que “el contenido del artículo 26 del Decreto 770/75 no puede ser entendido ni aplicado en contravía del artículo 44 de la Constitución”⁸⁸ y que de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 1939 de 1993 -en el cual se consagran las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud-, se aclara que aún cuando el pronóstico sea no favorable de curación, “podrán brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionalidad y la incomodidad, o terapia de mantenimiento ...”⁸⁹. Así las cosas, “aun en estados terminales, [las Empresa Promotora de Salud] no pueden exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales a sus pacientes; (...)”⁹⁰.

Esta fue la línea que se “unificó” en la sentencia SU-043 de 1995 en la cual Corte añadió que no es constitucionalmente aceptable que una Empresa Promotora de Salud sustente la desatención médica de un menor de edad en el hecho de que su diagnóstico sea no favorable curación⁹¹. Los menores beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud tienen derecho a recibir de éste toda la atención en salud que sea necesaria para mejorar su calidad de vida –terapia paleativa, psicológica, etc.⁹² En el mismo sentido se fallaron posteriormente las sentencias T-131, T-159 de 1995, T-640 de 1997, T-556 de 1998, y T-338 de 1999⁹³. En estas últimas, además, la Corte señaló que de acuerdo con el artículo 23 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños de 1989 ratificada por Colombia, atendiendo a las necesidades del niño impedido, la asistencia que se le preste debe ser gratuita en la medida de lo posible -conforme lo amerite la

⁸⁶ Sentencia T-204 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 2.

⁸⁷ Sentencia T-001 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández, F.j. 4.

⁸⁸ Sentencia T-020 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. II.2.

⁸⁹ Sentencia T-020 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. II.2.

⁹⁰ Sentencia T-020 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. II.2 y IV.

⁹¹ Sentencia SU-043 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 12.

⁹² Sentencia SU-043 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 12.

⁹³ Sentencia T-159 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-556 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, y T-338 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden de él- y tendrá como fin asegurar que el niño impedido tenga un “acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimientos, y reciba tales servicios con el objeto de que logre una integración social y un desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual en la máxima medida posible”. (párrafo 3).

Posteriormente, con la sentencia T-179 de 2000 se consolidó un criterio adicional en favor de la protección del derecho a la salud de los niños en las circunstancias que venimos siguiendo y que venía haciendo carrera desde la sentencia T-067 de 1994. En el estudio del caso de cinco niños con parálisis cerebral y enfermedades derivadas que pedían la tutela de los derechos a la seguridad social y a la salud, la Corte consideró que la exclusión legal de cualquier tratamiento que conduzca a mejorar la calidad de vida del infante resulta contrario a la Ley 100 de 1993 y a los postulados constitucionales⁹⁴. En la misma línea se mantuvo la Corte al fallar la sentencia T-920 de 2000⁹⁵.

A partir del año 2001 no se encuentran más casos como los que se han venido describiendo. Ello puede obedecer, en nuestro criterio, a la declaratoria de nulidad del artículo 26 del Decreto 770/75 que dejó sin piso las alegaciones que sobre tales supuestos sustentaba las Empresas Promotora de Salud⁹⁶. Con todo, los argumentos utilizados por la Corte para decidir a favor de la salud de los menores en esta línea jurisprudencial, relativos a la inaplicación de exclusiones legales en la prestación del servicio de salud, se mantienen aunque ahora en referencia a asuntos en los cuales se ven involucrados menores con otro tipo de discapacidades. Es lo que se desprende de las sentencias T-134⁹⁷ y T-786 de 2001⁹⁸, y T- 972 de 2001⁹⁹. En ésta última se decidió que un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud que cumple todos los requisitos para exigir una prestación y que padece una grave patología para la cual se necesita, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el P.O.S-S pero que ha

sido ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido. Aunque la línea que se viene describiendo ya no se ciñe a los que se habían identificado como casos de “menores con pronóstico no favorable de curación”, sigue desarrollando una importante jurisprudencia en relación con la inaplicación de normas que contemplan exclusiones y limitaciones sobre las prestaciones que incluye el derecho a la salud de los menores.

En este mismo sentido se fallaron, entre otras, las sentencias T-197 de 2003, T-202 y T-094 de 2004. En la primera de ellas la Corte señaló que “[l]as medidas afirmativas para la protección especial del discapacitado se hacen más intensas en ciertos ámbitos donde su discriminación se presenta con mayor frecuencia o respecto al goce de algunos derechos prestacionales que adquieren mayor entidad por la misma condición particular de ese grupo de la población. (...) Dentro [de ellos] el más representativo es el del derecho a la salud, en el entendido que es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales.”¹⁰⁰ Esta postura es posteriormente reiterada en la sentencia T-202 de 2004¹⁰¹ siguiendo la línea de lo señalado en la T-094 del mismo año en la cual la Corte recuerda el carácter fundamental y prevalente de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de los niños, la Corte señala que la jurisprudencia “ha desarrollado el concepto constitucional de interés superior del menor, que consiste en reconocer al niño una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice “el desarrollo normal y sano” del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral, y la correcta evolución de su personalidad. Como consecuencia del

⁹⁴ Sentencia T- 179 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 7.

⁹⁵ Sentencia T-920 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 19.

⁹⁶ No se descarta que a partir de este momento exista alguna sentencia referida a un caso similar a los reseñados anteriormente; de ser así, es probable que sea el método de selección de sentencias que hemos utilizado el que nos ha alejado de él.

⁹⁷ Sentencia T-134 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 2.2.

⁹⁸ Sentencia T-786 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, F.j. 3

⁹⁹ Sentencia T – 972 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda

¹⁰⁰ Sentencia T – 197 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁰¹ Sentencia T – 202 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

carácter fundamental y prevalente de los derechos a la salud y a la seguridad social del niño se desprenden las siguientes características: (1) son de aplicación inmediata, sin requerir desarrollo legislativo, (2) prevalecen sobre el ordenamiento legal y reglamentario, y (3) cuando se trate de niño discapacitado [que normalmente requiere tratamiento permanente] reclaman una prestación de mejor asistencia integral y especializada para su rehabilitación.”¹⁰²

En este orden de ideas, esta línea se va acercando cada vez más a la línea general sobre las reglas jurisprudenciales de inaplicación de las exclusiones y limitaciones de los Planes Obligatorios de Salud de los adultos (que trataremos más adelante), siempre con la salvedad de que se entiende que en el caso de los menores el derecho a la salud que se protege es entendido de plano como derecho fundamental. Así, a partir de 2002 se consolida dentro de esta línea jurisprudencial un nuevo factor que será el que la guiará en adelante, y no sólo en el caso de los menores sino en incluso en el caso de adultos con enfermedades crónicas cuyo tratamiento se prolonga indefinidamente en el tiempo, cual es el recurso al “principio de continuidad” que requiere la atención médica para garantizar buenos resultados en términos de recuperación de la salud o de mantenimiento de los mejores niveles de calidad de vida posibles, el cual venía haciendo carrera en la jurisprudencia de la Corte desde 1993. Al respecto, en la sentencia T-572 de 2002 la Corte se pronunció en los siguientes términos: “(...) si el tratamiento con ese medicamento se ha iniciado, con la anuencia de la EPS, entra en juego, para el análisis constitucional, la continuidad en la prestación del servicio. Y, entonces, la arbitrariedad consistiría en suspender un tratamiento iniciado, que se torna imprescindible porque de lo contrario afectaría la integridad física del paciente, su dignidad como persona, la vida digna a la cual tiene derecho y la confianza legítima de que no puede suspenderse lo iniciado.”¹⁰³ Tal jurisprudencia fue confirmada en la sentencia T- 849 de 2003,¹⁰⁴ y actualmente es esta la línea que se viene reiterando. De ello es buen ejemplo T - 467 de 2004 en la cual se señala que “[e]n varias oportunidades, esta Corporación ha establecido que el servicio de salud debe regirse, entre otros principios,

por el de continuidad¹⁰⁵. Esto implica que el suministro de un servicio de salud (v.gr. medicamentos, exámenes, consultas, intervenciones) no puede ser suspendido cuando, habiendo sido iniciado, continúa siendo necesario para salvaguardar la vida, la integridad y la salud del paciente, según el criterio de su médico tratante. Para la aplicación de esta subregla no se tiene en cuenta la edad del paciente, ni la gravedad de la patología, ni si el tratamiento está contenido en el POSS. Los elementos que son relevantes para su aplicación son (i) la iniciación previa del tratamiento, (ii) que éste sea necesario para tratar una enfermedad y (iii) que haya sido ordenado por el médico tratante.(...) [En el caso de menores] la suspensión en el control médico viola el principio de continuidad que rige al servicio de salud y vulnera el derecho fundamental a la salud del menor.”¹⁰⁶

Y en la jurisprudencia más reciente se mantiene esta misma línea en torno, tanto al principio de continuidad como en cuanto a la inaplicación de normativa que excluye tratamientos favorables para la conservación de la vida digna del paciente menor de edad. Así se desprende de sentencias como las T-910/05 y T-282/06. En la primera de ellas la Corte señaló que “en el particular caso de los niños, [la Corte] ha procedido a inaplicar la reglamentación del plan obligatorio de salud, cuando ha encontrado que con dicha actuación se vulneran los derechos fundamentales de los niños y en tales casos ha procedido a aplicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Constitución, pues ha señalado que la disposición legal en la cual se amparaba la negativa de brindar un tratamiento médico que se requiere para mejorar la salud de los niños, se desconoce el postulado de prevalencia de los derechos infantiles, contenido en el artículo 44 Superior, en concordancia con tratados internacionales sobre los derechos de los menores, pues ha considerado que la omisión de brindar un tratamiento especial y adecuado en un niño que tiene problemas físicos o psicológicos afecta su calidad de vida futura y su dignidad como ser humano.”¹⁰⁷ En la T- 282 de 2006, por su parte, la Corporación se pronunció en favor de la continuidad del tratamiento médico-educativo de un menor que padecía autismo, argumentando que “el amparo constitucional es procedente cuando se presenta la falta del tratamiento o medicamento que amenace o vulnere los dere-

¹⁰² Sentencia T – 094 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, F.j. 2.1

¹⁰³ Sentencia T- 572 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. F.j. 1

¹⁰⁴ Sentencia T – 849 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Gálvis

¹⁰⁵ T-406/93 (MP: Alejandro Martínez Caballero), SU-562/99 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y T-319/04 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) entre otras

¹⁰⁶ Sentencia T 467 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 2.2.2.

¹⁰⁷ Sentencia T-910 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, F.j. 3.2.

chos fundamentales a la vida o a la integridad personal del cotizante o beneficiario, pues, no sólo existe cuando está en inminente riesgo de muerte sino también cuando tal situación altera las condiciones de vida digna del sujeto, pues no se garantiza el respeto al derecho a la dignidad, si se lo ubica en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señala en cuanto ser humano, dado que la protección constitucional de éste derecho fundamental no enmarca la mera existencia biológica, es decir, “no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales”¹⁰⁸.

Con base en lo señalado, la regla de decisión que se deriva de la línea sobre la protección de la salud de los menores la podríamos definir como sigue: cuando se trata de derechos fundamentales de los niños, como es el caso de la salud y la seguridad social, no es válida, desde la perspectiva constitucional, la vigencia de exclusiones o limitaciones a los servicios que patrocina el Sistema General de Seguridad Social en Salud cuando éstas hagan referencia a soluciones sanitarias que mejoren la calidad de vida del menor afectado. Lo anterior, por cuanto los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños están reconocidos como derechos fundamentales de aplicación inmediata (artículo 44 de la Constitución).

3.2.2. El derecho a la salud de las mujeres en estado de embarazo y durante el período de lactancia

Igual que sucede con los menores, en virtud del artículo 43 de la Constitución Política de Colombia la mujer es considerada como un sujeto de especial protección.

En atención a ello, la propia Carta contempla, entre otras previsiones, que durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada. (...)”. A partir de dicho mandato constitucional, la Corte constitucional ha desarrollado una clara línea de protección a la mujer embarazada, especialmente en el campo de la estabilidad laboral. Adicionalmente, y en aplicación también del artículo 50 constitucional¹⁰⁹, en el ámbito del derecho a la

salud la Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial en la cual ha priorizado la protección de la salud de la madre en estado de embarazo y durante el período de lactancia¹¹⁰.

El comienzo de esta línea lo encontramos en la T-694 de 1996 en la cual la Corte señaló que “de acuerdo a la Constitución Política y a los convenios y tratados internacionales con fuerza vinculante en nuestro país, existen actualmente protecciones suficientes para la estabilidad en el trabajo de la mujer embarazada, para la licencia y prestaciones debidas por tal condición, y, por otro aspecto, en ocasiones puede haber manutención y servicios gratuitos para aquella y su hijo, que, en casos especiales, serán satisfechos por el Estado”¹¹¹. (...) Significa lo anterior que hay un derecho a acciones positivas del Estado en favor de la madre y del recién nacido consagradas en las normas constitucionales e internacionales tantas veces citadas; estos derechos son constitucionales y subjetivos, luego son fundamentales.”¹¹²

Posteriormente, mediante la sentencia C-470 de 1997, en sede de control de constitucionalidad, aparece lo que podríamos llamar una *regla de especial protección de la salud de la mujer*¹¹³. En esta sentencia la Corte señaló que “la Constitución no sólo tutela a la mujer embarazada sino a la madre (CPC artículo 43), no sólo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además, como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, (...). La mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.”¹¹⁴ “Este deber de protección se proyecta en todos los campos de la vida social, como la salud

instituciones de salud que reciban aportes del Estado, la ley reglamentará la materia.”

¹¹⁰ Lo primero que ofrece la línea sobre protección especial de las mujeres durante el embarazo y período de lactancia son una serie de casos en los que se debatía esta especial protección en relación a reclamaciones por la estabilidad laboral. En ellos se encuentran tangenciales referencias a la protección de la salud de la mujer -sobre esto pueden consultarse las sentencias T-606 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz), y T-568 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)-. Sólo a partir de 1996 se descubre en propiedad la que será la línea de especial protección de la salud de la mujer en estado de embarazo y durante el período de lactancia.

¹¹¹ Sentencia T-694 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1

¹¹² Sentencia T-694 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1

¹¹³ Pese a ser una sentencia de control de constitucionalidad y no de tutela, ha sido incluida en la presente línea por la importancia que adquiere como precedente en las subsiguientes sentencias sobre la materia.

¹¹⁴ Sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 5.

¹⁰⁸ Sentencia T-282 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, F.j. 4.

¹⁰⁹ El artículo 50 de la Constitución Colombiana señala que “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las

o la alimentación (CPC artículo 43), (...).¹¹⁵ Los anteriores planteamientos fueron seguidos por la Corte al decidir en las sentencias T- 373¹¹⁶, -792 de 1998¹¹⁷ y T-730 de 1999 en la cual la Corte señaló que cuando se trata de una mujer embarazada la protección que ofrece el Sistema de salud ya no es solamente por el derecho a la salud sino por el derecho a la maternidad, y no solo es para la mujer sino también para el nasciturus de manera que “no es constitucional que se expulse del sistema de seguridad social en salud a una mujer embarazada, que por mandato constitucional (artículo 43) goza de especial asistencia y protección del Estado.”¹¹⁸ En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia T-1083 de 2000¹¹⁹ en la cual añadió que la Ley 100 del 93 “menciona a la mujer en estado de embarazo y a los menores, carentes de todo amparo, dentro de los sujetos que merecen una especial protección en materia de salud (...)”¹²⁰ “En particular, [continúa la Corte, la Constitución] le confiere a la mujer en estado de embarazo y al niño menor de un año, el derecho a una asistencia y protección especial en materia de salud y alimentación.” La línea es reiterada en las sentencias T-1181 de 2000¹²¹ y T-231 de 2001¹²² Este tipo de postulados se han mantenido en la jurisprudencia de la Corte hasta la actualidad. Así, en la T - 1088 de 2002 (en reiteración de la sentencia T 470 de 1997) la Corte señaló que [e]xiste (...) un verdadero “fuero de maternidad”, el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever en favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado de la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada. Por ende, una regulación que podría ser declarada constitucional para otros trabajadores, en la medida en que no viola los principios constitucionales del trabajo (CP artículo 53), puede tornarse ilegítima si se pretende su aplicación a las mujeres embarazadas, por cuanto se podría estar desconociendo el deber especial de protección a la maternidad que las

normas superiores ordenan”¹²³ (cursivas fuera del original).

En la misma línea se pronunció la Corte en las sentencias T - 909¹²⁴ y 961 de 2002¹²⁵ en las cuales señaló que el despido de trabajadoras embarazadas puede llegar a vulnerar derechos como el derecho a la estabilidad laboral reforzada, el derecho a las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo asociadas a la maternidad (licencia de maternidad, permisos de lactancia), el derecho al mínimo vital, el derecho a la vida y a la salud de la mujer durante y después del embarazo, así como la protección del nasciturus y el derecho a la vida y a la salud del recién nacido, y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación y a la maternidad. Y la misma jurisprudencia es mantenida en la actualidad como lo muestran las sentencias T- 028¹²⁶, T - 286¹²⁷ y T 486 de 2003¹²⁸, y T 063 de 2004 en la cual la Corte señaló que la mujer durante el proceso de gestación de su hijo y luego del parto, goza de un tratamiento especial protector que la hace acreedora a “una serie de prestaciones y garantías configuradoras de una especie de fuero de maternidad, y de ciertos beneficios, tales como (...), la prestación de los servicios médicos y hospitalarios (...)”¹²⁹ Y así mismo se desprende de sentencias como las T-727, T-947 y T-964 de 2005, en la primera de las cuales la Corte señaló que “la mujer, como gestadora de vida, ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del nasciturus, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión pueda ser objeto de discriminación de género”¹³⁰. Reiterando dicho postulado, en la sentencia T-947 del mismo año la Corporación señaló que “el pago de tal prestación [correspondiente a la baja maternal] configura un derecho fundamental por conexidad y, por tanto, es susceptible de protección por vía de tutela por encontrarse en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre y del recién nacido - tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud-.”¹³¹ pronunciamiento con el cual se

¹¹⁵ Sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 6.

¹¹⁶ Sentencia T-373 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 5.

¹¹⁷ Sentencia T-792 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, F.j. B.

¹¹⁸ Sentencia T-730 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 2.

¹¹⁹ Sentencia T-1083 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 19.

¹²⁰ Sentencia T-1083 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 22.

¹²¹ Sentencia T-1181 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.

¹²² Sentencia T-231 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹²³ Sentencia T - 1088 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, F.j. 7

¹²⁴ Sentencia T - 909 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹²⁵ Sentencia T - 961 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

¹²⁶ Sentencia T- 028 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹²⁷ Sentencia T- 286 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería

¹²⁸ Sentencia T- 486 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹²⁹ Sentencia T 063 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Gálvez, F.j. 3

¹³⁰ Sentencia T-727 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 1.

¹³¹ Sentencia T-947 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería

reitera lo sostenido por la Corte en las sentencias T-350, T-147, T-355 y T-549 de 2005, todas referentes al llamado “fuero de maternidad”. En la sentencia T-964, por su parte se señaló que “la protección especial a la mujer embarazada en el ámbito laboral implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos, que puede asimilarse a un verdadero “fuero de maternidad”, que comprende la protección específica prevista en el ordenamiento jurídico en favor de la mujer embarazada, como por ejemplo el descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y, en últimas, una estabilidad laboral reforzada.”¹³²

Como se desprende de la lectura de la línea presentada, el derecho consagrado de manera general en el artículo 43 de la Constitución se concreta entonces, entre otros eventos, en la posibilidad de que la mujer embarazada disfrute, bien mediante la vinculación al Régimen Contributivo, bien mediante la vinculación al Régimen Subsidiado, de las prestaciones sanitarias y económicas derivadas del Sistema General de Seguridad Social.

3.3. La inaplicabilidad de normas que regulan exclusiones o limitaciones de los Planes Obligatorios de Salud a favor de la protección del “derecho fundamental a la salud”

La Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial que gira en torno a la inaplicación de normas que contemplan exclusiones o limitaciones de los Planes Obligatorios de Salud –esto es de la normativa infraconstitucional que excluye del catálogo de prestaciones de la Seguridad Social en Salud tratamientos, intervenciones o medicamentos que en determinadas ocasiones resultan esenciales para la conservación de la vida del paciente-, por comprobación de la conexión existente entre la afectación del derecho a la salud y el derecho a la vida en un caso concreto cuando ello es necesario como fórmula de protección del derecho *fundamental* a la salud y a la vida. Los postulados de esta línea general se presentarán muy brevemente, para luego fijar la atención en los casos que, dentro de este grupo, hacen referencia a los enfermos de SIDA. Esta línea se inicia con la sentencia T-271 de 1995 en la cual la Corte resolvió el caso de un paciente de SIDA para cuyo tratamiento se había recetado un medicamento antirretroviral excluido del listado de medicinas del Plan Obligatorio de

Salud, razón por la cual se había negado su suministro. La Corte consideró que para el caso concreto existía una clara conexión entre el derecho a la salud y el derecho a la vida digna del paciente. Adicionalmente, y con base en el “deber del Estado de coadyuvar en la actuación difusa necesaria para lograr la recuperación de la calidad de vida”¹³³, la Corte inaplicó las normas de exclusión y ordenó el suministro de los medicamentos necesarios con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Los postulados de esta sentencia sirvieron luego de fundamento para los fallos de las sentencias T-502 de 1991 –en la que se debatía el suministro del medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud a un menor-, y T-088, T-546 y T-648 de 1996 y T-125 de 1997¹³⁴ –en las que se debatía el suministro de medicamentos o tratamientos formulados por el médico tratante y excluidos del Plan Obligatorio de Salud a pacientes adultos-.

En general esta es la línea que se va a mantener hasta la fecha, aunque a partir de 1997 se hace más concreta la regla de decisión para este tipo de casos toda vez que la Corte diseña y consagra la aplicación de un *test* específico para su resolución, cuya primera expresión aparece en la sentencia SU-480 de 1997¹³⁵. Conforme a dicho test, es dable la inaplicación de las normas infraconstitucionales que contemplan exclusiones de las prestaciones de los Planes Obligatorios de Salud en un caso concreto cuando: la falta de la prestación excluida vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; la prestación no pueda ser sustituida por otra que se encuentre incluida en el respectivo Plan Obligatorio de Salud; el interesado no pueda directamente costear el tratamiento ni las sumas que el Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En estos casos la Corte señala que las Empresas Promotoras de Salud están autorizadas para cobrar al FOSYGA¹³⁶ los sobrecostos generados por la asistencia sanitaria prestada cuando ella estuviera excluida de los Planes de Salud. Sobre la base de este test se falla-

¹³² Sentencia T-964 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Gálvis, F.j. 3.

¹³³ Sentencia T-251 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 7.

¹³⁴ Sentencia T-125 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. único.

¹³⁵ Sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹³⁶ Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ron las sentencias T-236¹³⁷ y T-560 de 1998¹³⁸, T-528¹³⁹ y T-906 de 1999¹⁴⁰.

Posteriormente, en la sentencia T-150 de 2000¹⁴¹ se agregó que en casos de urgencia o gravedad comprobadas, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio médico asistencia pues por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. Esta línea es la que se sigue en las sentencias T-1204 de 2000¹⁴², T-284¹⁴³, T-755¹⁴⁴, T-421¹⁴⁵, T-884 y T-1132 de 2001 en la última de las cuales se indicó además que “cuando las personas no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras o copagos, o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a ciertos tratamientos, y éstos se requieren con urgencia por que de lo contrario se verían afectados derechos como la vida y la salud en conexidad, la Corte ha dado prevalencia a los derechos fundamentales sobre cualquier otra consideración o exclusión legal (...).”¹⁴⁶

La Corte, según se evidencia en las sentencias T 329 de 2002¹⁴⁷, T - 048 de 2003¹⁴⁸, T- 1210 de 2003¹⁴⁹, T- 367 de 2004¹⁵⁰ y T - 519 de 2004¹⁵¹, T-007 de 2005¹⁵², T-074 de 2005¹⁵³, T-910 de 2005¹⁵⁴, T-282 de 2006¹⁵⁵, T-018 de 2006¹⁵⁶, y T-329 de 2006¹⁵⁷ continúa aplicando el test señalado en la sentencia SU - 480 de 1997 para la resolución de este tipo de casos.

¹³⁷ Sentencia T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 4.

¹³⁸ Sentencia T-560 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, F.j. 5.

¹³⁹ Sentencia T-528 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁴⁰ Sentencia T-906 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁴¹ Sentencia T-150 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández, F.j. 1.

¹⁴² Sentencia T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 4.

¹⁴³ Sentencia T-284 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

¹⁴⁴ Sentencia T-755 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁴⁵ Sentencia T - 421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis

¹⁴⁶ Sentencia T- 1132 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, F.j. 2

¹⁴⁷ Sentencia T - 329 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil

¹⁴⁸ Sentencia T - 048 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

¹⁴⁹ Sentencia T - 1210 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda

¹⁵⁰ Sentencia T - 367 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁵¹ Sentencia T - 519 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

¹⁵² Sentencia T-007 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda

¹⁵³ Sentencia T-074 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

¹⁵⁴ Sentencia T-910 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Gálvis

¹⁵⁵ Sentencia T-282 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

¹⁵⁶ Sentencia T-018 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda

¹⁵⁷ Sentencia T-329 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño

Adicionalmente y como se señaló al tratar de la línea jurisprudencial relativa a los menores con “pronóstico no favorable de curación”, a partir del año 2002 la jurisprudencia sobre inaplicación de las exclusiones y limitaciones de los Planes Obligatorios de Salud comienza a hacer énfasis en un factor que ya venía trabajando la Corte desde el año de 1993 cual es el de la aplicación del “principio de continuidad” como elemento para la justificación de la referida inaplicación. En esta línea, en la sentencia T-170 de 2002 señaló que la aplicación del principio de continuidad al servicio público de salud implica que no se pueden suspender los tratamientos médicos que el respectivo médico tratante haya considerado como necesarios. “Por *necesarios*, en el ámbito de la salud, deben tenerse aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad o a la integridad física. En este sentido, no sólo en aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario. La jurisprudencia ha fijado casos en los que desmejorar inmediata y gravemente las condiciones de una vida digna ha dado lugar a que se ordene continuar con el servicio.”¹⁵⁸ Esta jurisprudencia fue reiterada en las sentencias T - 911 de 2002¹⁵⁹ y T - 319 de 2004¹⁶⁰. En esta última la Corte señaló además que “será violatoria del derecho al debido proceso, la decisión de suspender el suministro de un tratamiento, un medicamento o la práctica de un examen por el simple hecho de que se encuentren por fuera del P.O.S. o del P.O.S.S. Para que tal decisión sea válida, en términos constitucionales, se deberá comprobar que (...) se cumple por los menos con uno de los cuatros requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para que se entienda que la E.P.S o la A.R.S. no está obligada a suministrar el servicio médico en cuestión”¹⁶¹, donde los requisitos a que se hace referencia coinciden con los señalados por el “test” contemplado en la SU- 480 de 1997 y en la línea jurisprudencial que le sigue.

3.3.1. Los enfermos de SIDA

En el marco de la línea jurisprudencial que venimos estudiando se inscribe una sub-línea relacionada con la protección del derecho a la salud de enfermos de SIDA.

¹⁵⁸ Sentencia T-170 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 2.2

¹⁵⁹ Sentencia T - 911 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda

¹⁶⁰ Sentencia T - 319 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda

¹⁶¹ Sentencia T - 319 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 2

Esta reviste especial importancia no sólo por el volumen de sentencia producidas al respecto sino por el hecho de que a partir de ella puede deducirse una especial protección del derecho a la salud del enfermo de SIDA derivada de la jurisprudencia constitucional. En general los asuntos de esta sub-línea responden a las mismas características fácticas de los casos estudiados anteriormente –v.gr. solicitud de prestaciones sanitarias excluidas del POS- por lo cual nuestra aproximación a las reglas de decisión de estas sentencias se centrará en los argumentos ofrecidos por la Corte en punto a priorizar la protección del derecho a la salud de los enfermos de SIDA y no en las reglas de inaplicación de las normas infraconstitucionales que excluyen de las prestaciones de los Planes Obligatorios de Salud los tratamientos o medicamentos reclamados.

La línea se inicia con la sentencia T-484 de 1992 en la que la Corte resolvió el caso de un enfermo de SIDA al cual la Empresa Promotora de Salud había advertido que dejaría de prestar la atención en salud que venía ofreciendo, con base en la normativa pre-constitucional reglamentaria de la institución según la cual este tipo de enfermedades no eran asumidas por el seguro social en salud¹⁶². Para resolver la Corte consideró que dado que “la salud es uno de aquellos bienes que por su carácter inherente a la existencia digna de los hombres, se encuentra protegido, especialmente en las personas que por su condición económica, física o mental, se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13 de la Constitución) (...) es necesario proteger el derecho a la salud del actor (...)”¹⁶³ el cual, en sentir de la Corte, podía reclamar la protección de su derecho a la salud “de cualquier institución de asistencia pública, donde se presten los servicios, en forma gratuita, en virtud del deber general del Estado de garantizar la salud de este tipo de enfermos”¹⁶⁴.

Posteriormente, en la sentencia T-505 de 1992 la Corte consideró que “[e]l infectado o enfermo de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas. Sin embargo, debido al carácter de la enfermedad, las autoridades están en la obligación de darle a estas personas protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y su dignidad. (...) La Constitución cuenta con mecanismos eficaces para proteger los derechos del enfermo de SIDA, entre ellos la acción de tutela contra par-

ticulares encargados del servicio público de la salud, cuando de su prestación dependen los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.”¹⁶⁵ A lo anterior agregó que “[e]l carácter de orden público de las normas epidemiológicas obliga a los centros médicos a prestar una atención integral a los infectados o enfermos del SIDA. La prevención no será eficaz si los hospitales públicos o privados se niegan a prestar los servicios preventivo-asistenciales a estas personas (...) [por lo cual] la negativa a practicar los exámenes, tratamientos o consultas, hasta tanto no se cancele su costo o se garantice jurídicamente su pago, es contraria al objetivo de orden público buscado de prevenir y controlar una epidemia.”¹⁶⁶

En la misma línea, en la sentencia T-271 de 1995, la Corte señaló que “la infección con el Virus de Inmunodeficiencia Humana coloca a quien la padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que el virus ataca el sistema de defensas del organismo dejándolo desprotegido frente a cualquier afección que, finalmente, causa la muerte. (...)”¹⁶⁷ En atención a lo anterior, es obligación del Estado prestarle una especial atención a estos enfermos. El mismo razonamiento fue reiterado por la Corte en las sentencias T-417¹⁶⁸ y SU-480 de 1997¹⁶⁹ en la cual, a parte de lo ya señalado, agregó que dadas las características particulares de debilidad física del enfermo de SIDA, cuya salud está en deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, es deber del juez constitucional ordenar “que se suministren a los enfermos del SIDA los antirretrovirales que el médico tratante indique.”¹⁷⁰ Tales argumentos sirvieron también de sustento en las decisiones de las sentencias SU-645 de 1997¹⁷¹ y T-328 de 1998¹⁷².

Ahora bien, en cuanto al tema de la vinculación de los enfermos de SIDA al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y reiterando en esta ocasión lo señalado en la sentencia T-505 de 1992 sobre la gravedad de la enfermedad del SIDA tanto en términos de la protección del orden público como en punto a las implicaciones de la misma para la vida en condiciones dignas de la persona

¹⁶² La sentencia fue fallada cuando aún no se había expedido la Ley 100 de 1993 con lo cual los parámetros normativos con respecto a la protección de la salud eran todos pre-constitucionales.

¹⁶³ Sentencia T-484 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. único.

¹⁶⁴ Sentencia T-484 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. único

¹⁶⁵ Sentencia T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 3.

¹⁶⁶ Sentencia T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 4.

¹⁶⁷ Sentencia T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 9.

¹⁶⁸ Sentencia T-417 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁶⁹ Sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁰ Sentencia SU-645 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 8.

¹⁷¹ Sentencia SU-645 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 4.

¹⁷² Sentencia T-328 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 1.

que la padece, en la T-177 de 1999¹⁷³ la Corte señaló que "[e]l Estado, (...) [debe] proteger también especialmente a aquellas personas que, a más de una condición económica precaria, tienen una condición física o mental que, por sí sola, les pone en innegable circunstancia de debilidad manifiesta."¹⁷⁴ Es el caso, de los enfermos de SIDA. En atención a tales consideraciones, la Corte ordenó la inscripción del peticionario como beneficiario del Régimen Subsidiado a fin de que le fuera prestada toda la asistencia sanitaria necesaria para el tratamiento de su enfermedad. Resolviendo un caso similar, en la sentencia T-185 de 2000 la Corte señaló que en la jurisprudencia constitucional, "a los enfermos de SIDA se les ha reconocido un trato especial (...), debido a la gravedad de la enfermedad, a la capacidad expansiva de la misma que ha ido aumentando vertiginosamente en los últimos años, y al peligro que implica para la humanidad. Todo ello, indiscutiblemente, debe propiciar que, en casos concretos, y sobre la base de que estén afectados -como en esta oportunidad- los derechos básicos de la persona, los jueces apliquen postulados plasmados en la Carta Política de 1991, entre ellos los de la obligación estatal de preservar la salubridad pública, la solidaridad, la igualdad y el Estado Social de Derecho."¹⁷⁵

En la misma línea se pronunció la Corte en las sentencias T- 618 de 2000¹⁷⁶ y T-523 de 2001¹⁷⁷ y T - 070 de 2002¹⁷⁸. De igual manera la continuidad se manifiesta en sentencias como la T - 1181 de 2003¹⁷⁹ -que reitera la sentencia T-1283 de 2001-, en la cual la Corte señaló que "el enfermo de SIDA no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a estas personas una protección especial con el fin de hacer prevalecer su derecho a la dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio. Es deber constitucional asegurar que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad, aminorando al efecto el

sufrimiento y la discriminación."¹⁸⁰ En igual sentido se pronunció la Corte en la sentencia T - 010 de 2004 al señalar que "[l]a protección de los enfermos que tienen un delicado estado de salud y deben someterse a tratamientos de alto costo (...), como es el caso de los pacientes de VIH-SIDA, (...) encuentra sustento en el principio constitucional de igualdad, según el cual 'el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta' (artículo 13 de la Constitución) señalando específicamente que 'sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.' (...) En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las personas enfermas de VIH-SIDA son sujetos de protección especial"¹⁸¹.

Y en la misma línea se ha desarrollado más recientemente esta jurisprudencia como se deriva de la sentencia T - 197 de 2004 en la que se señala que "la no entrega de los medicamentos y tratamientos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) constituye una violación del derecho a la salud en conexidad con la vida, cuando de éstos depende la existencia del ser humano; por ende, no se puede aducir como argumento para la no realización de un examen la exclusión del mismo del P.O.S., si fue prescrito por el médico tratante, menos aún en tratándose de una enfermedad de las denominadas ruinosas o catastróficas, como es el caso del VIH/SIDA, en la cual la determinación del tratamiento a seguir, o el control de la progresividad de la enfermedad son determinantes para la existencia misma del paciente."¹⁸² Esta jurisprudencia ha sido reiterada en las sentencias T- 260 de 2004.¹⁸³ Posteriormente la Corte ha remarcado su postura en relación con la especial protección de este tipo de pacientes como se desprende de lo señalado en la sentencia T-074 de 2005 en la cual se señaló que "debido al carácter de su enfermedad, ... el enfermo de VIH no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a estas personas protección especial con el fin de defender su dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio"¹⁸⁴. En igual sentido en las sentencias T-067 de 2005 y T-213 de 2006

¹⁷³ En la sentencia T- 177 de 1999, la Corte resolvió el caso de un enfermo de SIDA al cual le fue negada la asistencia sanitaria en una institución hospitalaria por falta de recursos económicos, y el cual, adicionalmente, no había clasificado dentro de los beneficiarios del Régimen Subsidiado.

¹⁷⁴ Sentencia T-177 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 2.2.a.

¹⁷⁵ Sentencia T-185 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández, F.j. 1.

¹⁷⁶ Sentencia T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁷ Sentencia T-523 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 2.

¹⁷⁸ Sentencia T- 070 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁷⁹ Sentencia T- 1181 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería

¹⁸⁰ Sentencia T - 1181 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, F.j. 4.1

¹⁸¹ Sentencia T - 010 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 3.2.

¹⁸² Sentencia T - 197 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, F.j. 2.4. Con esta sentencia se reitera lo señalado por la Corporación en las sentencias T 849 de 2001, T-1305 de 2001, T 054 - 02, T 1181 - 03 y T-1195 de 2003.

¹⁸³ Sentencia T- 260 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁸⁴ Sentencia T-074 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, F.j. Cuarto

se ha señalado que “los portadores del virus del SIDA son sujetos de especial protección constitucional, lo que torna su derecho a la salud en un derecho de carácter fundamental en conexidad con el de la vida, razón por la cual se garantiza a los nombrados la atención médica integral y la posibilidad de exigir el suministro de la totalidad del tratamiento ordenado por el médico tratante, en la forma prescrita por éste, más aún cuando el tratamiento incompleto de dicha enfermedad u opuesto a las recomendaciones médicas, agrava su situación de indefensión y su estado de salud”¹⁸⁵ y que “los portadores de VIH/SIDA constituyen un grupo de personas en estado de debilidad manifiesta, ya que esta enfermedad que los aqueja va deteriorando progresivamente su estado de salud, sin que exista en la actualidad tratamiento alguno que detenga el avance del virus de manera definitiva. Por esta razón, son ellos los acreedores de una protección especial por parte del Estado, que se traduce, entre otros, en la obligación de prestarles atención integral y preferente en salud para hacer frente a su difícil situación médica”¹⁸⁶, respectivamente.

En este orden de ideas, parece claro cómo con base únicamente en las normas constitucionales que consagran derechos para los ciudadanos y los correlativos deberes en cabeza de Estado, la Corte Constitucional ha establecido una doctrina dirigida a la protección prevalente del derecho a la salud y a la vida del enfermo de SIDA en atención a las circunstancias propias del enfermo –debilidad física manifiesta-, a la conexión entre la salud y la vida del mismo, y al deber del Estado de protección del orden público frente a los riesgos que puede implicar una enfermedad con las características del SIDA. Sobre estas bases se mantiene la regla de decisión de este tipo de casos hasta la actualidad.

Ahora bien, a pesar de que la línea en el sentido de reconocer una protección especial a los enfermos de SIDA se ha mantenido homogénea en cuanto que autoriza la inaplicación de ciertas exclusiones y limitaciones de los Planes de Salud, en el interior de la misma se han visto variaciones en atención, principalmente, a la comprobación de novedades médicas en el tratamiento de la enfermedad. Es el caso de la jurisprudencia relativa a la práctica de exámenes diagnósticos de carga viral que, por estar excluidos de los Planes Obligatorios de Salud, eran recurrentemente negados por las EPS y por las ARS. Al respecto, la primera jurisprudencia de la Corte sostenía que

“[e]l examen de carga viral (...) es solamente un control de la cantidad de VIH que el paciente lleva en la sangre, que sirve para medir la eficacia del tratamiento escogido para combatir la enfermedad; es decir que de él no dependen, en manera alguna, ni el señalamiento de tal tratamiento ni la existencia del paciente”, por lo cual no se entendía que estuviera relacionado con el mantenimiento de la calidad de vida del paciente, luego no era admisible para la Corte ordenar su práctica en sede de tutela¹⁸⁷. Sin embargo, posteriores opiniones científicas consultadas por la Corte determinaron la relevancia de la mencionada prueba para determinar el tratamiento a seguir con cada paciente lo que llevo a la Corporación a modificar su jurisprudencia. Así a partir de la T-849 de 2001 la Corte señaló que la antigua doctrina sostenida por ella en la que se indicaba que el examen referido no era indispensable para evitar el avance del tratamiento de los portadores del VIH, debía abandonarse, para sostener que un paciente bajo un tratamiento no efectivo, que carezca del diagnóstico de la carga viral, no reacciona positivamente y podría, entre otros efectos, progresar el SIDA. Ante tal panorama la siguiente jurisprudencia de la Corte utiliza los criterios de inaplicación de exclusiones y limitaciones que hasta la fecha había hecho servir en lo relativo al derecho a la salud de los enfermos de SIDA, en relación con los exámenes de carga viral que sean ordenados por los médicos tratantes. Señala entonces que dado que “la realización del mencionado examen [de carga viral] sí está ligada con la determinación del tratamiento (...) no es válida la excusa de la no inclusión del examen de carga viral en el POS ya que se debe inaplicar esta norma de inferior jerarquía para darle aplicación a los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la vida en condiciones dignas al buscar la curación del portador de VIH.”¹⁸⁸ Esta fue la línea que se mantuvo hasta que en 2003 fue expedido el Acuerdo n. 254 del Consejo Nacional de Seguridad Social que incluyó tal prueba diagnóstica dentro del Plan Obligatorio de Salud. A partir de entonces la aplicación de tal línea jurisprudencial cuenta además con el soporte de la regulación infraconstitucional, como ha ocurrido también en relación con “la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria requerida, según lo aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por un paciente

¹⁸⁷ Sentencia T-398 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. único. Esta jurisprudencia se mantuvo, entre otras, en las sentencias T-398 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1068 de 2000, T-1055 de 2000 y T-1166 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹⁸⁸ Sentencia T-849 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. F.j. B.5. Esta jurisprudencia ha sido posteriormente refrendada en sentencias como la T-068 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁸⁵ Sentencia T-067 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil, F.j. 4.

¹⁸⁶ Sentencia T-213 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, F.j. Tercero.

infectado con el VIH-SIDA o que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas”. Para estos casos la recientemente promulgada Ley 972 2005 señala, en su artículo 3, que “las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en lo de sus competencias, bajo ningún pretexto podrán negar la asistencia”, en estos campos. Y así lo ha recogido la Corte en su más reciente jurisprudencia (sentencia T-361 de 2066, M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras)

4. REFLEXIONES FINALES

4.1. El papel del juez constitucional y los derechos de prestación

El estudio de las líneas jurisprudenciales sobre el derecho a la salud que hemos presentado nos permite ahora aventurar algunas conclusiones sobre la aplicación de la acción de tutela para la protección del derecho a la salud y sobre la forma en que la justicia constitucional ha asumido dicha protección.

Lo primero que hay que señalar es que mediante la jurisprudencia de protección del de los DESC en general, y del derecho a la salud en particular, el juez constitucional colombiano ha activado un instrumento clave para la protección de algunos de estos derechos ante un panorama constitucional que, a primera vista, no preveía la posibilidad de su judicialización directa mediante la acción de tutela. Desde que empezó a funcionar en 1992, y en el marco de las sentencias de revisión de los fallos de tutela que recibe, la Corte ha desarrollado una interpretación sobre los derechos sociales reconocidos en la Carta según la cual estos derechos, a pesar de ser considerados por regla general como derechos programáticos (en tanto exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación) en algunos casos pasan a ser "derechos fundamentales por *conexidad*" debido a la conexión que se presenta entre ellos y otros de carácter fundamental; así las cosas, aún cuando no han sido denominados como fundamentales por el constituyente, los derechos sociales pueden adquirir el carácter de fundamentales, lo cual permite considerarlos como derechos subjetivos y habilitar a su titular para exigir directamente su cumplimiento mediante la acción de tutela.

En desarrollo de lo anterior, y en relación con el derecho a la salud, tanto la definición de su naturaleza jurídica como la posibilidad de su protección directa en sede de tutela -excepción hecha del caso de los niños que es

fundamental por expreso mandato constitucional- se han hecho casuísticas y dependientes de las circunstancias del caso concreto. Los factores que determinan la posibilidad de acudir a la acción de tutela para la protección del derecho a la salud son básicamente dos: que se demuestre que existe una relación de causalidad -*conexidad*- entre la afectación de éste derecho y la vulneración o amenaza de derechos fundamentales como la vida, la vida digna, la integridad personal y el mínimo vital de la persona; y que el particular que solicita una determinada prestación que le ha sido ordenada por un médico tratante adscrito Sistema General de Seguridad Social en Salud no cuente con los medios para sufragar por sí mismo los costos de la asistencia sanitaria requerida.

A partir de esta jurisprudencia, la utilización de la acción de tutela para la protección del derecho a la salud se ha convertido en una herramienta fundamental para el ciudadano y ha dado importantes resultados en punto a la eficacia de los mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos sobre derechos sanitarios. Esta jurisprudencia, y en general toda la relacionada con la protección de los derechos -fundamentales y sociales- en sede de tutela, ha derivado en la aplicación constante de los principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos. De la relevancia de este mecanismo en la protección del derecho a la salud da fe el Informe de la Defensoría del Pueblo al cual se ha hecho ya referencia.

Ahora bien, es preciso recalcar que pese a sus “bondades”, la utilización de la acción de tutela para la protección directa de los derechos sociales no soluciona las dificultades que genera la inexistencia de herramientas jurídicas apropiadas y especialmente diseñadas para este fin, ni brindan soluciones a los problemas estructurales que, en relación con la eficacia de estos derechos, se siguen presentando a diario en nuestro entorno. En esta medida, esta práctica no ha estado exenta de críticas debido a que existen aspectos especialmente sensibles, como el principio de igualdad, que se ven seriamente afectados por este tipo de prácticas judiciales.

El hecho de que sea el juez constitucional el que enjuicie y decida sobre derechos sociales puede resultar bastante problemático. Por un lado, en la medida en que mediante los procesos jurisdiccionales en los cuales se enjuician derechos prestacionales (como el derecho a la salud) sólo se resuelven los caso concretos de los demandantes, por encima de la necesidad de equidad social que determina una política social “justa”, lo cual conduce, en definitiva, a que en muchos casos sólo quien

acude a la “justicia rogada” pueda recibir los bienes y servicios a que *da derecho* un determinado derecho social de prestación y que, en principio, deberían ser accesibles a todos aquellos que los necesiten. De otra parte no parece claro que sea una función del Tribunal Constitucional la de decidir sobre derechos prestacionales toda vez que sus pronunciamientos inciden directamente sobre políticas públicas cuya adopción, conforme al principio democrático, corresponde al legislativo; la preocupación fundamental que sustenta estas críticas es el riesgo del “vaciamiento” del principio democrático y el peligro de caer en el gobierno de los jueces.

Frente a estas críticas que, en nuestro entender, en este campo no existe realmente un choque entre las funciones del juez constitucional y las del legislador, más allá de la inevitable tensión que se produce entre ambos órganos constitucionales, ni existe un desconocimiento del principio de legalidad. Así como el legislativo cumple con su función constitucional de determinar las políticas públicas y con ellas la manera general en que han de garantizarse los derechos sociales de prestación, el juez constitucional se limita a hacer cumplir los mandatos constitucionales y a proteger especialmente los derechos fundamentales conexos o íntimamente relacionados con algunos derechos sociales; es la comprobación de que en muchas ocasiones la protección de los derechos fundamentales pasa por la protección de un derecho social priorizando la aplicación de una determinada norma constitucional frente a otro tipo de normativa. Por ello podemos decir que con tal accionar el juez constitucional no se separa de sus funciones.

Adicionalmente, esta forma de viabilizar la exigibilidad directa de los derechos sociales de prestación, que parte de la necesidad de *tomarse en serio los derechos sociales*, encuentra una razón de ser y una justificación razonable en el marco del constitucionalismo actual. Cuando se admite la utilización de mecanismos constitucionales para la protección de los DESC no se busca justificar que el juez constitucional tenga carta abierta para “suplantar” al legislativo en la determinación de las políticas públicas y en la asignación de los bienes y servicios a que *dan derecho* los derechos sociales, sino de reconocer que el juez constitucional ha adquirido nuevos *roles* en el Estado social. Dentro de ellos un papel preponderante es el de servir de instrumento para la identificación de los casos de violación de los DESC para, a partir de allí, ordenar las consecuencias jurídicas que le sean posibles de conformidad con su propio sistema de fuentes. En este sentido la justicia constitucional “no puede abdicar de su

competencia de configuración sobre los derechos sociales, competencia naturalmente compartida con el legislador, y cuyos límites (...) es imposible trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible” de cada derecho¹⁸⁹.

La protección del derecho a la salud en sede de tutela no es más que una expresión material de la protección del derecho a la vida en condiciones dignas, y por tanto se mantiene aún dentro de los parámetros de la *idea fuerza* de la justicia constitucional, cual es la protección frente al Estado de una serie de derechos inalienables de la persona sin los cuales no se puede garantizar su existencia en condiciones dignas. Desconocer esta expresión “material” de los derechos fundamentales sería tanto como dejar de lado su posibilidad de materialización y real ejercicio por parte de los ciudadanos. Por ello, no creo que mediante la protección del derecho a la salud en sede de tutela la Corte haya redefinido el carácter de tal derecho, ni que haya creado un nuevo derecho fundamental. En mi sentir, antes que “crear” nuevos derechos fundamentales, la Corte ha asumido juiciosamente su tarea de proteger los derechos fundamentales de las personas. La Corte sencillamente ha “tomado en serio” los derechos sociales y a partir de allí ha protegido el derecho a la salud como expresión del derecho a la vida en condiciones dignas. Por ello antes que rebatir la posibilidad de que el juez constitucional asuma nuevas funciones en su carrera de protección de los derechos, debería pensarse en crear mecanismos y respuestas jurisdiccionales concretas que, desde la justicia constitucional, resulten más acordes con las necesidades que reclama la real eficacia de los derechos sociales de prestación.

4.2. La tutela del derecho a la salud

Las diferentes líneas jurisprudenciales presentadas permiten concluir, en primer término, una clara preocupación de la Corte por intentar delimitar el contenido y alcance del derecho a la salud consagrado en la Constitución. En tal propósito, el doble carácter que debe atribuirse a los derechos sociales de prestación -en tanto derechos de libertad por un lado, y derechos prestacionales, del otro- sirve a la Corte para justificar la protección directa del derecho a la salud en sede de tutela utilizando para ello el criterio de la *conexidad* o conexión que, en algunos casos, se presenta entre la afectación de este derecho y la

¹⁸⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración, *Universitat de Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia 2004*, pág. 170

de algún derecho fundamental como el derecho a la vida, la vida digna, la integridad personal y el mínimo vital. A partir de lo anterior la Corte desarrolla una específica dogmática para establecer los casos en los cuales debe entenderse que el derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental y por tanto puede ser protegido en sede de tutela, al tiempo que va fijando ciertas líneas que determinan prevalencias en la protección constitucional de éste derecho, bien en razón de la calidad del sujeto de derecho, bien en razón de las características de las afecciones de salud que éste puede llegar a padecer. Así, de las líneas expuestas se deduce en primera instancia que la Corte, además de admitir el carácter fundamental del derecho a la salud en los casos en que se ponen en peligro la vida en condiciones dignas o a la integridad personal, ha priorizado la protección del derecho a la salud de los niños en atención al expreso mandato del artículo 44 constitucional según el cual el derecho a la salud de los menores de edad es *per se* un derecho fundamental. Por otro lado, la Corte establece que el derecho a la salud de la mujer durante el período de embarazo y lactancia merece una protección especial por parte del Estado en la medida en que -además de la protección de la salud de la mujer- implica también la protección de la vida y de la salud del *nasciturus*, y prioriza la protección del derecho a la salud de los enfermos de SIDA en atención a su particular condición de debilidad manifiesta y las implicaciones de la enfermedad del SIDA sobre la sociedad y sobre el enfermo. Adicionalmente, tanto en el marco de los casos en los cuales se establece que el derecho a la salud es *per se* fundamental, como en el marco de aquellos en los cuales el derecho a la salud adquiere tal carácter por *conexidad*, la Corte traza una línea jurisprudencial según la cual hay ocasiones en la que es necesaria la inaplicación de la normativa infraconstitucional que regula las prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud en aras a lograr una eficaz protección del "derecho fundamental a la salud". Es el caso de la protección del derecho a la salud de los menores de edad con pronóstico no favorable de curación, y de la protección de la salud de personas que requieren un tratamiento, intervención y medicamento que se encuentra explícitamente excluido de las prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o que exige de un período mínimo de cotización por parte del usuario para su prestación.

De estas líneas jurisprudenciales se desprende que en el sistema jurídico colombiano tanto la definición de la naturaleza jurídica del derecho a la salud como la posibilidad de su protección directa en sede de tutela -excepción hecha del caso de los niños- es casuística y depende de las

circunstancias del caso concreto, y fundamentalmente de dos asuntos: de un lado, de que se demuestre que existe una relación de causalidad -*conexidad*- entre la afectación de éste derecho y la vulneración o amenaza de derechos fundamentales como la vida, la vida digna, la integridad personal y el mínimo vital de la persona, y del otro, de que el particular que solicita una determinada prestación que le ha sido ordenada por un médico tratante adscrito sistema sanitario no cuente con los medios para sufragar por sí mismo los costos de la asistencia sanitaria requerida.

Ahora bien, Cuando la Corte Constitucional comenzó a trabajar en 1992 se enfrentó, entre otras novedades, a la cláusula del artículo 49 de la Carta en la cual se reconoce a todos la protección del derecho a la salud en los términos que presentamos al inicio de este trabajo. No existiendo ley que desarrollara el referido mandato constitucional, la Corte, como máximo guardián de la Constitución, asumió la función de garantizar su contenido, protegiendo el derecho a la salud en sede de tutela. Con todo, si se aceptara esta argumentación a favor de la intervención de la Corte para la protección de este derecho, habría que aceptar también que, una vez delimitado el contenido y alcance del derecho a la salud por parte del legislador, asunto que se llevó a cabo con la expedición de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, nada tendría que decir la Corte respecto de la protección del derecho a la salud en sede constitucional. Habría que admitir que la protección del derecho a la salud, en tanto derecho de configuración legal, escapa del alcance funcional del juez constitucional y se circunscribe a las respectivas prescripciones legales.

Pero el particular contexto colombiano se aleja de éste planteamiento. Si bien la Ley 100 de 1993 atiende el mandato constituyente de creación de un sistema de sanidad que garantice a todas las personas "el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud" (artículo 49 de la Constitución), lo atiende a medias. En esta línea, y aunque en gracia del respeto al principio democrático y al principio de legalidad podría admitirse la legitimidad de las limitaciones que plantea la Ley 100 de 1993 frente al disfrute del derecho a la salud y consecuentemente, podría condenarse la actuación de la Corte Constitucional al admitir la protección de este derecho -que en principio sería un derecho de configuración legal- en sede constitucional, no es esta nuestra percepción.

En nuestro sentir, el hecho de admitir que el derecho a la salud es, en principio, un derecho social de prestación y en tanto tal es un derecho de configuración legal, como

lo ha señalado también la Corte, no obsta para reconocer que, por un lado, los derechos constitucionales de configuración legal tienen un núcleo esencial o un contenido mínimo inquebrantable y que limita incluso el accionar del legislador, y por el otro, que la Corte Constitucional, por expreso mandato del constituyente, tiene el deber constitucional de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, esto es, de todos y cada uno de sus preceptos, incluidos aquellos que consagran derechos prestacionales de configuración legal. A la Corte le corresponde velar por que se respete el contenido mínimo de los derechos constitucionales que, como el derecho a la salud, son de configuración legal, y muy especialmente, velar por la eficacia y vigencia de los derechos fundamentales de las personas. Es precisamente de esta competencia de donde la Corte deriva su facultad de proteger, en sede constitucional, el derecho a la salud, al considerar, por un lado, que las deficiencias estructurales del sistema de salud o de la forma en que éste se ha implementado no pueden justificar la desatención de la garantía constitucional de que todas las personas tengan "acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud", y por el otro, al considerar que su deber de protección de los derechos a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal, en tanto derechos fundamentales propiamente dichos, le implica, en ocasiones, asumir la protección del derecho a la salud (criterio de *conexidad*).

Ahora bien, esta postura, afín a la derivada de la jurisprudencia relativa a la protección constitucional del derecho a la salud en Colombia ha sido objeto de diferentes críticas. Éstas, según los planteamientos señalados en la aclaración de voto de la sentencia T 1207 de 2001, se pueden sintetizar en tres puntos básicos. De un lado, en que la concesión de medicamentos y tratamientos excluidos de los Planes de Salud en sede de tutela puede estar generando efectos contraproducentes en cuanto a la protección del derecho a la salud en la medida en que las sentencias en este sentido implican una erogación no presupuestada con lo cual desequilibran financieramente el Sistema, lo cual repercute en detrimento de la ampliación progresiva de la cobertura del mismo y deriva en que, a la larga, el pleno disfrute del derecho a la salud sólo se consiga mediante la justicia rogada, con todas las implicaciones negativas que ello trae en relación con el principio de igualdad¹⁹⁰. Por otra parte, y en directa relación con lo

anterior, se establece que al utilizar los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud para el cumplimiento de los fallos de tutela que ordenan la prestación de servicios sanitarios de alto costo a un reducido número de personas, se desconoce el principio de igualdad¹⁹¹. La crítica se centra en que decisiones puntuales como las adoptadas en sede de tutela resulta inequitativas pues benefician a quienes ya hacen parte del sistema de salud en detrimento de quienes aún no se encuentran vinculados al mismo y que, en general, son los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana. La tercera réplica, referida anteriormente, se dirige a cuestionar la función de la Corte en cuanto a que sus pronunciamientos inciden directamente en políticas públicas cuya adopción, conforme al principio democrático, corresponde al legislativo. El "vaciamiento" del principio democrático en la determinación de las políticas públicas y la posible asunción por parte de la Corte de funciones que podrían no corresponderle, así como la cuestionable extensión de la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos no fundamentales, constituye pues el eje de esta réplica. Se plantea que en países como Colombia, en donde los recursos son escasos, es especialmente riesgoso alterar las decisiones del legislativo sobre cómo optimizar los recursos existentes. En el caso concreto de la protección del derecho a la salud se considera que es perfectamente legítima la decisión del legislador colombiano de priorizar la ampliación progresiva de la cobertura de las prestaciones sanitarias básicas, frente al cubrimiento puntual de prestaciones sumamente costosas, de manera que no puede corresponder a los jueces cuestionar las decisiones sobre políticas públicas adoptadas conforme al proceso democrático.

En general, considero que estas críticas representan claramente los grandes problemas que plantea la protección en sede de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, y en relación con ellas parece obligado preguntarse hasta qué punto es realmente "buena" esta forma de "forzar" las políticas públicas para lograr el cumplimiento de los mandatos constitucionales; ¿dónde está el límite de la justicia constitucional en materia de

¹⁹⁰ Al respecto se puede consultar SOTELO, Luis Carlos "Los fallos de tutela sobre derechos de prestación y sus costos: Los casos del derecho a la salud y de los derechos de los reclusos", Documento mimeo, Departamento Nacional de Planeación, febrero 2000.

¹⁹¹ Sobre este asunto, en la Observación General n. 14, interpretativa del artículo 12 (derecho a la salud) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que a efectos de que los Estados Parte puedan cumplir con los mandatos del artículo 12 del Pacto es necesario, éstos "no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población."

protección de derechos sociales de prestación?; ¿se pueden solucionar realmente las "deficiencias" del Estado Social a partir de la justicia Constitucional?; y más aún, ¿es constitucional y democráticamente viable esta fórmula de solución?; ¿existe una alternativa que potencie la protección y la eficacia material de los derechos sociales de prestación sin afectar desmesuradamente el principio de igualdad y el principio democrático en el marco de países que, como Colombia, se encuentran a penas en un proceso de construcción del Estado Social de Derecho?.

La respuesta a estos interrogantes no la tengo clara, entre otras cosas porque un estudio tan puntual como el presentado, enfocado específicamente en la protección constitucional del derecho a la salud en Colombia, a penas nos sirve como una primera aproximación a este problema. Para obtener conclusiones más generales sería necesario confrontar el presente estudio con otros que, desde el derecho y desde otras ciencias, estudien las características y las consecuencias de la protección constitucional de los derechos sociales de prestación no sólo en Colombia sino incluso en otros países que tengan contextos políticos, económicos y sociales similares. Sin embargo, podemos aventurar aquí unas últimas reflexiones que de una u otra manera tocan los interrogantes señalados.

En primer término, es claro que al pronunciarse sobre la forma en que debe prestarse determinada prestación sanitaria en un caso concreto la Corte decide sobre algo que, en principio, le corresponde al legislador. No obstante, como se explicó, dada la supremacía de la Constitución en general y de los derechos fundamentales en particular, y dadas las disfuncionalidades o deficiencias que presenta el sistema *legal* de protección del derecho a la salud y en conexión con éste, del derecho a la vida, la necesidad de propender por la efectividad normativa de la Constitución en los términos antes planteados es la que le da a la intervención de la Corte en el ámbito de la protección de derechos sociales de prestación la *legitimidad funcional* que se le cuestiona. La solución opuesta -es decir, la que defiende la no intervención de la justicia constitucional en este ámbito- implicaría desconocer los valores y principios constitucionales y consecuentemente comportaría el desconocimiento del carácter normativo de la Constitución conforme al cual la Constitución es una norma jurídica actual que debe ser aplicada y respetada de inmediato. Dejar la eficacia de la cláusula del Estado social de derecho y de las prescripciones que lo desarrollan únicamente a la libre configuración política del legislador, equivaldría a aceptar que la voluntad constituyente está supeditada a la voluntad legislativa, lo cual resulta a

todas luces contrario a la lógica estructural y funcional de los Estados constitucionales contemporáneos. En este sentido, aceptada la *legitimidad funcional* de la actuación del juez constitucional colombiano en materia de protección del derecho a la salud, debe reconocerse también que su actuación ha coadyuvado, de muchas maneras, a armonizar la producción legislativa con el contenido de los mandatos constitucionales y muy especialmente con los contenidos de la cláusula del Estado social de derecho.

Adicionalmente, y en cuanto a la posibilidad de enjuiciar el accionar del Estado en general y de la administración sanitaria en particular por la afectación o vulneración del derecho a la salud de las personas, se ha visto que la Corte Constitucional ha ganado mucho al desarrollar cierto "activismo" que le ha permitido participar eficazmente en la garantía judicial de este derecho; en esta línea, además, la jurisprudencia de la Corte ha servido de barómetro para determinar el estado de la salud en Colombia y para identificar las debilidades del sistema sanitario. Sin embargo no parece muy "adecuado" (especialmente en términos de seguridad jurídica y de aplicación del principio de igualdad) que la Corte, con sus sentencias, vaya "corrigiendo" los mandatos legislativos al ordenar, por ejemplo, prestaciones sanitarias excluidas del catálogo de servicios que ofrece el sistema sanitario colombiano. En esta línea -y en punto a optimizar tanto el cumplimiento de los mandatos del ordenamiento interno como los contemplados por el derecho internacional de los derechos humanos en relación no sólo con el derecho a la salud sino en general con todos los derechos de prestación- sería pertinente establecer canales institucionales de diálogo entre la Corte y el legislador dentro de los cuales la primera, sin salirse de su ámbito funcional en tanto que legislador negativo y guardián supremo de la Constitución, pudiera "participar del proceso legislativo". A este respecto, optar formalmente por el recurso a las denominadas sentencias interpretativas, aditivas, manipulativas... (denominación que variará según el contexto jurídico de que se trate) como lo han hecho algunos países europeos, ha permitido la reinterpretación de algunas leyes, la limitación de los efectos de las sentencias, la ampliación del núcleo de titulares de ciertos derechos hacia sectores poblacionales antes desatendidos, e incluso la "creación" o reconocimiento de nuevos derechos (especialmente prestaciones) que, mediante este tipo de sentencias, se han extendido hacia nuevos sectores de la población o se han añadido a los ya contenidos en las leyes. La Corte Constitucional colombiana obviamente no ha estado ajena a esta tendencia y el conjunto de su jurisprudencia es un claro ejemplo de su capacidad para producir sentencias

como las que venimos comentando; con todo su accionar gozaría de más respaldo y probablemente surtiría mejores efectos si el tipo de herramientas que utiliza para “persuadir” al legislador o para “modificar” sus mandatos estuvieran positivadas como caminos de doble vía que permitieran un proceso de colaboración e interacción entre ambas instituciones (piénsese, por ejemplo, en el caso de las *sentencias apelativas* utilizadas por el Tribunal Constitucional austriaco para “diferir” por un lapso prudente los efectos de una sentencia de inexecutable y paralelamente apelar al legislador para que modifique la normativa eventualmente inconstitucional).

Finalmente si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional ha señalado que en muchos casos el derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental en virtud de su inescindible conexión con el derecho a la vida digna, podría considerarse que el incumplimiento del Estado en relación con sus obligaciones en esta materia es mucho más grave en la medida en que implica la desatención de la garantía sobre el primer derecho de la persona humana cual es el derecho a la vida.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que aún cuando se reconoce que el derecho a la salud es de “naturaleza programática” y su consagración y la aplicación al sistema general de salud de los principios de solidaridad, universalidad e integralidad, “no apareja la obligación del Estado de diseñar un sistema general de seguridad social que esté en capacidad, *de una sola vez*, de cubrir integralmente y en óptimas condiciones todas las eventuales contingencias que puedan afectar la salud de cada uno de los habitantes del territorio, este hecho “no puede ser obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible, pues de no cumplirse con prontitud se estarían desconociendo los fines esenciales del Estado y, por ende, en flagrante violación de los artículos 48 y 49 del Estatuto Supremo. En consecuencia, es deber del Congreso y del Gobierno adoptar todas las medidas económicas, políticas y administrativas para alcanzar en un término breve la cobertura total de los servicios de salud para toda la población colombiana, destinando cada año mayores recursos para hacer efectivo el derecho irrenunciable a la salud, avanzando en forma gradual pero rápida y eficaz para lograr en un tiempo razonable el bienestar social de todos. De ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya reiterado, refiriéndose al derecho a la salud, que si bien el nivel de desarrollo juega un papel fundamental para ese fin, ello ‘no se debe entender como un factor que excluya el deber del Estado de implementar estos derechos en la mayor medida de sus posibilidades.

El principio de progresividad exige más bien que, a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.”¹⁹² No podemos menos que compartir plenamente los postulados del Alto Tribunal.

Es preciso, sin embargo, reconocer el que sí sería un “problema real” en relación con la utilización de la acción de tutela como mecanismo encaminado a la consecución de la eficacia del derecho a la salud de los colombianos, y es que ésta sólo sirve para dar solución a casos concretos, de manera que sólo solucionar las controversias presentadas en debate por el peticionario en tutela, lo cual, como se vio, resulta sumamente discutible desde el punto de vista del principio de igualdad. No obstante, esta carencia, en mi sentir, se convierte al mismo tiempo en una de las mayores fortalezas que presenta no sólo la acción de tutela como mecanismo de protección del derecho a la salud sino también la doctrina que ha desarrollado la Corte Constitucional en este ámbito. Sin intervenir directamente en el ámbito de la formulación de políticas públicas y actuando sólo sobre casos concretos, la Corte ha coadyuvado en el proceso de identificación de las debilidades del Sistema sanitario y consecuentemente, ha participado indirectamente en el proceso de consolidación de un Sistema General de Seguridad Social en Salud que garantice efectivamente la atención de todas las contingencias en salud que presenten los ciudadanos. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso de la jurisprudencia de la Corte en relación con la inaplicación de la regulación del Plan Obligatorio de Salud que excluía de sus prestaciones el examen de carga viral u otras prestaciones para los enfermos de SIDA; ante la recurrente inaplicación de tales mandatos por la Corte en salvaguarda del derecho a la salud de los pacientes, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud decidió, finalmente, incluir tal examen diagnóstico dentro de las prestaciones de los Planes de Salud del sistema y el Legislador nacional expidió la Ley 972 de 2005 en relación con las llamadas enfermedades ruinosas o catastróficas que, entre otras cosas, prohíbe a las entidades del Sistema, negar ciertos servicios a los pacientes que las padezcan. Así mismo, al participar del proceso de consolidación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Corte ha coadyuvado en la consolidación de uno de los elementos constitutivos del Estado social del derecho. En este mismo orden de ideas, el hecho de que la Corte sólo asuma la protección del derecho a la salud en aquellos casos en que se encuentra que su vulne-

¹⁹² Sentencia C- 130 de 2002, M.P. F.j. 12

ración implica la de un derecho *per se* fundamental como la vida o la integridad personal, es decir, el hecho de que la Corte se mantenga dentro de su marco competencial de protección de los derechos fundamentales, resulta también afortunado ya que si admitiera la protección del derecho a la salud por fuera de los parámetros de la *conexidad*, efectivamente perdería su rumbo en cuanto a la protección de derechos fundamentales se refiere, e incursionaría directamente en la solución de políticas públicas cuya competencia, indiscutiblemente, está en cabeza del legislador y del ejecutivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian “Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Universidad de Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- ARAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian “Los derechos sociales como derechos exigibles”, tomada en febrero de 2001 de internet “www.ov.es/^afd/CEFD/Index_4.html” “Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho”. Según menciona la página Web de referencia, el mismo artículo se encuentra publicado en la Revista editada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República argentina con la colaboración del alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU; No 7, Otoño de 2000.
- ALBANESE, Susana, *Economía, constitución y derechos sociales*, EDIAR, Buenos Aires, 1997.
- ALONSO OLEA, *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Editorial Civitas, Madrid, 2ª. Edición 1999.
- ARA PINILLA, Ignacio, *Las Transformaciones de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- ARANGO, Rodolfo “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, Mimeo, Bogotá, febrero, 2001.
- ARANGO, Rodolfo, “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos” en Revista Pensamiento Jurídico No. 8, Universidad Nacional de Colombia, facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 1997.
- ARBELÁEZ RUDAS, MÓNICA, *La protección a la salud, línea jurisprudencial y notas constitucionales*, Centro de Investigación y Educación Popular CINE – DIAKONIA, 2002
- BARCELLONA, Pietro, “Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social”, en OLIVAS, Enrique, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, 1991.
- BOBBIO, Norberto, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Ed. NIS, Roma, 1993. pp 198-200. Para profundizar sobre este punto se puede consultar la obra *Derechos sociales: Teoría e ideología* del profesor Francisco Contreras Peláez, Editorial Tecnos, Madrid 1994.
- BOBBIO. Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos” en *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991.
- BÖKENFÖRDE, E.W. “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la constitución” en *Escritos de derechos fundamentales*, Nomos, Berlín, 1993.
- BORRAJO DACRUZ, “Artículo 43. Protección de la Salud”, en Varios Autores (Dirección de Oscar Alzaga) *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Editoriales de Derecho Unidas, Madrid, 1996.
- CASCAJO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Colección Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1988.
- CEPEDA, José Manuel, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Temis, Bogotá, 1992.
- COBREROS MENDOZA, Eduardo, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, HSEE/IVAP, Oñati 1988.
- CONTRERAS, Francisco, *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Editorial Tecnos, Madrid 1994.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Selección Jurisprudencial.
- CURREA LUGO, Víctor de, “La salud: de la caridad al negocio sin pasar por el derecho”, en: *La Salud está grave: una visión desde los derechos humanos*, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Bogotá, 2000.

- CHINCHILLA Herrera, Tulio “¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?”, Ed. Temis, Santafé de Bogotá.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Doctrina Defensorial en salud y seguridad social, Bogotá, 2002.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Bogotá, 2004.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe “La tutela y el derecho a la salud: causas de las tutelas en salud”, mimeo, Bogotá, 2004.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS –DANE Encuesta Nacional de Calidad de Vida 1997, www.dane.gov.co/inf_est/calidadvida/ficha_cal_vida.html, julio de 2003.
- DI CASTRO, Benito, Los Derecho económicos, sociales y culturales, análisis desde la teoría de los DDHH, Universidad de León, León, 1993.
- DOEHRING, “Estado social, Estado de derecho y orden democrático”, en El Estado social, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- ECHEVERRY LÓPEZ, Esperanza, “La salud en Colombia: abriendo el siglo ... y la brecha de las inequidades”, en Revista Gerencia y Políticas de Salud n. 3, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad Javeriana, 2003.
- FAVOREU, Louis Los Tribunales Constitucionales, Ed. Ariel, Barcelona 1994.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, El servicios público de sanidad: El marco constitucional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos” en Revista de derecho político No. 15 de 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Y T.R. FERNÁNDEZ, Curso de derecho administrativo II, Madrid, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo La constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 1983.
- GARCÍA MACHO, Ricardo Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda, Instituto de Administración Local, Madrid, 1982.
- GARCÍA, González-Posada “La organización del Sistema Sanitario español” en Varios Autores, Lecciones de derecho sanitario (Directores, José M. Gómez y Díaz-Castreverde y Francisco J. Sanz Larruga), Colección Cursos, Congresos y Simposios, Universidad de La Coruña, 1999.
- GARCÍA-PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la constitución” en RAMÍREZ, M. (dir.) *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Aliansa Universidad, Madrid, 1984.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *las transformaciones del Estado contemporáneo*, Ed. Alianza Universidad, Madrid 2ª ed. 1991.
- GARRIDO FALLA, F “Comentario al artículo 43” en Varios Autores *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, 2ª edición, 1986.
- GIRALDO VALENCIA, Juan Carlos (Compilador), *Ejercicios del derecho a la salud en Colombia*, Defensoría de Pueblo, Bogotá, agosto de 2000.
- GONZÁLEZ MORAN, Luis "Introducción al derecho a la asistencia sanitaria", en *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, Javier Gafo (editor), Universidad Pontificia ICAI-ICADE, Comilla, Madrid 1999.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, CIVITAS, Universidad de Vigo, Madrid, 2002.
- HERNÁNDEZ Álvarez, Mario. “El Derecho a la Salud en Colombia: Obstáculos Estructurales para su Realización”, tomado de Internet en agosto 2000, www.medicina.unal.edu.co/ist/revistasp.
- JARAMILLO, Iván El futuro de la salud en Colombia. Ley 100 de 1993 cinco años después. FESCOL, Bogotá, 1999.
- LÓPEZ, Diego, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales, Teoría del Derecho Judicial*, Bogotá, Ediciones Uniandes y Legis, 2000.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre derechos sociales*, CEDECS - Derecho Procesal, Barcelona, 1997.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*” Alianza Editorial, Madrid 1995.
- NAVARRO, Andrés *Derecho a la protección de la salud y Sistema Sanitario Integrado*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona , 2001 mimeo.
- NINO, Carlos Santiago, “Los derechos sociales”, en *Derecho y sociedad*, Buenos Aires.
- PAREDES Natalia, “A cinco años de la reforma del sistema de salud colombiano, ¿qué a pasado con el derecho a la salud?, en *La salud está grave, una visión desde los derechos humanos*, AAVV, Plataforma colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo - Provea, Bogotá, 2000.
- PAREDES Natalia, *El derecho a la salud: su situación en Colombia*, GTZ, CINEP, Bogotá, 2003.
- PAREDES, Natalia *Situación del derecho a la salud en Colombia: Una mirada a partir de la reforma a la seguridad social de 1993*. Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2001, mimeo.
- PAREDES, Natalia, “La salud, ni se compra, ni se vende” en Revista cien días Vistos por CINEP, Vol. 10, No. 44, abril – julio 1999. “Pronostico reservado” en Revista cien días Vistos por CINEP Vol. 10, No. 42, Julio – Noviembre 1998. “Seguro Social frente a las EPS: La ley del embudo” en Revista cien días Vistos por CINEP, Vol. 10, No. 41, abril–junio, 1998.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Estado social y administración pública*, Civitas, Madrid, 1983.
- PAREJO ALONSO, Luciano, “Constitución y valores del ordenamiento”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1991.
- PEMÁN GAVÍN, Juan, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes” en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 9, No. 2, 2001.
- PEMÁN GAVIN, Juan, *Derecho a la Salud y Administración sanitaria*, Real Colegio de España, Bolonia 1989.
- PEREIRA ANDRADE, Antonio, “Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud” en *Revista Actualidad Administrativa* No. 10-11, 1992.
- PEREZ LUÑO, Antonio, *Estado Social y democrático de derecho y derechos fundamentales en Derechos Humanos*, Estado de Derecho y Constitución, Ed. Tecnos, Madrid 1991.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales* Editorial Tecnos, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, Luis *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- REQUEJO PAGÉS, J.L. “Derechos de configuración legal” en *Enciclopedia Jurídica Básica Vol II, CIVITAS*, Madrid.
- RIBERO LAMAS, Juan *Protección de la salud y Estado social de derecho*, Real academia de Medicina de Zaragoza, Zaragoza, 2000.
- RODÍGUEZ OLVERA, Oscar, *Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- SOTELO, Luis Carlos “Los fallos de tutela sobre derechos de prestación y sus costos: Los casos del derecho a la salud y de los derechos de los reclusos”, Documento mimeo, Departamento Nacional de Planeación, febrero de 2000.
- STERN, Klaus “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal Alemana”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1988.
- TORNOS, Joaquín “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, Ponencia presentada al X Congreso Derecho y Salud, Palma de Mallorca, 21 - 23 de noviembre de 2001, mimeo.
- TORRES ÁVILA, El mínimo vital en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, CINEP-DIAKONIA, 2002.
- TORRES ÁVILA, Jheison, *El mandato del estado social de derecho en la constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*, Tesis Doctoral, Área de Derecho Constitucional Universidad de Alicante, Director: D. José Asensi Sabater, Alicante, septiembre de 2002.
- TRUYOL Y SERRA, A. *Los derechos humanos*, 3ª edición Tecnos, Madrid, 1982.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado social y democrático de derecho” en *Revista Pensamiento Ju-*

rídico No. 4. Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 1995.

- ZAGREBELSKY, Gustavo “El tribunal constitucional italiano” en Tribunales constitucionales europeos

y derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1894.

- ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, Ed. Trotta, Madrid 1995

LA VOLUNTAD DEL PACIENTE EN LA ASISTENCIA SANITARIA

(a propósito de un artículo de prensa)

Carmen Blas Orbán

Doctora en Derecho
Licenciada en Medicina y Cirugía

I. Introducción. 1. Principios básicos en el ejercicio de la medicina. 2. El consentimiento del paciente en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. 3. Marco normativo actual. Ley 41/2002, de 14 de noviembre. 4. Definición del consentimiento informado. 5. Expresión de la voluntad. 5.1. Forma de expresión. 5.2. Circunstancias de lugar y tiempo. 5.2. Titular del consentimiento. 6. La información como requisito inseparable del consentimiento informado. 6.1. Contenido de la información. 6.2. Extensión y límites. 6.3. Destinatario de la información. Posible renuncia. 7. El consentimiento del paciente en el Código de Ética y Deontología Médica. 7.1. Veracidad y autenticidad. 7.2. Información en la relación técnico-asistencial. 8. El consentimiento informado en la práctica médica. 9. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de octubre de 2005. 9.1. Relato de hechos. 9.2. Cumplimiento de la *lex artis*. 9.3. Consentimiento del paciente. 9.4. Responsabilidad patrimonial de la Administración. 9.5. Indemnización por daño moral. 10. Traspaso de la responsabilidad del médico. 11. Participación de los pacientes.

INTRODUCCIÓN

Todos somos conscientes de que la relación médico-paciente, basada que la ética médica clásica o tradicional, ha sufrido importantes cambios derivados, en gran medida, de los impulsos de libertad individual que se hicieron patentes a lo largo del pasado siglo.

En efecto, hemos dejado atrás una situación de paternalismo, caracterizada por escasa comunicación o información al paciente, para dar paso a una nueva forma en el ejercicio de la medicina, en la que la defensa de ciertos derechos fundamentales, entre los que se encuentran el derecho a la libertad el paciente, adquieren notable protagonismo.

Ello no sucedió de manera brusca, sino que fue el resultado de un lento pero continuado trabajo de los ciudadanos que, desde distintas instancias, se interesaron por alcanzar ciertas cuotas de protagonismo en aquellas actividades o situaciones de la vida que les afectan de modo especial. Por supuesto, el ejercicio de la medicina no podía quedar al margen de estos impulsos de libertad y defensa de la dignidad personal que se dejaron sentir en los países de nuestro nivel de desarrollo.

Con base en ello, el deseo del paciente de participar en las decisiones que afecten a su vida, dentro de los límites impuestos por los distintos ordenamientos jurídicos, parecen justos e incuestionables.

Nada puede sorprendernos pues que, actualmente, el ciudadano muestre su personal interés por conocer todo cuanto afecte a su salud, tanto en la fase de diagnóstico como en la de posible tratamiento y, muy particularmente, la del pronóstico de la enfermedad que pueda afectarle, así como los posibles remedios de los que disponga la ciencia para atender las necesidades sanitarias que pueda precisar.

Sin embargo, esta realidad cambiante de nuestra sociedad sorprendió al médico -muy poco receptivo a cambios provenientes de otros campos del saber humano- con escasos deseos de participar activamente en el tema, y poco dispuesto a cambiar su clásica forma del ejercicio de la medicina por otro más participativo, en el que el paciente eleva su nivel de presencia activa dentro de la clásica relación médico-paciente.

Pero lo cierto es que la autonomía individual, la personalidad y la capacidad de decisión de los seres humanos imponen su presencia en nuestro derecho positivo. En consecuencia, el médico debe de aceptar esta realidad, y

debe adaptarse a las exigencias que le vienen impuestas, efectivamente, desde otras instancias.

Al respecto, hemos de aclarar que no es la administración sanitaria la que carga sobre el médico nuevas obligaciones, y mucho menos que contribuya a dificultar la labor sanitaria sumándole requisitos administrativos. Es el derecho fundamental a la dignidad de la persona, la autonomía de su voluntad, su propia libertad, el que obliga al médico a compartir con el paciente las decisiones sobre su proceder técnico profesional.

Situándose ambas partes al mismo nivel de participación en la relación médico paciente, y respetando las normas basadas en principios constitucionales, esperamos emprender un camino por el que todos podamos obtener los beneficios deseables de una relación más cordial entre las dos partes de la relación asistencial.

La Ley nos proporciona el instrumento adecuado para encontrar la mejor manera de adaptarnos a una nueva forma de enfocar los valores personales del paciente. Pero el médico tiene la obligación de adaptarse a estas nuevas normas, que si en el momento presente no las vivencia como de orden moral, si ha de entender su presencia como indudablemente legal. Y todos, desde nuestra parcela de poder y en la medida que nos sea posible, nos encontramos ante el deber de colaborar para que ello suceda sin distorsiones que, en ningún caso, benefician el prestigio profesional del médico.

Por ello, con el mejor deseo de colaboración, y el mayor respeto, se da comienzo a este trabajo trayendo al presente un artículo de prensa en el que, bajo el título de *Médicos a la defensiva*, podemos leer :

Uno de los derechos más recientes, consagrado día a día por los tribunales de justicia, es aquel que obliga a informar al enfermo de todos los riesgos que puedan surgir en la intervención que le van a practicar. Además, tienen que ofrecerle, si las hubiere, otras alternativas, y que sea el propio paciente quien decida sobre lo que quiere.

Parece un contrasentido. —continúa diciendo este autor. —El enfermo acude al médico para que lo cure, porque es el experto, y sin embargo, es él mismo quien tiene que optar por un determinado tratamiento. Es la consagración del derecho de autodeterminación del paciente. Consecuencia: corremos el

riesgo de que los médicos practiquen cada vez más una medicina defensiva, traspasando la responsabilidad de su actuación al enfermo.

Agradecemos al autor de este artículo de prensa el anterior texto, que nos permite conocer el nivel de aceptación popular de las normas tendentes a regular la autonomía del paciente y sus derechos y obligaciones en materia de información, y se lo agradecemos, especialmente, porque nos permite entrar en el tema para reflexionar y puntualizar, a la luz de nuestra normativa sanitaria, aspectos tan importantes en nuestra vida como lo son el derecho fundamental a la dignidad y a la autonomía de la voluntad, que en ningún caso puede perder el ciudadano por el hecho de encontrarse necesitado de asistencia médica.

Entiendo que la objetividad debe de ser preferente en todo caso sobre sentimientos personales, dejando a la normativa legal y ética su parcela de protagonismo. El propio artículo de prensa nos sirve de límite en el desarrollo del contenido del presente trabajo, analizando sus distintos párrafos en la medida en la que entendemos puede clarificar el tema y proporcionarnos datos para un mejor entendimiento de ambas partes en la relación médico-paciente, y una plena aceptación de las normas en el entorno social.

1. Principios básicos en el ejercicio de la medicina

Todos sabemos que la ética médica clásica o tradicional es el resultado de la interrelación entre tres géneros de influencias: la filosofía y la ciencia griegas, la concepción religiosa judeocristiana y la tradición jurídico latina.

Pero también es cierto es que en el transcurso de los siglos se han vivido importantes cambios en la actividad curativa, y los distintos Códigos de Deontología fueron introduciendo en sus textos la letra impresa que las nuevas realidades sociales iban imponiendo. De esta forma, los Códigos de Deontología médica, con la carga ética tradicional, fueron adaptándose a las necesidades de los tiempos. Asimismo, es sabido que desde una época relativamente reciente, en la que el ejercicio de la actividad sanitaria se basaba en las ideas de caridad, se ha ido evolucionando hacia una medicina de tipo social². El enfermo fue tomando conciencia de sus propios derechos.

¹ *La Voz de Galicia*, de 25 de octubre de 2005, página 14, escrito por José Vázquez.

² *Vid. capítulo 1 de Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI, trabajo elaborado por BLAS ORBÁN, Carmen, en el que hace un breve repaso de la historia y evolución de la medicina hasta el momento presente. BOSCH EDITOR, Barcelona, 2003.*

Es más. A todo ello se han ido incorporando preceptos que encuentran su raíz en el ansia justificada de libertad individual y sentimientos dimanantes de la propia conciencia individual. Estamos hablando, pues, de preceptos nacidos en el campo jurídico. En consecuencia, en los sucesivos Códigos de Deontología médica se fue plasmando la normativa contemplada en el específico derecho sanitario de nuestro país, dándose entrada a los principios constitucionales.

Con ello se pretendió que estos nuevos derechos se fueran incorporando al quehacer médico, de tal forma que a las normas éticas tradicionales se sumaron los preceptos nacidos a medida que fueron evolucionando los sistemas políticos que garantizan el respeto a los derechos constitucionales.

Podemos entender que todo este contenido se encuentra contemplado en el texto del artículo 1. del Código de Ética y Deontología Médica de 1999, cuando, en su punto 1. define la Deontología Médica como

“El conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico”.

Aunque es bien cierto que el Código de Deontología Médica no hace referencia a preceptos de orden jurídico, también lo es que acoge en su seno los preceptos que en referencia al consentimiento del paciente se contienen en la Ley General de Sanidad, y que tienen su entrada en nuestra específica ley sanitaria por virtud de la Constitución Española de 1978.

Este cambio, que se fue haciendo ostensible en la segunda mitad del siglo XX, sorprendió a los médicos, en su mayoría portadores de los valores que tenían sus raíces en el arraigado concepto de beneficencia. Reacios a cambiar su forma de actuar y poco dispuestos a asumir los nuevos modelos sociales que se percibían en su entorno, se vieron envueltos en litigios que, cada vez con menos timidez por parte de los pacientes, terminaron siendo fuente de un evidente daño en la relación médico-paciente.

2. El consentimiento del paciente en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

Comienza el artículo 10 de la Ley General de Sanidad, del que únicamente reproducimos los puntos 5 y 6, diciendo:

“Todos tienen los siguientes derechos con respeto a las distintas administraciones públicas sanitarias”:

5. A que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares y allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico en su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

-Cuando la no intervención suponga un riesgo para la sanidad pública.

-Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

-Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Visto el texto de este artículo, en una Ley que data de 1986, las palabras escritas por el autor del artículo que motiva el presente trabajo no pueden ser ciegamente compartidas en el punto en el que expone el tema como algo novedoso, pues resulta escasamente aceptable admitir *que uno de los derechos más recientes... es aquel que obliga a informar al enfermo de todos los riesgos que puedan surgir en la intervención que le van a practicar*

Admitimos, sin embargo, que la presencia de estas cuestiones ante los tribunales de justicia comenzó de forma tímida, con reclamaciones aisladas, que fueron estudiadas, comentadas y analizadas por la doctrina jurídica, pero a las que la prensa diaria no prestó la atención con la que ahora las distingue.

Es cierto que en el momento en el que sucedieron los hechos que movieron al autor a escribir este artículo se encontraba vigente la Ley de Sanidad, que fue de aplicación al caso; y, de conformidad con el texto de esta Ley, la información a proporcionar al paciente, dada su gran amplitud, venía abarcando “todos los riesgos”, tal como se relata en el escrito.

Sin embargo, cuando posteriormente comentemos el texto de la Ley 41/2002, volveremos a tratar el tema bajo el prisma y parámetros actuales, lo que nos permitirá afirmar que no sólo no estamos hablando de uno de los derechos más recientes, sino que ya han sido limitadas en su extensión las amplias exigencias que se contemplan en el texto escrito por el autor del artículo que motiva nuestra atención.

Por otra parte, quizá convenga recordar que a Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que tiene sus antecedentes en la Constitución española, la que, a su vez, recibe parte del contenido de su articulado de la Declaración universal de Derechos Humanos, se gestó con tiempo y se plasmó por escrito, con amplio consenso y aceptación.

También se nos dice en este artículo de prensa, igualmente con cierto aire de novedad, que el médico debe ofrecer al paciente, si las hubiere, otras alternativas. Tal como hemos podido leer en la transcripción hecha del punto 6. del artículo 10 de la mencionada Ley, se trata de una obligación impuesta al médico desde que entró en vigor nuestra conocida e importante Ley de Sanidad.

Por tanto, los tribunales de justicia no consagran nada nuevo. Sencillamente, se limitan a aplicar la ley existente ante unos hechos que han sido probados y con base en unos fundamentos jurídicos que están perfectamente contemplados en un texto legal específicamente sanitario, argumentados en juicio, y que son de aplicación al caso. Sobre ello nada hemos de añadir, pues este derecho permanece inalterable en nuestra normativa actual, como posteriormente veremos.

Echamos de menos, en el artículo publicado en prensa que motiva este trabajo, algún argumento tendente a reflexionar sobre la posibilidad y conveniencia de proporcionar al paciente, sin excepciones, una información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, tal como se contemplaba en la Ley General de Sanidad.

Es cierto que, en principio, hubiéramos podido acudir igualmente al texto de la Ley en defensa de su cumplimiento. Pero en ningún caso lo hubiéramos hecho. Como no lo hicieron los jueces que, día a día, en lo que han podido legalmente, han ido interpretando la Ley con el espíritu con el que está redactada: el de proteger la voluntad del paciente dentro de unos límites razonablemente válidos.

No parece tarea fácil relacionar *todos los riesgos* que pueden afectar a un paciente cuando va a ser sometido a una intervención quirúrgica. Aún poniendo su mejor voluntad, es extremadamente difícil que el médico pueda proporcionar esta información, y por otra parte, entiendo que todos estamos de acuerdo en que una información con estas características puede perjudicar notablemente la salud de algún paciente.

No encontramos, en la letra impresa de la Ley General de Sanidad, excepción alguna que permita al médico un margen de libertad en lo que se refiere a la individualización de los pacientes, ni una posible selección para parcelar y dosificar la información, ausencia que fue una de las lagunas merecedoras de justificadas críticas.

Posiblemente todos comprendemos que la información al paciente requiere matizaciones y adecuación al caso para su aplicación real. La doctrina jurídica ha puesto de manifiesto, con gran acierto como se demostró en su día, el daño que pudiera causar en el ánimo del enfermo tal intensidad, en amplitud y frecuencia, como la que parece deducirse del texto de la Ley, aunque los jueces supieron regularla en la medida en la que los argumentos expuestos por el letrado y su propia libertad en la interpretación de las normas, lo hicieron posible.

Pero hemos de aceptar como cierto que la Ley General de Sanidad omitió referirse a lo que hoy se denomina “estado de necesidad terapéutica”³. Y esta rigidez en el contenido del texto difícilmente iba a permitir que por parte de los profesionales de la medicina se cambiase su modo habitual de comportamiento. Dos tipos de dificultades se hicieron patentes:

Por una parte, es cierto que dichos profesionales, muy celosos de cuidar su deber específicamente técnico frente al enfermo, quisieron entender que se le estaban aplicando normas que interferían con su trabajo, y mantuvieron su posición tradicional amparándose, en parte, en que el cumplimiento de estas normas podía dañar la salud de su paciente.

Por otra parte, salta a la vista que la obligación de informar al paciente de forma completa y continuada, verbal y escrita conlleva una imposibilidad real de su cumplimiento, independientemente de los escasos deseos de los médicos de cambiar su forma tradicional de atención al paciente.

Por tanto, la relación médico-paciente tradicional se mantuvo, a pesar de la existencia y estado en vigor del texto de la Ley, hasta que a los litigios, debidos en principio a supuesta infracción de la “lex artis” por parte del personal sanitario, se vinieron a sumar los motivados por defectuosa o nula información al paciente.

³ Terminología utilizada por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información.

Los letrados, por su parte, se ocuparon de utilizar la letra de la ley para tramitar con éxito procesos de gran repercusión social, lo que motivó, justificadamente, seria intranquilidad entre los profesionales de la medicina.

3. Marco normativo actual. Ley 41/2002, de 14 de noviembre

Los evidentes defectos contenidos en los artículos comentados, y las desfavorables consecuencias consiguientes derivadas de su aplicación, se fueron haciendo ostensibles, exigiendo, por sí mismas, una adecuación a la realidad social.

A petición de los propios médicos, entre otras partes interesadas, el Ministerio de Sanidad y Consumo encargó a un Grupo de Expertos el estudio de los avances producidos en materia de información, consentimiento y documentación clínica, con el objetivo de fijar criterios que permitiesen clarificar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los pacientes y de las propias instituciones sanitarias integradas en el Sistema Nacional de Salud.

En consecuencia, fue elaborado un Documento Final sobre Información y Documentación Clínica, en cuya Introducción se puso de relieve que la poca concreción de los apartados 5 y 6 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad había provocado inseguridad entre los profesionales sanitarios, planteándose la necesidad de publicar una norma jurídica que estableciera directrices claras acerca de estos extremos⁴.

Por ello, a la vista de cuanto se ha expuesto sobre la expresión de la voluntad del paciente, y pareciendo necesaria una mejor y más amplia regulación que la que se contempla en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la distintas Comunidades Autónomas comenzaron la tarea de regular la autonomía del paciente de manera más concreta, en lo que se refiere a los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, entre otros temas⁵.

⁴ Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, "El derecho a la autonomía de los pacientes", en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo, T. I, pág. 177.

⁵ La Comunidad Autónoma de **Cataluña** dio comienzo a esta labor, que finalizó con la publicación de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica.

Le siguió la Comunidad Autónoma de **Galicia**, con la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Regulación del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes

Esta pluralidad de normas que regulan la misma materia, algunas modulando la esfera de derechos del paciente respecto de la Administración sanitaria, podían generar confusiones, tal como advirtió el Defensor del Pueblo en su informe del año 2000, aludiendo a la inexistencia de una norma básica estatal posterior la Ley General de Sanidad que unifique e integre el conjunto normativo. Con esta finalidad, ya se había elaborado el Documento Final del grupo de expertos en Información y Documentación Clínica, de 26 de noviembre de 1997.

Por otra parte, la reforma de la Ley General de Sanidad pasó a convertirse en una necesidad imperativa después de la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual ha entrado en vigor en España el 1 de enero de 2002⁶.

Las aparentes contradicciones en algunos puntos y las novedades recogidas en este último texto legal, con respecto a la Ley General de Sanidad, hacían imprescindible una reforma en el ordenamiento jurídico previo al Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina, para adecuarlo al mismo.

Por ello, en fecha 21 de febrero de 2001 se presentó en la Cortes Generales una Proposición de Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que fue aprobada por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre⁷.

Entre otros principios básicos, esta Ley reconoce:

La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad, los cuales han

*Leyes autonómicas posteriores, sobre esta misma materia, son la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de **Extremadura**; la Ley 6/2002, de 15 de julio, de Salud de **Aragón**, y la Ley Foral de **Navarra**, de 25 de abril de 2002, sobre derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.*

A todo este conjunto normativo, hemos de añadir el Decreto 175/1989, de 18 de julio, por el que se aprueba la carta de Derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios del Servicio Vasco de Salud; la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía; la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Castilla-La Mancha, y la Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

⁶ Vid. ROMEO MALANDA, Sergio, "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes", La Ley, T. I, 2003 págs 1622 a 1593.

⁷ BOE núm. 274/2002 de 15-11-2002

de orientar toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica .

1. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

2. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

Se puede afirmar que, en su conjunto, esta Ley pretende proteger la autonomía de la voluntad del paciente, pues establece una regulación muy concreta tanto en lo relativo a la autonomía personal del paciente como al derecho a la información y al otorgamiento del consentimiento por parte del mismo. En su elaboración se han tenido en cuenta el Convenio de Oviedo y el Documento Final del grupo de expertos del Ministerio de Sanidad sobre información y documentación clínica .

En su Disposición Adicional Primera se establece el carácter de legislación básica, señalando que el Estado y las Comunidades autónomas adoptarán las medidas necesarias para la efectividad de la misma. En su disposición adicional segunda determina la supletoriedad de sus disposiciones en aquella legislación específica que carezca de regulación especial respecto a estas cuestiones. Por tratarse de una Ley básica se asegura a todos los ciudadanos del Estado las mismas garantías, especialmente en el terreno de la información, lo que evita un sin fin de legislaciones divergentes en una cuestión de tanta trascendencia como es la que tratamos .

En ningún caso podemos entender esta Ley como improvisada. Más bien es el resultado de una seria reflexión y un meticuloso estudio. Así se puede comprobar en el preámbulo de la Ley en el que podemos leer:

⁸ El contenido de lo dispuesto en los puntos 1 y 5 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad se mantienen en este nuevo articulado.

⁹ Así se hace constar en el preámbulo de esta Ley.

¹⁰ Así lo contempla ROMERO MALANDA, cuando escribe "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes", en *La Ley*, T. I, 2003, pág.1523.

"...la importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia. Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión. En este sentido, es necesario mencionar la trascendencia de la Declaración universal de derechos humanos, del año 1948, que ha sido el punto de referencia obligado para todos los textos constitucionales promulgados posteriormente o, en el ámbito más estrictamente sanitario, 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, aparte de múltiples declaraciones internacionales de mayor o menor alcance e influencia que se han referido a dichas cuestiones".

4. Definición del "consentimiento informado"

Figura nacida dentro del campo jurídico, el "consentimiento informado" no es un concepto jurídico indeterminado.

Desde el momento en el que los médicos están obligados a su cumplimiento se les ha de proporcionar un conocimiento claro de sus obligaciones al respecto y, por tanto, se hace preciso comenzar conociendo una definición que permita estudiar cada uno de los elementos que componen esta figura y, con este bagaje de conocimientos, puedan los médicos acomodar su ejercicio profesional a los cánones que impone esta figura, relativamente nueva en su forma de expresión, que se suma a nuestras obligaciones éticas tradicionales.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre¹¹ nos proporciona una definición, relativamente breve, pero que encierra con cierta amplitud la obligación a cumplimentar por el médico en el ejercicio de su actividad profesional. En su artículo 3 define el "consentimiento informado" como:

¹¹ BOE núm. 274/2002 de 15-11-2002

“La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

Sabemos, como ya hemos dicho, que esta figura del “consentimiento informado” nació en el campo jurídico y es en este ámbito en el que encontramos múltiples publicaciones, y en el que se han realizado importantes estudios para alcanzar la descripción de un nivel de contenido y expresión ampliamente aceptables.

Marín Gámez destaca los dos elementos conformadores del “consentimiento informado” para alcanzar una definición adecuada. Ambos elementos se perciben, como ya hemos comentado, en el texto del apartado 6 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad; y se encuentran, igualmente, en el apartado 4 del Código de Ética y Deontología médica, en el que se contemplan las indicaciones precisas para alcanzar una definición del mismo.

Entiende Marín Gámez¹² que “dentro del margen de la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, el consentimiento informado es un proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud del cual el sujeto competente o capaz recibe del sanitario información bastante en términos comprensibles que le capacita para participar voluntariamente, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad. Esta participación permite al sujeto aceptar o rechazar determinadas acciones terapéuticas o cuidadoras en función de los objetivos que él mismo establezca, sin menoscabo de los derechos de los demás, en uso de su autonomía y dignidad personal”.

Así expuesto, fácilmente comprendemos que ello supone un planteamiento diferente, sobre nuevas bases, frente a las tradicionales relaciones médico-paciente, postergando el sesgo jerárquico de dicha relación a favor de un talante más participativo y menos paternalista.

Y así debemos de plantearlo y entenderlo. Los usuarios de la sanidad no deseamos que se dañe la imagen de un derecho que nos costó milenios llegar a alcanzar, por lo que entendemos que es importante la colaboración de

todos: médicos, pacientes y medios de comunicación social para que esta Ley sea comprendida y respetada.

5. Expresión de la voluntad

Podemos resumir lo dicho en los epígrafes anteriores con el siguiente párrafo:

El derecho del paciente a la autonomía de la voluntad ha sido plasmado en nuestra legislación, y está contemplada actualmente en 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, Ley que se encuentra en vigor en nuestro país desde el 15 de mayo de 2003.

La interrogantes que puedan surgir referentes al cómo, cuándo y quién las contestamos a continuación

5.1. Forma de expresión

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, dice en su artículo 8:

“2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos”.

Siguiendo la letra de esta Ley, la forma de consentimiento en atención primaria será verbal, salvo que se presenten casos para los que la Ley reserva la forma escrita, que es lo menos frecuente en esta faceta de la atención sanitaria.

En realidad, la mayor parte de la información que el médico de atención primaria ha de proporcionar al paciente no se encuentra en el ámbito del “consentimiento informado”, sino en la faceta asistencial, propiamente dicha, del quehacer médico: consejos sobre ingestión y dosificación de la medicación, cuidados fisioterapéuticos a tener en cuenta, advertencias sobre aspectos concretos que conllevan algunos medicamentos, y posibles efectos secundarios derivados de la propia medicación, entre otros

¹² MARÍN GÁMEZ, José Ángel, “A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado”, en *Revista General del Derecho*, num.610-611, 1995, pág.8237.

muchos que el propio médico, con su obligada y personal prudencia, distinga como convenientes o necesarios para beneficio del propio paciente y para la más pronta recuperación de su salud, entre los que podemos incluir plazos para repetir análisis, y abstenciones que deberá practicar durante el tiempo que el médico, de acuerdo con los conocimientos científicos actuales, entienda como necesarios o convenientes para la obtención del resultado propuesto o esperado.

Pero no es este el caso en el que se encontró el paciente que precisó la atención médica origen a la sentencia que motivó el artículo de prensa. Este paciente¹³ tenía que haber prestado consentimiento de forma escrita, pues fue sometido a un procedimiento diagnóstico y terapéutico de previsible riesgo, como veremos posteriormente al analizar el relato de hechos de la sentencia resultado de la demanda interpuesta por sus familiares.

5.2. Circunstancias de lugar y tiempo

El consentimiento que ha de expresar el paciente, ya sea en forma verbal, ya lo sea de forma escrita, según el caso que motiva la atención sanitaria, será manifestado, en todo caso, antes de la prestación de la atención médica que se va a realizar, salvo que el enfermo se encuentre en alguna de las situaciones que la Ley contempla como excepcionales. También en esto la Ley es clara cuando dice:

Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

- a. Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986¹⁴, se comunicarán a la autoridad ju-

¹³ En este caso en concreto, cuando sucedieron los hechos aún no había entrado en vigor la Ley 41/2002, por lo que fue de aplicación al caso la Ley General de Sanidad.

¹⁴ Dice esta Ley en sus tres primeros artículos:

Artículo 1. Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

Artículo 2. Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

dicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

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

5.2. Titular del consentimiento

La Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se pronuncia con claridad cuando dice en su artículo 8:

1. “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

La información prevista en el artículo 4 es la que sigue:

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

Artículo 3. Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

Se percibe que la Ley 41/2002, tal como sucede en los textos autonómicos, es clara al respecto, pues se establece como ineludible el consentimiento del paciente, quien, tras haber recibido la adecuada información, deberá pronunciarse sobre la atención sanitaria a recibir, en el libre ejercicio de los derechos que le son inherentes.

En virtud de su derecho a la libertad, el paciente puede revocar su decisión sin que tenga que dar explicación alguna sobre su cambio de opción, aunque la Ley establece –lo cual parece importante señalar y debe ser respetado por el profesional de la medicina– que este cambio en la decisión del paciente debe constar por escrito. Si bien es cierto que dentro de la normativa autonómica podemos encontrar leyes que prescinden del requisito de la constancia documental en los casos de revocación¹⁵, la presencia de este documento proporcionaría al médico cierta seguridad ante un posible proceso judicial basado en este tema.

Podemos resumir diciendo que el acto de prestación del consentimiento es un acto personal del sujeto afectado, aunque se contempla el consentimiento por representación en determinados supuestos, si bien el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. En todo caso, la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

Esta afirmación relativa a que el consentimiento ha de ser emitido por el propio paciente no es nada nuevo. Pero parece cierto, y así ha sido mantenido por la doctrina, que el texto de la Ley General de Sanidad, aprobada el 25 de abril de 1986, no ofrecía suficiente claridad en lo que se refiere a la manifestación de la voluntad del paciente y su repercusión sobre el actuar del médico, a efectos de la posible exoneración de su responsabilidad ante los daños que, eventualmente, pudieran producirse.

Como ya queda comentado, esta aparente falta de claridad dio lugar a confusiones de gran trascendencia para los profesionales de la medicina, aspecto que la Ley 41/2002 deja –al menos aparentemente– completamente resuelto.

¹⁵ Vid. artículos 6.4 de la Ley 21/2000 de Cataluña; 12.4 de la Ley 6/2002 de Aragón; y 7.1 de la Ley 11/2002 de Navarra.

6. La información como requisito inseparable del “consentimiento informado”

Respecto al contenido y amplitud de la información que el médico ha de proporcionar al paciente, el texto la califica como de suficiente y ponderada. Al médico se le conserva un poder discrecional en su relación con el paciente, pues parece que esta calificación queda al arbitrio del propio médico.

En principio y en líneas generales, podemos tener presente que para que el consentimiento del paciente tenga validez, el interesado ha de conocer aquellos puntos concretos sobre los que debe manifestar su voluntad de consentir, y ello no es posible si no ha sido informado por el médico con la amplitud precisa para que pueda alcanzarse dicho conocimiento.

Por tanto, el consentimiento emitido por el paciente, en cuanto se refiere a la atención médica concreta a recibir, ha de estar precedido de la información suficiente, emitida por el médico con la claridad necesaria, adaptada su comunicación al entendimiento del propio paciente para que este pueda emitir su consentimiento válido. Esta obligación a cumplimentar por el médico no es, –como ya queda dicho– de reciente introducción en el quehacer de este profesional, aunque si es relativamente nueva la forma de expresión gramatical.

Cierto es que, hasta época muy reciente, el tema relativo al “consentimiento informado” no se ha tomado con la seriedad suficiente para que los médicos lo incorporen de forma definitiva y sin reparos ni fisura a su quehacer habitual¹⁶, pero estos profesionales saben muy bien que una correcta interpretación gramatical nos permite entender que el “consentimiento informado” está presente en nuestra normativa legal y en el artículo 10 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999.

¹⁶ La figura del “consentimiento informado”, gráficamente expresada, aparece como tal en el Real Decreto 944/1978, de 14 de abril y la Orden de 3 de agosto de 1982 que lo desarrolla: introducción del consentimiento informado en la investigación con seres humanos. MARÍN GÁMEZ, citado; en pie de página 8238 nos recuerda que los principios jurídicos que dan vida a la figura del consentimiento informado se han articulado paulatinamente en algunos textos: el Código de Nürember (1947); el British Medical Research Council (1963); Declaración de Helsinki (1964) de la Asociación Médica Mundial, revisada en Tokio (1975), Venecia (1983) y Hong Kong (1989); artículo 7 del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; el Informe Belmont (1978); el Consejo para la Organización Internacional de Ciencias Médicas y la Organización Mundial de la Salud redactaron en 1982 el documento “Recomendaciones internacionales para la experimentación biomédica en seres humanos”, revisado, actualizado y publicado en 1963 bajo el título “Recomendaciones éticas internacionales para la experimentación biomédica en seres humanos”.

Después de lo comentado, comprendemos perfectamente que el consentimiento y la información necesaria para que este tenga validez jurídica son ramas de un mismo tronco: la autonomía de la persona¹⁷.

No basta, pues, con presumir la voluntad conforme del paciente al acto médico interpretando que la acción asistencial en beneficio del enfermo legitima la acción por sí sola¹⁸. El consentimiento implícito no es suficiente para legitimar la actuación concreta que el médico ha de proporcionar al paciente. La legitimidad para actuar médicamente viene dada por el mutuo consenso entre el facultativo -que está obligado a actuar con arreglo a la buena fe y la "lex artis"- y el paciente. Ambas voluntades han de estar presentes en el acto médico de asistencia o tratamiento.

La finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias están contemplados en la nueva normativa como un mínimo de información al paciente, que se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica.

Por supuesto, aunque al paciente se le reconoce legalmente el derecho a ser informado, con la extensión que en la Ley se contempla, es verdad que puede manifestar su voluntad en sentido contrario, siempre que este "derecho a no saber" esté, en su caso, permitido legalmente.

Pero, como norma general, no puede quedarnos duda sobre la realidad presente: la consideración constitucional de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad colocan en consentimiento del enfermo en lugar preeminente y legitimador del acto médico.

6.1. Contenido de la información

Si yo entendiese que el artículo de prensa que comentamos estaba abierto a sugerencias que los usuarios de

la sanidad pudiésemos aportar, me permitiría enviarle al autor del mismo la siguiente carta abierta:

"Los pacientes queremos conocer"¹⁹, en principio, y como mínimo, el diagnóstico de la enfermedad que nos aqueja, el pronóstico, y el posible tratamiento que conviene a nuestro caso concreto, que nosotros procuraremos cumplir, conforme a las instrucciones recibidas, con el firme deseo de recuperar nuestra salud. Ello, como principio de nuestra relación.

Porque, si después de haber estudiado nuestro caso, el médico nos dice que debemos ser sometidos a una intervención quirúrgica, tenemos derecho a que amplíe debidamente la información, que ha de alcanzar extremos perfectamente definidos por la ley. Queremos saber:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con nuestras circunstancias personales o profesionales
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

Antes de que el médico tome una decisión firme de llevarme al quirófano, siento la necesidad imperiosa de conocer ciertos datos. Entre otras muchas razones, porque si el médico va a introducir el bisturí en mi cuerpo - aunque solo sea para extirparme el apéndice, y mucho más si se trata de amputarme una pierna o alguna otra parte de mi anatomía- deseo saber porqué me van a practicar esta intervención. He de dar mi consentimiento, que, como todos sabemos, carece de validez si no va precedido de una información adecuada, previa a toda intervención médica.

Por otra parte, mis circunstancias profesionales pueden verse alteradas como consecuencia de una intervención quirúrgica. Puede saberse de antemano que, en el mejor de los casos, quedaré con un cierto grado de invalidez. Y ello tengo que saberlo yo para, en consecuencia, poder organizar mi vida. Nadie, incluido el propio médico -salvo en caso de urgencia vital- puede alterar mi vida bajo sus propios parámetros.

¹⁷ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, "El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica", Revista de la Asociación española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2003, núm.6, pág. 5. En este trabajo podemos leer: "El principio de autonomía tiene su origen en el reconocimiento de la persona como ser individual, dotado de racionalidad y libertad, lo que la convierte en un ser diferente de lo físico, en fuente de moralidad y en ordenadora de todo lo que la rodea, para dirigirlo hacia su propio perfeccionamiento. Reconocer esto significó aceptar la dignidad del ser humano en sí mismo y no en relación a la posición que ocupara en el organigrama social, dignidad que es consustancial a la persona y que deriva hacia una consecuencia universal: todas las personas son igualmente dignas. Este reconocimiento supuso el gran salto al pensamiento moderno y dio origen al nacimiento de los derechos individuales.

¹⁸ Así se pronuncia MARÍN GÁMEZ, citado, pág. 8252.

¹⁹ Es un derecho que me asiste, contemplado en la Ley 14/2002, de 14 de noviembre

Por si estos no fueran suficientes argumentos, le diré algo más: Las intervenciones quirúrgicas llevan consigo un riesgo potencial. Unas veces estos riesgos están directamente relacionados con el tipo de intervención concreta que se va a practicar al paciente, y en otras ocasiones se trata de riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia. Y esto también quiero conocerlo previamente a la intervención que voy a sufrir.

Cuando el médico me haya informado de estas cuestiones, intentaré despejar mis dudas y querré saber las alternativas que tengo si decido no someterme a esta intervención en concreto que el médico me propone, daños que puedo sufrir si no accedo a la intervención, tiempo de espera que mi estado de salud me permite antes de sufrir daños irreversibles, y multitud de interrogantes que me pueden surgir alrededor del tema. Porque yo no tengo más que una vida, y me gusta participar en la toma de decisiones sobre mi futuro. Por ello, espero y confío que el médico me informe debidamente de todas estas cuestiones”.

En resumen: cuando se tomen decisiones sobre mi salud, el médico debe contar conmigo. Porque la época en la que el médico decidía por el paciente de forma paternalista –aquella en la que la medicina era ejercida bajo criterios de beneficencia, presidida por ideas de caridad- ha quedado ya muy lejana. Actualmente, el médico y el paciente deciden juntos lo que más conviene al caso, en condiciones de igualdad, independientemente de los conocimientos específicos del propio médico, precisos e imprescindibles para el desempeño de su actividad.

Por supuesto, los buenos sentimientos del médico se dan por supuestos, y todos entendemos que él nos aconsejará lo mejor y lo que más conviene a nuestra salud. Por eso nos inspira nobles sentimientos de gratitud y respeto.

En conjunto podemos decir que los textos escritos sobre el tema del consentimiento del paciente parecen satisfactorios. Pero en medicina nada es matemático. Será la profesionalidad del médico y su buena disposición en el cumplimiento de la norma, sumada a la adecuada respuesta del paciente, las que nos permitirán conocer si el texto es suficiente, como sería lo deseable. Las aportaciones doctrinales y resoluciones judiciales nos permitirán orientaciones sobre aspectos concretos que vayan suscitando dudas, a través de la casuística que, inevitablemente, se irá sucediendo.

6.2. Extensión y límites

La limitación terapéutica de la información, contemplada actualmente en la Ley 41/2002, se configura como admisible y necesaria en la medida que el médico considere que la información completa puede ser gravemente dañina para el paciente. No obstante, esta limitación a la información ha de ser interpretada restrictivamente para evitar que se convierta en ilusorio el derecho del paciente a una información sanitaria adecuada²⁰.

En este punto, parece de interés recordar la sentencia del caso Canterbury versus Spence (Columbia, 1972), en la que se señala que “cuando el médico está firmemente convencido e que la información que le facilite al paciente le va a originar un daño psicológico severo, su deber de cuidado, entendido en conjunto, supera a su deber de información, que es sólo un aspecto de aquel, debiendo cargar el médico con la prueba de que tal acción es justificable”²¹.

En cualquier caso, la limitación terapéutica de la información, anclada en el paternalismo, debe ser excepcional y rigurosamente justificada, de tal forma que sólo tendría cabida en aquellos supuestos en los que la revelación de la realidad pueda generar un daño grave e irreversible en la salud del paciente. Se ha de tener presente, como norma general de conducta, que el enfermo tiene derecho a una información completa y adecuada, debiendo ser analizada con sumo cuidado y rigurosidad la situación que motive una excepción a esta regla.

6.3. Destinatario de la información. Posible renuncia

El destinatario de la información es el propio paciente por cuanto es el titular de este derecho. No obstante la Ley dice que también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la

²⁰

Vid. GALAN CORTES, Julio César, “Responsabilidad médica. Cirugía de carcinoma vesical. Contenido de la información a facilitar al paciente. Excepción terapéutica. Protocolos de actuación médica. Doctrina tradicional de la responsabilidad civil del médico. Sentencia de 31 de marzo de 2004” (RJ 2004, 2323), en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 2005, N.67, pág. 148.

²¹

GALAN CORTES, Julio César, “Responsabilidad médica...”, citado, pág. 143. Con motivo de esta sentencia, recuerda este autor al juez Robinson, quien dice:

“Sin embargo, el privilegio del médico de ocultar información por razones terapéuticas debe ser cuidadosamente circunscrito, porque de otro modo podría devorar la misma regla de la obligación de informar. El privilegio no puede suponer la aceptación de la noción paternalista de que el médico puede permanecer en silencio simplemente porque el revelar información podría inducir al paciente a rechazar una terapia que el médico considera que el paciente necesita realmente. Tal actitud presume la inestabilidad o incluso la perversidad de los pacientes más normales, y camina en contra del principio fundamental de que el paciente podría, y de hecho habitualmente puede, decidir por sí mismo”.

medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

Actualmente no existe duda al respecto: el paciente es el sujeto legitimado para adoptar cualquier decisión que a él mismo afecte en el curso de la relación médico-sanitaria. Ello –como afirma Marín Gámez²², cuyo texto reproducimos– “no sólo por el carácter personalísimo lógicamente derivado de su particular interés civil, sino, y sobre todo, porque el elenco de derechos subjetivos constitucionales conjugados difícilmente deja margen para otra deducción”.

Una vez asumida su situación y conocido el nivel de gravedad de su estado de salud, así como el pronóstico, es el propio enfermo el que debe colaborar con el médico para obtener los beneficios que se pueden esperar del tratamiento adecuado, del que también deberá ser informado el paciente.

Por parte del afectado, su deseo de recuperación, su propia ilusión por salir de la situación negativa en la que se encuentra, su deseo de vivir, van a colaborar muy eficazmente con las medidas tomadas por el médico en la fase de tratamiento. No se nos oculta la posible ayuda psicológica que pueda precisar el paciente, dado el caso, pero ese tema queda fuera de los límites del presente trabajo

Aunque ya se ha mencionado, no podemos finalizar este tema sin recordar que el paciente, titular del derecho a ser informado en lo que se refiere a su propia salud, lo es también para renunciar a recibir esta información. Es por ello por lo que la Ley 41/2002, después de dejar constancia de que los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible de la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley, dice, en el mismo punto 1 de su artículo 4.:

“Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada”.

En lo que se refiere a la conducta a seguir por el médico ante los posibles casos en los que el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, la Ley se pronuncia con claridad, pues dice: “se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención”.

²² MARÍN GÁMEZ, José Ángel, “A vueltas con la constitucionalidad...”, citado.
252

Por tanto, en cumplimiento de la norma contenida en el texto legal vigente, cuando la limitación de información se encuentre presente el médico deberá dejar, en la historia clínica del propio paciente, constancia razonada de las circunstancias que motivaron esta decisión limitativa de los derechos, de los que el paciente es titular.

Conviene, sin embargo, que recordemos que esta posibilidad de renuncia, por parte del paciente, a conocer la información sobre su estado, se encuentra limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso.

Así pues, como resumen de lo dicho, podemos afirmar que, conforme a la actual Ley, el médico está obligado a proporcionar al paciente la información debida, con la extensión y con las excepciones que en su propio articulado se contemplan, pero, también salvando situaciones concretas, al paciente le asiste el derecho a renunciar a recibirla, en cuyo caso serán las personas que la propia Ley establece las destinatarias de la misma.

En todo caso, y cualquiera que sea el nivel de información proporcionada al interesado, esta ha de ser cierta. Distinto es que, en los casos concretos de situación excepcional, no deba extenderse más allá de lo que permita la salud del paciente.

7. El consentimiento del paciente en el Código de de Ética y Deontología Médica de 1999

Desde cualquier ángulo que se enfoque este tema, parece cierto que, en el momento presente de la práctica médica, ya nadie pone en duda que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información que la normativa legal contempla²³, haya valorado las opciones propias del caso.

En esta misma línea, en el texto del actual Código de Deontología médica podemos contemplar los dos elementos constitutivos de la definición referente al “consentimiento informado”, aunque quizá el elemento subjetivo no esté suficientemente desarrollado. Pero la presencia del consentimiento específico del paciente, como elemento imprescindible para que el médico pueda actuar lícitamente cuando realiza determinadas prácticas profesionales, queda fuera de duda.

²³ Artículo 8 de la Ley/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información.

En efecto, el Código de Ética y Deontología médica de 1999, que destina el capítulo III a la regulación de las relaciones del médico con sus pacientes, presta la debida atención al tema referente a la información. En su artículo 10, dice:

“Si el paciente debidamente informado no accediera a someterse a un examen o tratamiento que el médico considerase necesario, o si exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éticas, juzga inadecuado o inaceptable, el médico queda dispensado de su obligación de asistencia”.

Pero es en el artículo 11, con un contenido más amplio, en el que encontramos semejanzas significativas con nuestra actual normativa legal, específicamente sanitaria:

1. Los pacientes tienen derecho a recibir información sobre el diagnóstico, pronóstico y posibilidades terapéuticas de su enfermedad, y el médico debe esforzarse en facilitársela con las palabras más adecuadas.

2. Cuando las medidas propuestas supongan un riesgo importante para el paciente, el médico proporcionará información suficiente y ponderada, a fin de obtener el consentimiento imprescindible para practicarlas.

3. Si el enfermo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento a la atención médica por ser menor de edad, estar incapacitado o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familia o representante legal, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional.

4. En principio, el médico comunicará al paciente el diagnóstico de su enfermedad y le informará con delicadeza, circunspección y sentido de responsabilidad del pronóstico más probable. Lo hará también al familiar o allegado más íntimo o a otra persona que el paciente haya designado para tal fin.

5. En beneficio del paciente puede ser oportuno no comunicarle inmediatamente un pronóstico muy grave. Aunque esta actitud debe considerarse excepcional con el fin de salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro.

Comprobamos que el Código ético contempla la figura que la Ley 41/2002 denomina “estado de necesidad terapéutica”. En la práctica, tendremos oportunidad de valorar el acierto con el que el médico la mide.

Entiendo que es este el momento oportuno para recordar que el consentimiento informado, aunque está contemplado actualmente en nuestro Código Deontológico²⁴, no es un derecho graciable que el médico conceda al enfermo, sino que el paciente es el titular del derecho a recibir la asistencia con arreglo a su autonomía individual y libre desarrollo de su personalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Constitución española. Sobre ello se ha pronunciado tanto la doctrina jurídica como la jurisprudencia. El médico se limita a cumplir con una obligación legal dimanante de los derechos fundamentales del paciente.

Por otra parte, dentro del campo de la información debida al paciente, hemos podido ver que tanto en la Ley General de Sanidad como en el Código de Ética y Deontología médica, encontramos contemplados los dos aspectos del deber de información: un deber de tipo asistencial, preciso o conveniente para una mejor evolución de la enfermedad, y un deber de información, necesario en todo caso, por cuanto es requisito imprescindible para que el paciente pueda tomar una decisión válida en lo que respecta a la actuación del médico. Es esta información un elemento intrínseco de lo que viene denominándose “consentimiento informado”.

7.1. Veracidad y autenticidad

En lo que se refiere al artículo 11 de este mismo Código deontológico, se contemplan en su contenido normas de respeto a la intimidad del paciente y a su derecho a obtener un informe veraz y auténtico; y lo que es más destacable: este informe será entregado personalmente al paciente o persona a la que él haya autorizado. Textualmente dice:

1. Es derecho del paciente obtener un certificado médico o informe realizado por el médico que le ha atendido, relativo a su estado de salud o enfermedad o sobre la asistencia prestada. Su contenido será auténtico y veraz y será entregado únicamente al paciente o a la persona por él autorizada.

2. El médico certificará sólo a petición del paciente, de su representante legalmente autorizado o por imperativo legal. Especificará qué datos y observaciones ha hecho por sí mismo y cuáles ha conocido por referencia. Si del contenido del dictamen pudiera derivarse algún perjuicio para el paciente, el médico deberá advertírselo.

²⁴ Aunque el Código evita la expresión gramatical de “consentimiento informado”, contiene los elementos que componen esta figura.

Por tanto, respecto al deber de información, el actual Código de Ética y Deontología está en línea con la doctrina jurídica y con nuestras normas legales ya vistas, cuando afirma que la información a recibir por el paciente ha de ser veraz, y que el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de manera que pueda comprenderla.

También en la misma línea y en similares términos el Código de Deontología médica contempla el derecho del paciente a no ser informado, si así lo comunica al médico expresamente, debiendo ser respetada esta decisión en los términos que en el texto se especifican.

7.2. Información en la relación técnico-asistencial

Realmente, el deber de información, en alguno de sus aspectos y contenido, forma parte tradicional del quehacer médico, pues el conocimiento del diagnóstico, y del tratamiento por parte del paciente pueden y deben favorecer el pronóstico, aspecto este que el paciente debe conocer en mayor medida al objeto de que pueda colaborar activamente en la recuperación de su salud, objetivo de primer nivel, por cuya consecución, en líneas generales, el paciente busca la atención médica.

Aunque algunos aspectos de la información, tal como se entiende actualmente, no estuvieran incluidos tradicionalmente entre los específicos deberes deontológicos, con base en que el único que sabía de medicina era el propio médico, en la actualidad este deber de información se amplía, debiendo comunicar al paciente los resultados de los análisis practicados en su caso, y darle instrucciones sobre control de la alimentación, ejercicio físico adecuado y otros consejos que el médico entienda convenientes, dentro de este nuevo marco de participación del paciente en todos aquellos aspectos sanitarios en los que el mismo puede actuar o intervenir, en su lícito deseo de estar informado del estado de su salud, situación que se entiende como un derecho protegido constitucionalmente.

Dado que es habitual que el paciente acuda a los servicios de atención primaria acompañado de otras personas, cabe que podamos preguntarnos a quién ha de dirigirse el médico en cuanto se refiere a la información sobre estado de salud del paciente. La respuesta a esta interrogante está perfectamente expuesta en nuestros textos de referencia. Conforme a ello, será el paciente, a título personal, el que reciba la información, aunque el médico informará a sus acompañantes en la medida en que lo permita el paciente, ya de manera expresa ya de forma tácita.

Desde que la figura del médico paternalista ha dejado paso al médico responsable legalmente de sus actos profesionales transcurrió un largo período de tiempo. Pero en la época actual, el médico sabe con certeza que la información que ha de proporcionar al paciente al que presta atención sanitaria ha de ser una información verdadera, lejos de ocultaciones y temores. Como ya queda dicho, solamente en casos límite, calificados en la vigente legislación como de necesidad terapéutica, se puede omitir la información al paciente.

Verdad es que el médico puede entender que al paciente le va a afectar negativamente cualquier información que pueda proporcionarle si conlleva noticias negativas sobre su estado de salud. Pero ha de admitir que a la única persona que le importa de verdad la salud del enfermo es al propio interesado y es él el que ha de decidir sobre su salud y la recuperación de la misma, empezando por dar el primer paso: tomar conciencia de su situación real.

Todo lo antedicho, que no supone un esfuerzo personal del profesional, forma parte de las propias obligaciones del médico ubicadas en el ámbito de la "lex artis", lo que contribuye de manera notoria a mejorar la calidad de la asistencia sanitaria y, lo que es muy importante, repercute favorablemente en la relación médico-paciente.

Lejos quedan ya aquellas palabras del doctor Marañón, escritas en 1935, cuando nos dice:

*"El médico, pues –digámoslo heroicamente-, debe mentir. Y no sólo por caridad, sino por servicio a la salud. ¡Cuántas veces una inexactitud, deliberadamente imbuida en la mente del enfermo, le beneficia mas que todas las drogas de la farmacopea! (...). ¿Cómo va el médico, entonces, a no mentir? Pecado lleno de disculpas magníficas es, por lo tanto, este de mentir al enfermo que lo necesita. Y, en ocasiones, el pecado se convierte en obligación"*²⁵.

Al leer la frase que antecede nos sentimos trasladados a lejanos tiempos. Pocos años después de que fueran escritas estas palabras, concretamente en el año 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos aportó un nuevo aire de respeto a la verdad y una marcada tendencia a la defensa de la dignidad personal.

En este momento, el doctor Marañón entró, por la puerta grande que le abrió su gran prestigio, a formar parte de la Historia de la Medicina.

²⁵ En *Vocación y Ética*, Colección Austral, 6ª edición, Madrid, 1976, págs. 71 y ss.

Daba comienzo una nueva época en la que al paciente se le reconocía su mayoría de edad. Un enfoque nuevo de la relación médico-paciente tendía a situar a las partes de esta relación en un mismo nivel de igualdad, dignidad y respeto.

En esta relación médico-paciente, establecida sobre nuevas bases, el médico conserva, entre otras, una parcela importante de influencia, pues, al menos hasta el momento, cabe afirmar que la valoración sobre la capacidad del paciente para consentir válidamente es una cuestión en la que los profesionales de la sanidad han de pronunciarse expresamente, ya que la evaluación de esta capacidad²⁶ forma parte de sus obligaciones.

En su conjunto, las dudas que pudieran surgir en la práctica de la medicina las resuelve la Ley con aceptable claridad y, como ya hemos visto, en la misma línea se pronuncia el Código de Deontología médica.

8. El “consentimiento informado” en la práctica médica

Dice el autor del artículo de prensa que sirve de fondo a este trabajo:

1. *“El enfermo acude al médico para que lo cure”*

Pero sabido es que el médico no está obligado a curar al paciente en todo caso.

De haber sido posible un diálogo con el autor del texto, me hubiera parecido prudente decir:

“Por mi parte, cuando acudo al médico, soy consciente de que este profesional no tiene obligación, ni moral ni legal, de obtener este resultado favorable. Su obligación se limita a poner todos los medios a su alcance para lograrlo, y a disponer –innecesario decirlo– de la preparación adecuada. Ello encierra la siguiente afirmación: el médico tiene la obligación moral y legal de actuar con prudencia y con pericia.

Sabido esto, sólo espero que mi médico cumpla con el deber de cuidado al que le obliga el ejercicio

de su profesión, y actúe con la diligencia debida, dentro del máximo respeto a la lex artis. Y le agradezco que así sea”.

Porque todos somos conscientes de la propia debilidad de la naturaleza humana y sabemos que no siempre el médico alcanza la curación pretendida; en unas ocasiones por la presencia de sucesos imprevisibles, y en otras porque, aún siendo previsibles, son imposibles de superar. Por eso, frente a los médicos que se atreven a garantizarnos la curación, parece prudente elegir aquellos que nos dicen que van a hacer todo lo que esté a su alcance, legal y moralmente, para obtener el resultado más beneficioso para nuestro caso.

2. *“...sin embargo, es él mismo (el paciente) quien tiene que optar por un determinado tratamiento”*

Evidentemente. Queremos y agradecemos que el médico nos informe de las posibilidades que tenemos con una u otra opción de las varias que, como posibles, nos ofrezca él que, como muy bien dice el autor, es el experto. Después de explicarnos, de forma breve, las ventajas e inconvenientes de cada una de las distintas opciones; después de que nos aclare dudas y nos de la razonable sensación de que entendemos la situación real que nos afecta, nos encontramos en una posición que nos permite entender lo que más conviene a nuestra salud, dentro de los parámetros y circunstancias que nos envuelven. Sólo entonces estamos en condiciones de ponderar los riesgos previsibles (no todos los riesgos posibles), y las ventajas a obtener como resultado de la actuación médica.

Resumiendo lo dicho, podemos afirmar que queremos que el médico (aún siendo un experto, o precisamente, porque lo es) tome decisiones, en lo que respecta a nuestra vida, no por nosotros sino con nosotros, en un ambiente relajado que contribuya a mejorar nuestro estado de ánimo y despeje lógicos temores.

La verdad, dicha con delicadeza –¡eso sí!– nos inspira confianza.

Y sabemos que la relación de confianza entre el médico y el paciente es uno de los mejores medios para llegar a resultados favorables. Por ello ambas partes, médico y paciente, debemos optar por esta vía de entendimiento.

Por otra parte, el deber de información previo a una actuación médica (lo que se viene denominando “consentimiento informado” no es una concesión gratuita que el médico nos hace, ni tampoco –como parece entenderse en el mencionado artículo– se trata de una decisión de los Tribunales de Justicia. Es algo mucho más profundo: el

²⁶ Sin embargo, como recuerda Marín Gámez, la evaluación que el médico pueda hacer sobre la capacidad del paciente para emitir un consentimiento válido está presidida por el respeto a los principios constitucionales, a las normas del Código civil relativas al consentimiento (artículo 1.262 y siguientes), y a las construcciones tradicionales sobre la capacidad jurídica y capacidad de obrar del mismo Código civil (artículos 29, 30, 32 y siguientes), “A vueltas con la constitucionalidad...”, citado, pág. 8242.

resultado de la continua lucha que el hombre viene sosteniendo a través de generaciones para alcanzar el derecho a la autonomía de su voluntad, el respeto a nivel individual, de su libertad, en armonía con el conjunto de derechos que en las distintas normas de máximo rango jurídico están contemplados.

En cualquier caso, la primacía de la autonomía de la voluntad y del libre desarrollo de la personalidad que son cimiento del orden social, desvelan que el consentimiento del paciente en cualquiera de sus formas es requisito de la licitud de la actuación médica. La exigencia escrita, en su caso, está justificada por las inercias formalistas del ordenamiento y la seguridad jurídica²⁷.

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 contempla la materia de la que venimos hablando con una gran claridad. Se trata de una Ley en la que tenemos puestas grandes esperanzas por lo que respecta a su favorable repercusión en la relación médico-paciente, y, por lo tanto, en la calidad de la asistencia sanitaria.

9. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de octubre de 2005

Cuando leemos el artículo de prensa que venimos comentando, tenemos a la vista, en la misma página del periódico en el que aparece publicado el texto, un breve resumen de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia referente a la muerte de un paciente al extraerle cálculos biliares.

Todo parece indicar que sobre ella fue elaborado el comentado artículo, lo que justifica que relatemos aquí los hechos sucedidos y considerados probados en el juicio que antecedió a su publicación.

9.1. Relato de hechos

Se trata de un paciente, varón, de 40 años de edad, que ingresó en el servicio de urgencia de un hospital gallego aquejado de ictericia. En el momento de su ingreso presentaba una buena orientación y un buen estado general.

Con el fin de confirmar el diagnóstico de Ictericia Obstructiva se le somete a una serie de pruebas, como

resultado de las cuales se programa y realiza una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE).

A las 6 horas de la intervención el paciente se despierta con sensación de mareo y náuseas, que continuaron con vómitos de contenido hemático, con dolor gástrico muy intenso. El estado del paciente lejos de mejorar, empeora, por lo que tres días después es operado de nuevo, detectándose una importante hemorragia. Ante el agravamiento del estado del paciente cinco días después de la intervención anterior es intervenido por tercera vez, falleciendo a las pocas horas.

Destacamos -porque así se hace en el relato de hechos- que “en ningún momento se informó al paciente o a sus familiares de cuál era la finalidad de la prueba, qué alternativas tenía (el paciente) a dicha intervención, ni de las complicaciones que pudieran surgir”.

Con motivo de la demanda presentada, el Tribunal Superior de Justicia examina los hechos probados, lo que nos permite entrar en más detalles sobre la atención recibida por el enfermo:

1º. En primer lugar, se realiza al paciente una ecografía abdominal, que mostró varios cálculos enclavados en el cuello de la vesícula y dilatación del colédoco.

2º. A continuación se realiza un TAC hepático, en cuyo informe se puede leer: hallazgos compatibles con coledocolitiasis y dilatación de la porción intrahepática del colédoco y de la vía biliar intrahepática, observándose imágenes compatibles con cálculos en los conductos biliares posteriores derechos, recomendándose completar dicho estudio con colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE).

3º. Se informa como hallazgos de dicha prueba: papila prominente sin lesiones mucosas, normalidad en la vía pancreática, coledocolitiasis en la vía biliar por presencia de cuatro o cinco cálculos en colédoco.

4º. Al mismo tiempo, se practica esfinterectomía endoscópica (EE) y arrastre con balón, extrayéndose cuatro o cinco cálculos en colédoco. El cirujano que realizó la intervención muestra sus reservas acerca de la existencia de otros cálculos residuales.

5º. Al día siguiente de la intervención el paciente presenta sensación de mareo, náuseas, que continuaron con vómitos de contenido hemático, dolor abdominal muy intenso y aumento de la amilasa sérica.

²⁷ Así se expresa MARÍN GÁMEZ, en “A vueltas con la constitucionalidad...”, citado, pág. 8257.

6°. Bajo el diagnóstico de pancreatitis aguda post-CPRE se somete el paciente a tratamiento médico conservador, mostrando ligera mejoría, pero dos días después, el paciente presenta un estado de shock, siendo trasladado a la UCI bajo la impresión diagnóstica de shock séptico de origen biliar y pancreatitis aguda post-CPRE.

7°. Este mismo día es reintervenido con abordaje subcostal derecho, sin poder realizarle colecistectomía debido al gran sangrado que padece, practicándole coledocotomía, constatándose la presencia de pus y sangre en gran cantidad, y siendo realizada la extracción de un cálculo en papila de 1 centímetro de diámetro, concretándose la impresión diagnóstica de colangitis, cálculo a nivel de papila, litiasis vesicular y pancreatitis aguda.

8°. Tras seguir sangrando durante varios días, es intervenido de nuevo bajo la sospecha de sangrado intraabdominal, practicándose laparotomía media que demostró la existencia de hemoperitoneo con aspiración de dos litros de líquido hemático y una dudosa necrosis hemorrágica de páncreas.

9°. A partir de esta última operación, el paciente tuvo una evolución desfavorable, con episodios de hipotensión, bradirritmia, parada cardiorrespiratoria refractaria, falleciendo posteriormente con el diagnóstico de: necrosis hepática aguda, pancreatitis aguda grave, coledocolitiasis, shock hipovolémico, coagulopatía severa.

Ante este resultado final no esperado, es fácil entender el disgusto de la esposa e hija del fallecido, y resulta comprensivo que iniciaran las actuaciones que estimaron pertinentes.

Desestimada la reclamación presentada ante la Consellería de Sanidad, tampoco prosperó a través de la jurisdicción penal, en la que se entendió que el médico, en su actuación, no había infringido la “*ex artis*”.

9.2. Cumplimiento de la “*lex artis*”

En la reclamación patrimonial presentada ante la Administración, respecto a la atención recibida por el paciente y su adecuación a la *lex artis ad hoc*, el Tribunal entiende que en ausencia de una prueba pericial propiamente dicha, en el caso presente ha de estarse a las apreciaciones del médico forense en las diligencias penales seguidas anteriormente, dada su objetividad e imparcialidad en el dictamen.

El médico forense destaca en su informe que la ausencia de una autopsia clínica o médico-legal perturba considerablemente cualquier tipo de consideración referente al presente caso, pues aquella hubiera podido constatar una serie de alteraciones anatomopatológicas verdaderamente importantes para poder llegar a comprender en su totalidad lo sucedido.

No obstante, considera que la intervención quirúrgica puede considerarse, en términos generales, justificada y adecuada a la naturaleza de la enfermedad, pues la CPRE llevada a cabo está indicada en el diagnóstico etiológico de la ictericia, particularmente en las de tipo obstructivo, como la presente, y todo parece indicar que se han seguido las pautas de comportamiento habituales en este tipo de técnica. También parece que han sido los habituales los estudios clínicos y cuidados postoperatorios (analítica de sangre, ECG, radiología de tórax, TAC y ecografía abdominal).

Además de lo dicho, cita el médico forense como complicaciones más habituales de la CPRE las hemorragias, pancreatitis, perforación y colangitis, especialmente en pacientes con obstrucción muy grande o completa de la vía biliar, presentándose con una frecuencia que puede alcanzar entre el 5% y el 10%.

En resumen, tal como consta en los informes médicos que figuran en autos, se ha descartado la quiebra de la “*lex artis*”, tanto en la indicación quirúrgica como en el desarrollo de la técnica empleada y en la evolución del postoperatorio, así como en la actuación del personal facultativo.

9.3. Consentimiento del paciente

Tal como se hace constar en la sentencia motivo del presente comentario, en la fecha en la que sucedieron los hechos que dieron motivo a esta resolución aún no se habían dictado ni la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, de regulación del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, ni la Ley estatal 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, por lo que hay que atender al texto del artículo 10.5 de la Ley 14/1986 de 25 de abril General de Sanidad, con arreglo al cual el paciente tiene derecho “a que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”.

Por razones prácticas, para resaltar la importancia y actualidad del tema que tratamos, parece de interés recordar que con la derogación del anterior texto de la Ley General de Sanidad, la información debida al paciente no sólo no perdió su inicial importancia sino que adquirió mayor protagonismo. Por ello, traemos a este epígrafe el contenido del artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. En lo que se refiere al derecho a la información asistencial, textualmente dice:

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

Pues bien, en el presente caso la recurrente alega que nadie informó al paciente o a sus familiares de las posibilidades de éxito o fracaso de la intervención consistente en CPRE y esfinterectomía y otras pruebas realizadas, ni de alternativas de tratamiento y complicaciones posibles, presentándose después en el paciente todos los posibles riesgos o complicaciones que se conocen como posibles y secundarios a dicha intervención.

Por su parte, la Administración sostiene que se suministró información suficiente y adecuada al paciente y a pesar de que a ella correspondía dicha prueba, no consta acreditado que así fuese, pues no figura en el expediente documento escrito alguno de que se informara al paciente o a sus familiares de los riesgos inherentes a la CPRE, en especial de que iba a ser combinada al mismo tiempo con una EE, ni del pronóstico de la misma, las posibles consecuencias del postoperatorio y las alternativas terapéuticas

a dicha técnica; y tampoco consta debidamente probado que esa información se hubiera suministrado verbalmente.

Lo que si parece demostrado es que el paciente sufrió pancreatitis, perforación, hemorragia y colangitis (lo cual se ha puesto de manifiesto en el informe médico forense evacuado en las diligencias penales seguidas en principio), sin que el paciente hubiera tenido oportunidad de saber que esta situación pudiera presentarse en su caso. Se privó, pues, al interesado, de la información necesaria para prestar su consentimiento válido previo a la realización de dicha intervención

Aunque tanto el letrado del Sergas como el de la Xunta alegan la inexistencia de nexo de causalidad, parece que queda fuera de duda que la mencionada operación ha sido el desencadenante del fallecimiento del paciente, pues, pese a la ausencia de autopsia clínica, todo parece indicar que la alteración fundamental que tuvo lugar fue la hemorragia irreductible, que suele deberse a la perforación o sección instrumental de una zona de la arteria pancreático duodenal o vasos próximos, cuya eventualidad tiene lugar, como ya queda dicho, en un conocido porcentaje de casos tratados.

Queda pues sobradamente probado que el médico no tuvo presente que:

Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente. Principio básico al que podemos añadir los que siguen:

- Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

- El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

- Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

Pues bien. Al paciente que motiva este estudio no se le dio oportunidad de negarse a recibir información. Sen-

cillamente, no se le dio ninguna, al menos, no se demostró que la recibiera. La ausencia de información podría ser disculpable en la realización de distintas pruebas como analítica de sangre, ECG, radiología de tórax, TAC y ecografía abdominal, pero no lo es tanto en otras de las actuaciones llevadas a cabo.

Quizá el médico nunca entendió como dudoso el resultado de la intervención a la que sometió al paciente y, por tanto, no tuvo presente que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento del paciente²⁸.

Pero, a la vista del informe del médico forense, todo parece indicar que en el caso del paciente que motiva nuestra atención se presentaba una grave obstrucción en la vía biliar. Informa dicho médico que las complicaciones más habituales de la CPRE, abarcando entre el 5% y el 10% de los casos, son las que efectivamente se presentaron en el presente caso.

Por ello, se entiende que el paciente debió de conocer este riesgo así como otras opciones posibles, con mayor motivo si se tiene en cuenta que el tamaño y el número de los cálculos, que en este caso eran varios y uno de ellos de 1 centímetro, lo que, si bien no supone contraindicación, incrementan la probabilidad de fracaso terapéutico, siendo mayor la necesidad de tratamiento quirúrgico, de lo que se desprende la importancia de la opción por el paciente entre las técnicas alternativamente aplicables y la relevancia de la omisión de la adecuada información.

Se presenta como cierto que en estas circunstancias pueden surgir interrogantes sobre la conveniencia de utilizar el método que se adoptó o acudir a otra cirugía, más tradicional y sobradamente conocida. Ello obligaba a ponderar riesgos con un somero estudio de ventajas e inconvenientes en ambos casos.

Por ello mismo, se hacía más necesario el suministro de información previa para que el paciente pudiese participar en la decisión a tomar sobre la intervención más adecuada al caso, afirmación que sostenemos apoyándonos en la continua jurisprudencia, en el texto de la sentencia que comentamos y en nuestro derecho sanitario de aplicación al caso.

Cierto que estamos hablando de una intervención realizada por un excelente profesional de la medicina, con conocido prestigio profesional, digno de confianza. Y, en lo que queda admitido, realizó la intervención con abso-

luto respeto a la “lex artis”, lo que hace menos aceptable – utilizando argumentos amistosos, no legales- el negativo resultado emitido por el Tribunal.

Pero los sentimientos de simpatía hacia el médico que actuó en el presente caso no pueden hacernos olvidar la realidad plasmada en nuestro derecho positivo, que hace recaer sobre el profesional de la medicina el deber de acercarse al paciente haciéndole participe de la situación en la medida que la prudencia del médico lo entienda adecuado al caso, sin exageraciones, siempre inconvenientes e innecesarias, y sin ocultaciones, aparentemente proteccionistas, no permitidas ni deseables.

A favor del médico hemos de decir que, pendiente como lo estaba de la salud de su paciente, ante la evidente necesidad de una intervención quirúrgica, no se le presentó mentalmente la necesidad de compartir con él las interrogantes que pudieron surgirle cuando eligió este procedimiento y vía quirúrgica, y probablemente pensó que lo único importante era la atención específicamente profesional al paciente con la técnica que le pareció adecuada al caso, asumiendo los riesgos que pudieran derivarse de su decisión.

Por parte de la Administración se argumenta que el paciente no podía elegir no operarse ni existían alternativas a la solución dada. Sin embargo, queda demostrado que la elegida no era la única opción y que, ante la ausencia de aquella información, unilateralmente se optó por una técnica que, en definitiva, no logró superar la patología, lo cual autoriza a especular primero y a deducir después con el hecho de que su práctica agravó aquella al no haberse conseguido la extracción de todos los cálculos, lo cual ocurre, por lo menos, en un 10% de los casos de empleo de la técnica no quirúrgica. Y ello justificaba sobradamente la comunicación adecuada al paciente, haciéndole participe de la opción estimable como la más conveniente al caso.

Concluimos diciendo que, dado que la elegida no era la única opción, y que, como se ha visto, ninguna otra técnica de aplicación al caso hubiera sido más desafortunada que la realizada, fue en este momento cuando el médico cometió el error más significativo (dentro del conjunto de ausencia de información al paciente) que motivó como consecuencia que el Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley, dictase una resolución ajustada a derecho²⁹, a través de una sentencia clara, estu-

²⁸ Afirmación contenida en el punto 2. del artículo 10 de la Ley 41/2002.

²⁹ Salvo que se presentase recurso de casación en el que se resolviese algo diferente.

diada y razonada, pronunciándose en términos favorables a la petición de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

9.4 Responsabilidad patrimonial de la Administración

Es fácil entender la reacción solidaria y de apoyo moral al profesional que se ve demandado a través de la jurisdicción penal, por una actuación como la que se ha relatado a través de los hechos contemplados en el texto de la sentencia que comentamos.

Obviamente, la gran profesionalidad del médico desvirtuó las alegaciones de la parte demandante, entendiendo que su actuación, respetuosa con la "lex artis", no era merecedora de tan duro reproche como el que conlleva este tipo de juicios.

Pero también es fácil comprender el estado de ánimo de la cónyuge del fallecido, madre de una hija menor de edad, quien pierde a su esposo y se encuentra con una hija huérfana, como consecuencia de una intervención que, en principio, no se esperaba que pueda llevar tan desafortunado final. Al menos, nadie parece haberles informado, en ningún momento, de la gravedad que pudiera conllevar esta intervención, programada sin carácter de especial urgencia.

Calmados los ánimos, en lo que cabe, después de desestimada la reclamación por vía de la jurisdicción penal, queda a la familia la posibilidad de reclamar cierta cantidad económica como indemnización por el daño sufrido, representado por la pérdida de su esposo y padre, en sus respectivos casos.

Nada hay que reprocharles a las demandantes. En este tipo de procesos no se demanda al médico sino a la propia Administración.

La Sala tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que la responsabilidad³⁰ patrimonial de la Administración, contemplada por los artículos 106.2 de la constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, y 121 y 122 de la Ley de Expropiación forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva, bastando para declararla que como conse-

cuencia directa de aquella se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para exigir esta responsabilidad no es menester demostrar que los titulares o gestores de la actividad administrativa que han generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

Quien reclame a la Administración la indemnización de unos daños sólo tiene que acreditar su realidad, la relación de causalidad que existe entre ellos y la actuación o la omisión de aquélla.

Solamente en los casos de fuerza mayor se excluye la obligación de la Administración de indemnizar a los particulares por las lesiones que sufran en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, tal como se deduce del artículo 139.1 de la Ley 30/1992.

En el presente caso, se considera como razonablemente cierto que la alteración fundamental en todo el proceso postoperatorio fue la hemorragia irreductible y sus posteriores complicaciones que condujeron al empeoramiento del paciente, hecho constatado por la profunda perturbación de los valores sanguíneos y de coagulación, señalando el médico forense que la hemorragia, como eventual complicación, suele deberse a la perforación o sección instrumental de una rama de la arteria pancreático duodenal o vasos próximos, lo cual tiene lugar aproximadamente en un 5% de los casos con una tasa de mortalidad en torno al 2%.

Entiende el médico forense que aún no habiéndose practicado la autopsia clínica (lo cual es imputable a los facultativos y servicio sanitario), lo que dificulta la deducción segura, con argumentos conocidos es suficiente para considerar que ha existido vínculo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el fallecimiento del paciente, pues posiblemente tuvo lugar aquella perforación o sección instrumental de una rama de la arteria pancreático duodenal o vasos próximos.

En todo caso, la objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración obliga a deducir que la conducta del personal asistencial no ha de ser enjuiciada aquí bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad sino más bien desde la estricta objetividad mecáni-

³⁰ En sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero, 1 de abril de 1995, 15 de diciembre de 1997, 28 de enero y 13 de febrero de 1999.

ca de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material³¹, a nivel de experiencia, en la producción de un resultado³¹.

No obstante lo dicho, con absoluta lógica, la jurisprudencia ha repetido incansablemente que este instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales³².

Se entiende pues que, al implicar la asistencia sanitaria la existencia de una obligación de medios, no de resultados³³, en ocasiones la jurisprudencia³⁴ ha hecho depender la obligación de indemnizar de la vulneración o no de la "lex artis ad hoc". Por eso se puede leer:

“...cuando del servicio sanitario o médico se trata el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a las propias dolencias del paciente”³⁵.

En consecuencia, el Tribunal, en el presente caso, tuvo presente que la tendencia objetivadora no puede hacernos olvidar que cuando nos encontramos en presencia de una prestación pública en el ámbito sanitario, una traducción mecánica del principio de objetividad en la construcción del instituto resarcitorio puede provocar resultados no sólo contrarios a un elemental principio de justicia sino incluso a la propia y concreta función del instituto indemnizatorio.

En el caso que comentamos, si bien la asistencia y atención por los facultativos en lo técnico podrían reputarse conformes a la "lex artis", sin embargo el paciente ha sufrido complicaciones de las que se incluyen entre los riesgos previsibles (pueden alcanzar el 10%), como ha sucedido con la hemorragia, pancreatitis y colangitis, de modo que la ausencia de “consentimiento informado” supone que se traslada la responsabilidad por el resultado

dañoso del paciente al servicio sanitario del que forma parte el facultativo.

Al quedar descartada la vulneración de la “lex artis”, se entiende que la relación causal entre el actuar administrativo y el fatal desenlace de las intervenciones sufridas por el enfermo se traslada a la ausencia de información, pues obliga a que sea el servicio público sanitario quien deba asumir los riesgos derivados de complicaciones relativamente frecuentes de la intervención realizada sin contar con el necesario “consentimiento informado”.

Realmente, la “lex artis” y el “consentimiento informado” son dos figuras de naturaleza jurídica diferente que pueden estar presentes en el mismo acto médico. Pero es mucho más fácil demostrar la ausencia de la obligación de informar al paciente (cuya prueba positiva ha de ser aportada por la propia administración sanitaria) que la de demostrar una infracción de la “lex artis” (que, salvo excepciones, ha de ser aportada por el paciente) y, como se deduce del informe emitido por el médico forense, en ausencia de autopsia clínica muy difícilmente puede el paciente demostrar alguna posible infracción técnica, de haber sucedido.

Por otra parte, e independientemente de la vulneración o no de la “lex artis”, que ya ha quedado descartada como causa del fallecimiento, existía la objetiva obligación de información encaminada a obtener el permiso consciente por parte del paciente, quien difícilmente puede asumir el riesgo de la intervención y soportar sus consecuencias si no está debidamente informado de este posible riesgo y de la oportunidad de tomar una decisión distinta a la efectuada por el médico.

Se admite que el paciente, al no haber tenido oportunidad para elegir otra vía distinta o de confirmar la que recibió para la atención de su patología, privado de la oportunidad de emitir su “consentimiento informado”, no tiene el deber jurídico de soportar el daño sufrido, declarándose en esos casos por la jurisprudencia contencioso-administrativa el valor autónomo del “consentimiento informado” como bien moral de suyo resarcible.

Finaliza el fundamento jurídico cuarto de la sentencia comentada con la siguiente afirmación:

“En base a lo anteriormente argumentado procede acoger la reclamación planteada por integrar la vulneración de las reglas del “consentimiento informado” el título de imputación de la responsabilidad patrimonial bajo la idea de funcionamiento anormal del servicio público”.

³¹ STS 14 de junio de 1991, confirmando sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 4 de noviembre de 1985, y STS de 13 de julio de 2000.

³² Sentencias de 7 de febrero de 1998, 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002.

³³ Sentencias TS de 9 de diciembre de 1998 y 11 de mayo de 1999.

³⁴ Sentencia sala 3ª TS de 10 de febrero de 1998.

³⁵ Sentencia TS de 22 de diciembre de 2001.

9.5. Indemnización por daño moral

No cabe deducir un consentimiento tácito o presunto en este caso porque, no siendo la elegida la única opción, se ignora si el paciente no se hubiese decidido por otra en caso de haber sido informado de otras alternativas clínicas, de modo que este no es homologable al caso en que la única alternativa que se le presentase al paciente fuese el normal desarrollo de su enfermedad.

Aunque en el caso que analizamos, si bien la asistencia y atención por los facultativos en lo técnico podrían reputarse conformes a la "lex artis", sin embargo el paciente ha sufrido complicaciones de las que se comprenden entre los riesgos previsibles (pueden alcanzar el 10%), como ha sucedido con la hemorragia, pancreatitis y colangitis, de modo que, como ya queda dicho, la ausencia de "consentimiento informado" supone que se traslada la responsabilidad por el resultado dañoso del paciente al servicio sanitario del que forma parte el facultativo.

Al no haber sido advertido del riesgo al que se le sometía, y no pudiendo ser aceptada la exclusión invocada fuerza mayor, el paciente no tiene el deber jurídico de soportar el daño producido. En estos casos, la jurisprudencia contencioso-administrativa viene declarando el valor autónomo del "consentimiento informado" como bien moral de suyo resarcible.

En base a lo anteriormente argumentado, el Tribunal procede a acoger la reclamación planteada por integrar la vulneración de las reglas del "consentimiento informado" el título de imputación de la responsabilidad patrimonial bajo la idea de funcionamiento anormal del servicio público.

Por ello, a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria³⁶, se tiene en cuenta el valor independiente de la autonomía del paciente o su dignidad, de modo que se resarce el daño moral, si bien sobre la base de la lesión resultante. Dice el Tribunal en el fundamento jurídico quinto:

"Desde el momento en que, al margen de la quiebra de las reglas del consentimiento informado, no se ha acreditado una inadecuada o incorrecta actuación de los facultativos que atendieron al enfermo, sólo aquel daño moral es resarcible en cuanto adquiere entidad propia al materializarse sobre los derechos de la personalidad y facultad de determinación del paciente.

Siguiendo la jurisprudencia anterior³⁷, este Tribunal entiende, en este caso, que:

"...lo procedente no es indemnizar por los daños corporales directamente generados, ya que la falta de información y del consentimiento informado no es directamente causa del fallecimiento, sino por la violación del derecho de autodeterminación del paciente, lo que lógicamente ha de llevar a una indemnización de menor cuantía que si existiese aquella incorrecta actuación de los facultativos".

Con carácter general se admite que la reparación afecta a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como el daño emergente o el lucro cesante³⁸ -aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes- sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*³⁹, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados⁴⁰.

Pero en el presente caso, al fijar la cuantía indemnizatoria, el Tribunal tiene en cuenta que la CPRE y la EE fueron realizadas con intención curativa e intención de paliar las molestias que el paciente venía padeciendo, muy lejos del ánimo de causar daño, y que no hubo infracción de la "lex artis". Por otra parte, no se han proporcionado datos que permitan conocer la situación económica en la que quedó la familia del fallecido. Por ello, solamente se ha indemnizado el "pretium doloris". La Sala considera adecuada la fijación de una suma de 50.000 euros para la viuda y de 25.000 euros para la hija.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000.

³⁸ Conforme a lo dispuesto en el artículo 1106 del Código civil.

³⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984, 7 de octubre y 1 de diciembre de 1989.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988. Está muy consolidada la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo (y que resulta también de la Doctrina del Consejo de Estado) según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica ó sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud ó en la vida del enfermo.

³⁶ En base al artículo 141 de la Ley 30/1992.

10. Traspaso de la responsabilidad del médico

La tesis del Tribunal Supremo en esta decisiva sentencia es por tanto, que la omisión del consentimiento priva a los interesados de ponderar la conveniencia o no de sustraerse a la operación o a una determinada prueba diagnóstica, lo que constituye un daño moral grave.

En cuanto a los requisitos de la calidad de la información que cabe exigir, el Tribunal tiene en cuenta las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril y 3 de octubre de 2000⁴¹, y con base en ello entiende que el contenido concreto de la información transmitida al paciente, o sustitutivamente a los familiares, para obtener su consentimiento de cara a la realización de una complicada prueba diagnóstica o para la actuación terapéutica, ha de quedar referido a la información que puede condicionar la elección o el rechazo de una terapia por razón de sus riesgos.

Por más que se pretenda aludir a la lógica de la prestación de información verbal y de autorización del mismo tenor, lo cierto es que, ante la alegación en contra del recurrente, era carga de la Administración la acreditación de la existencia de ese consentimiento⁴², lo cual no se ha logrado, por lo que no puede afirmarse que haya de ser el paciente quien debe arrostrar los riesgos de la intervención⁴³.

Por el contrario, la falta de acreditación del consentimiento del paciente reafirma la antijuridicidad de la lesión, por haber asumido el servicio sanitario los mayores riesgos de la opción que tomaron.

Pues bien, del conjunto del texto escrito por el autor del artículo publicado en la prensa, extraemos un párrafo, sin duda discutible, en el que se dice:

Consecuencia: corremos el riesgo de que los médicos practiquen cada vez más una medicina defensiva, traspasando la responsabilidad de su actuación al enfermo.

En el caso concreto que hemos contemplado a través de la sentencia analizada, la única medicina defensiva que cabe es la de informar debidamente al enfermo.

⁴¹ Todavía estaba vigente la Ley General de Sanidad. La Ley 41/2002 concreta el contenido de la información debida al paciente, y, en los casos en los que se requiere consentimiento escrito, como hubiera sido el presente, cabe destacar el contenido del artículo 10 de dicha Ley.

⁴² Sentencias TS de 16 de octubre y 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999 y 7 de marzo de 2000.

⁴³ Quedó claro que en el presente caso no era de aplicación ninguno de los supuestos de excepción del artículo 10.6 de la Ley 14/1986.

En efecto, en la falta de información se fundamentó la demanda y es esta ausencia de información la que motivó la resolución del Tribunal que estudió el caso. El juez, a la vista de los hechos y de la prueba pericial practicada resolvió conforme a derecho, con la aplicación de la ley en vigor.

Desde el principio, se admitió que no había existido infracción de la “lex artis”, pero, también desde el principio, se percibió que el paciente no había recibido la información a la que tenía derecho y que el médico estaba obligado a proporcionarle. Al paciente, carente de información, no se le dio posibilidad de intervenir en ninguna toma de decisión.

Lo cierto es que el médico, después de informar convenientemente al paciente, debió de obtener su consentimiento para realizar una u otra intervención dentro de las que se perciben como igualmente adecuadas al caso. Sin duda, el paciente hubiera aceptado la que el médico entendiera más aconsejable, pero después de haber tomado conciencia de la situación real y de las dos posibilidades que la ciencia ofrecía al médico para intervenir en esta patología concreta.

En una de ellas, era de esperar un post-operatorio más corto, más fácil -en condiciones normales- de ser aceptado por el paciente. La segunda opción, una intervención dentro de la cirugía tradicional, que presenta un campo abierto más amplio y, con ello, mayor facilidad para el propio médico en un caso que se presentó con tantas dificultades como las que la realidad hizo presentes.

El médico debe comentar con el paciente ambas posibilidades, ayudándole a tomar la decisión más conveniente al caso. No se ve la posibilidad de que el médico pueda traspasar esta responsabilidad al enfermo. Lo que si se percibe es la falta cometida por el médico al intervenir sin el consentimiento válido del paciente.

En ningún caso el médico puede traspasar al paciente responsabilidad alguna. Muy al contrario: él se exime de responsabilidad, pero no se la traslada a nadie.

De no hacerlo así, al haber tomado una decisión que corresponde al ámbito de libertad del paciente, el médico asume los riesgos de un resultado desfavorable, pues priva al interesado de su derecho a participar en las decisiones que le atañen y asume los riesgos derivados de su decisión personal.

Cierto que la indemnización procedente consecuencia de esta falta de información la costea la propia administración sanitaria, y que al médico no le afecta a título perso-

nal, ni moral, ni legalmente (pues se trata de una responsabilidad objetiva que asume la propia administración). Si en este caso ha trascendido al público con la difusión que ha tenido se debe a la información aparentemente bien intencionada de una noticia de prensa en un periódico de elevado nivel de prestigio. En ningún caso se trata de un reproche personal hacia el médico interviniente.

Evidentemente, la información que el médico ha de proporcionar al paciente ha de ser la adecuada en cada caso, pero la suficiente para que cuando el médico tome la decisión que entiende adecuada, el consentimiento del paciente esté presente, después de haber sido informado, en los términos que en la propia ley se contemplan. Así de sencillo:

El médico no puede actuar **por** el paciente sino **con** el paciente.

Y, al no haberlo hecho así, la administración sanitaria se ve obligada a indemnizar a la familia del fallecido para intentar reparar un daño que, en el caso concreto contemplado en la sentencia comentada, se limita al campo de los daños morales, pues, independientemente del daño físico sufrido por el paciente, que nunca podremos saber si era inevitable, se produjo un daño cierto en el campo de los derechos fundamentales del paciente: su derecho a la libertad, al privarle del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Cualquiera que sea la voluntad del profesional de la medicina a favor del respeto a la figura del “consentimiento informado”, lo cierto es que, en el presente, por imperativo legal al conjunto de cuidados que el médico ha de proporcionar al paciente, que vienen siendo presididos desde antiguo por el respecto a la “lex artis”, ha venido a sumarse una nueva obligación: la de informar al paciente de forma adecuada para que este pueda elegir, entre las distintas opciones sanitarias que las circunstancias le ofrecen, aquella que mejor convenga a sus intereses personales.

Y esta obligación, que ya venía existiendo desde la entrada en vigor de la Ley 14/1986, de 25 de abril, se reafirma con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que dice con absoluta claridad:

“Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta obligación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.

A través de la información, el paciente recibe el estímulo para la toma de decisiones sobre lo que más conviene a su salud. El médico influye en la decisión del paciente cuando le proporciona la información precisa para que pueda materializarse su idea de autonomía individual, pero ya no se trata de decidir por el paciente, desde la superioridad del criterio médico, como venía haciéndose en la forma tradicional del ejercicio de la medicina, sino de decidir con él, sobre lo más conveniente a su salud, en cada caso en concreto.

El ejercicio del derecho a la autonomía personal, en el ámbito de la asistencia sanitaria, podrá haber llegado a nuestro país con ligero retraso respecto a otros de nuestro entorno, pero tienen un mismo punto de origen, que se basa en el reconocimiento de los valores del hombre entendido como individuo, a su libertad y a su dignidad, consecución del logro de un deseo por el que viene trabajando a nivel universal.

Por otra parte, el médico no puede alegar desconocimiento de esta situación pues este conjunto de obligaciones se encuentra contemplado en distintos artículos del Código de Ética Deontología Médica de 1999, que se han reproducido textualmente en el apartado correspondiente del presente trabajo.

11. Participación de los pacientes

Se puede oír decir, dentro del ambiente de los profesionales de la medicina, que, en la práctica diaria, a los pacientes no les interesa que se les informe, que realmente solo quieren que los curen.

Si la actividad sanatoria del médico pudiera ser tan absoluta puede que una gran mayoría de personas se adhirieran a esta postura. Pero la realidad de la medicina no responde a estos presupuestos: acudir al médico y curarse.

Ya hemos tenido la oportunidad de comentar que el médico no está obligado a obtener una curación en todo caso, solamente está obligado a poner todos los medios a su alcance para lograrlo, y a actuar con prudencia y prontitud pretendiendo lo más conveniente para el enfermo. Y lo más conveniente, en muchas ocasiones, está rodeado de dudas razonables.

Por eso, preguntamos a los propios pacientes cuál es, ciertamente, su postura en este tema.

Para encontrar respuestas válidas, en ausencia de encuestas entre los usuarios a título personal, podemos traer

al presente la declaración de Barcelona⁴⁴, que tiene como eje fundamental una correcta relación médico-paciente, basada en el respeto y la confianza mutua⁴⁵.

Su objetivo es conseguir que los pacientes jueguen un papel más activo, tengan conocimiento acerca de sus derechos y que se tengan en cuenta sus preferencias a la hora de tomar una decisión terapéutica.

Así pues, podemos afirmar que los pacientes defienden una posición que encaja perfectamente en el conjunto de lo aquí dicho, tal como está contemplado en nuestra normativa legal. Sus pretensiones las dan a conocer por medio de sus asociaciones y organizaciones.

Después de la Declaración de Barcelona, en el Decálogo de los Pacientes incluyen un punto que está en la línea que se ha expuesto. En su punto 4, se dice:

“Se define la importancia de la relación médico-paciente como una relación fundamental basada en el respeto y la confianza mutua, que conduce a la mejora y/o a la resolución de los problemas de salud y calidad de vida de los pacientes y de sus familiares. Las asociaciones pueden contribuir a mejorar esta relación y a que ésta se produzca de forma más simétrica”.

Cuando el médico acepte la conveniencia de este equilibrio de poder, la relación médico-paciente recordará las antiguas formas en su faceta de mutua confianza, que se verá enriquecida por las aportaciones que los derechos constitucionales introducen en esta relación que, de dependencia, pasa a situarse en plano de igualdad.

Bibliografía

ALONSO OLEA, Manuel, “El consentimiento informado en Medicina y Cirugía”, *Revista de Administración Pública*, núm.155, 2001, pág. 7.

⁴⁴ Los días 20 y 21 de mayo de 2003 se llevó a cabo en Barcelona una reunión en la que participaron profesionales de la salud y representantes de organizaciones y asociaciones de pacientes y usuarios de todo el Estado español. El objetivo de la reunión era la obtención de información sobre la visión y vivencias de los pacientes o sus representados en seis temas de interés sobre los que se había hecho un trabajo de preparación previo. La organización y presentación de la información obtenida constituye la denominada la Declaración de Barcelona de las Asociaciones de Pacientes, que se resume como el Decálogo de los Pacientes.

⁴⁵ Recordemos que la actual Constitución Española, en el punto 2. del artículo 51, dice: “Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”.

AMAYA RICO, Víctor, “El deber médico de información: un derecho humano fundamental”, *La Ley*, T. I, 2002, págs.1831 a 1832.

ARCE FLOREZ-VALDES, Joaquín, “La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas” (La tutela del siglo XXI), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, T. I, pág.207 a 220.

AVENTOSA DEL RÍO, Josefina, “El derecho a la autonomía de los pacientes”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, T. I, págs. 173 a 205.

BLAS ORBÁN Carmen, *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*, J.M. BOSCH EDITOR, Barcelona, 2003.

-*Aspectos penales del consentimiento en el tratamiento médico*, INSALUD, Servicio de Relaciones Públicas, Información y Publicaciones, número 1.442, Madrid, 1985.

CECCHINI ROSELL, Xavier. “El deber de información del médico. Nacimiento de un niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm. 581/2002 (Sala de lo Civil), de 7 de junio” (RJ 2002,5216), en *Revista de Derecho Patrimonial*, 1(10), 2003, págs. 181 a 192.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores, “Comentario 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”, en *Actualidad Civil*, T. I, 2003, págs. 311 a 326.

COSTAS LOZOYA, Jaime A. y PIÑEIRO VIDAL, J. L., *Curso de Consentimiento Informado en la Práctica clínica*. Vigo. Fundación de Estudios y Formación Sanitaria. 2000.

DÍAZ GÓMEZ, M^a Jesús, “Algunas claves para el estudio de la responsabilidad médica: el derecho a recibir información como expresión de la dignidad de la persona. Comentario a la STS de 2 de julio de 2002” (RJ 2002, 5514), *Revista de Derecho Patrimonial*, 1(10), 2003, págs. 207 a 216.

FRAGA MANDIAN, Antonio y LAMAS MEILAN, Manuel María, “El consentimiento informado”. (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica). Edit. *Revista Jurídica Galega*, 1999.

GALÁN CORTÉS, Julio César, “Responsabilidad médica. Cirugía de carcinoma vesical. Contenido de la informa-

ción a facilitar al paciente. Excepción terapéutica. Protocolos de actuación médica. Doctrina tradicional de la responsabilidad civil del médico. Sentencia de 31 de marzo de 2004” (RJ 2004, 2323), *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm.67, 2005, págs. 135 a 148.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier, “El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica”, *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 6, 2003, págs. 5 a 19.

MACÍA MORRILLO, Andrea, “Responsabilidad de los profesionales sanitarios. Nacimiento de un hijo con malformaciones genéticas que no fueron detectadas por los ecografistas y de las que no se informó a los progenitores. Sentencia de 18 de diciembre de 2003” (RJ 2003, 9302), *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, núm. 66, 2004, págs. 1023 a 1040.

MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio, “El deber de información y la responsabilidad civil médica en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. A propósito de la sentencia de 11 de mayo de 2001”, *La Ley*, T.6, 2001, págs. 1587 a 1602.

MARÍN GÁMEZ, José Ángel, ”A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado”, *Revista General del Derecho*, núm. 610-611, 1995, pág.8237.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, “Contagio de sida por transfusión posterior a cesárea. Deber de información de los peligros y alternativas de la transfusión. Cuantificación del daño. Daños sufridos por terceros. Indemnización de daños futuros. S. de 17 de octubre de 2001”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, núm. 58, 2002, págs. 325 a 330.

- “La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi civil*, T. I, 2003, págs. 1901 a 1930.

REGUERO IBÁÑEZ, José Luis, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones”, *Actualidad administrativa*, T.2, 2002, págs. 889 a 943.

RIBOT IGUALADA, Jordi, “Cirugía estética. Intervención quirúrgica correctora de mamas con resultado de cicatrices antiestéticas. Deficiente información sobre los riesgos de la operación; ineficacia de la suministrada más de un año antes. Sentencia de 22 de julio de 2003” (RJ 2003, 5391), *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, núm. 64, 2004, págs. 395 a 417.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, “El derecho español ante la relación médico-paciente. Deber de información y consentimiento”, *La Ley*, T.4, 1996, pág. 1251.

ROMERO MALANDA, Sergio, “Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes”, *La Ley*, T. I, 2003, págs. 1522 a 1593.

SANCHEZ CARO, Javier, “El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles”, *La Ley*, T.3, 1993, pág. 941.

SEUBA TORREBLANCA, Joan C., “Responsabilidad civil médica. Consentimiento informado: causalidad; carga de la prueba; riesgos típicos y riesgos previsibles”. (Sentencia de 12 de enero de 2001), *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm.56, 2001, pág. 719.

SOLDEVILLA FRAGOSO, Santiago, “Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: el consentimiento informado. Comentario a la SAN de 25 de febrero de 2004”, *Actualidad Administrativa*, T. I, pág. 1193 a 1201.

VIANA CONDE, Antonio, “El consentimiento informado del enfermo”, *La Ley*, T. 2, 1996, pág. 1330.

VIGURI PEREA, Agustín, “El consentimiento informado desde una perspectiva comparada”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez Picazo*, T. I, págs. 1105 a 1126

LA PROTECCION PENAL DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

Rosa M^a Gallardo García
Becaria del Ministerio de Educación y Ciencia
Area de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz

I. Introducción. II. Los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores en el Código penal: justificación de la intervención penal. III. La protección del bien jurídico salud en los delitos de peligro. ¿Por qué no es necesaria una lesión material? IV. El bien jurídico salud: 1. Antecedentes históricos. 2. Las diferentes tesis ante el bien jurídico protegido en este delito. 3. Toma de postura. V. La atribución de responsabilidad por la puesta en peligro de la vida y la salud en el ámbito laboral: 1. La auto-puesta en peligro o el consentimiento del trabajador: la disponibilidad del bien jurídico protegido, salud. 2. Riesgo permitido para la salud 3. Toma de postura en base a un estudio jurisprudencial. Bibliografía. Abreviaturas

I. INTRODUCCIÓN

El mercado laboral, en plena revolución tecnológica, está inmerso en un proceso de cambios; éstos los sufren directamente los trabajadores. Esta evolución, o siendo más precisos, involución de las relaciones laborales, se refleja en una precarización de las mismas.

La siniestralidad laboral se presenta como una lacra del mercado, y la sociedad trabajadora exige una solución. La respuesta pasa principalmente por la interiorización de una cultura preventiva por parte de los agentes sociales, lo cual no es de fácil consecución. Para los empresarios prima el ahorro económico sobre la implementación de las medidas de seguridad, y a los trabajadores les supera el temor a perder el empleo. Así pues, corresponde al ordenamiento jurídico proteger en las relaciones laborales el derecho a la vida y la salud como derecho personal e indisponible.

Por todo esto, es necesario realizar una aproximación a la identificación del bien jurídico, y a, como su posible disponibilidad puede afectar a la imputación del resultado normativo del delito.

Sin embargo, es necesario realizar un primer diagnóstico de la situación actual en esta materia, y, para ello, no podemos prescindir de cada una de las disciplinas que

conforman la protección de los trabajadores en materia de riesgos laborales.

El desplazamiento de la política de prevención y del diálogo en torno a la misma ha pasado a un nivel de comunicación entre los agentes sociales que directamente se ven afectados por esta problemática. En efecto, una de las tendencias más importantes que se derivan de las crecientes reformas legislativas y sociales estriba en la transmisión de una mayor responsabilidad y de una mayor capacidad de decisión de los órganos, que en su base se enfrentan a los riesgos laborales. Esto se puede observar en la creación de la Mesa de Diálogo Social en Materia de Prevención de Riesgos Laborales, cuya constitución tuvo lugar el 30 de diciembre de 2002. Con esto, se abre una etapa más participativa e integrada, cuyos auténticos protagonistas pasan a ser los interlocutores sociales: empresarios y trabajadores.

Si, para prevenir los riesgos laborales, se ha visto como necesaria la participación de los agentes sociales y de los empresarios, es del todo imprescindible que los ordenamientos jurídicos que regulan esta materia se coordinen para conseguir una mejor aplicación de las normas. La siniestralidad laboral se ha convertido en una cuestión multidisciplinar en la que los diferentes sujetos deben estar al tanto de los continuos cambios que en la materia se traducen.

Cuando un trabajador sufre un accidente laboral existen varias vías para reclamar: la laboral, la penal y la

¹ BILBAO, A., *El accidente de trabajo: entre lo inevitable y lo irreforzable, Siglo XXI de España, Madrid, 1997, pp. 5 y ss.*

civil resarcitoria, y cada una presenta una serie de características.

En el ámbito sancionador administrativo laboral, la sanción pecuniaria se erige en la máxima y mejor forma de conseguir que el empresario adopte las medidas necesarias para proteger la vida y la salud.

Por otro lado, en el ámbito penal hay que indicar que si existiese una efectiva aplicación de los delitos en materia de siniestralidad laboral no sería rentable el incumplimiento de las medidas en materia de seguridad, ya que no sólo será posible solventar el conflicto mediante una indemnización.

Así pues, en esta materia el Derecho penal pretende ser una solución adecuada a la siniestralidad laboral. El legislador penal ha configurado un delito con una estructura, que debe ser objeto de una minuciosa investigación en todos sus ámbitos. Por tanto, para una mejor comprensión de los puntos objeto de este estudio, el bien jurídico y la imputación objetiva, se va a introducir, a grandes rasgos, en las siguientes líneas, como se configura la protección de la vida y la salud de los trabajadores en el ámbito penal.

La primera característica del delito configurado en el art. 316 CP es que éste protege un bien jurídico de naturaleza colectiva, la vida y la salud de los trabajadores. La conducta tipificada afecta a intereses individuales, pero legalmente contemplados en su dimensión colectiva y constitutivos de un bien jurídico transpersonal y estrictamente laboral. Se trata, pues, de un bien de carácter macro social que afecta al conjunto de trabajadores.

En segundo lugar, el tipo penal dispuesto en el artículo objeto de estudio utiliza el mecanismo de norma penal en blanco, remitiéndose a la normativa extrapenal con la expresión, "*la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales*". El art. 1 LPRL indica cuales son las normas de prevención de riesgos laborales que determinan el contenido de la norma penal, indicando que aquellas serán las leyes, reglamentos y convenios colectivos que regulen la seguridad e higiene en el trabajo o bien la prevención de riesgos laborales.

Como tercer elemento definidor, el legislador adelanta la protección penal al momento de la creación del peligro para los bienes jurídicos vida y salud de los trabajadores, configurando de esta forma un tipo de delito de peligro concreto. Sin embargo, si en vez de peligro concreto se configurara como delito de peligro abstracto, se podría llegar a controlar el comportamiento de los empre-

sarios que al infringir las normas de prevención y riesgos laborales, ponen en situación de peligro a sus trabajadores, dándole más efectividad al tipo.

En cuarto lugar, se debe hacer referencia a que la descripción y prohibición del comportamiento especificado en el tipo, la no facilitación de las medidas de seguridad en el trabajo, constituye un delito de omisión impropia.

Por otro lado, y como quinta característica, la conducta omisiva la realiza un sujeto específico exigido en el tipo, configurándose como delito especial propio, condición que la posee, como señala el art. 1 LPRL, el empresario como máximo responsable de garantizar la protección de la vida y salud del trabajador.

El sujeto pasivo es el colectivo de trabajadores. El concepto de trabajador viene definido en las normas laborales, en el art. 1.1 ET, que considera trabajadores a todos aquellos que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. El Derecho penal amplía el concepto de trabajador para, de esta forma, poder amparar al mayor número de figuras posibles, por ejemplo, considerando trabajador, a efectos penales, también al que no tenga un contrato.

Y para finalizar, hay que hacer referencia a las diferencias entre los artículos 316 y 317 CP, el primero realiza una incriminación por imprudencia selectiva, sancionando como imprudente únicamente el comportamiento del art. 316, en el caso de que la negligencia sea grave.

En cambio, el delito contra la vida y salud de los trabajadores del art. 316 está configurado como un tipo doloso simple, sin reforzamiento de carácter subjetivo, que permite su castigo con la sola presencia de dolo eventual. Esa estructura permite que el castigo de la conducta en su forma imprudente sólo sea objeto de valoración atendiendo a los límites de la intervención penal, es decir, desde la fundamentación de la necesidad del castigo penal.

Los artículos 316 y 317 no son los únicos preceptos del Código penal que protegen a los trabajadores de los riesgos ocasionados en el ejercicio de su profesión, y esto es así porque nos encontramos con una estructura típica de delitos de peligro. De esta forma, en el caso de que se produzca un lesión material de los bienes jurídicos, vida y salud, podrán entrar en juego otros delitos del Código penal, como el homicidio o las lesiones culposas, mediante la vía de los concursos.

II. LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN EL CÓDIGO PENAL: JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PENAL.

En los últimos tiempos las políticas institucionales han intentado dar respuesta adecuada a la alta siniestralidad laboral que se produce en nuestro país, adecuando el sistema jurídico a las nuevas exigencias constitucionales y comunitarias. Así, la Constitución española, en su art. 40.2, asigna a lo poderes públicos la obligación de velar por la seguridad e higiene en el trabajo.

El renovado interés por la seguridad e higiene en el trabajo, trae consigo, como consecuencia más relevante, la importancia de la acción preventiva de la Administración en el fenómeno de la siniestralidad laboral.

A pesar de ello, las cifras de accidentes laborales continúan una progresiva línea ascendente, hasta el punto de que se asemejan a las de países en vías de desarrollo.

Este alto índice de accidentalidad origina una preocupación social importante y creciente, que se encuentra fundamentada en un sentimiento de desprotección ante situaciones de riesgo en el trabajo. A esto, se une, una persecución penal de los supuestos delictivos relacionados con los accidentes laborales significativamente baja, siendo urgente reflexionar sobre las pautas a seguir. Así pues, nos encontramos con una elevada cifra negra de delitos, que por muy diferentes razones, no llegan² al conocimiento de las autoridades policiales ni judiciales .

Con el objetivo de afrontar esta problemática, el Ministerio Fiscal considera que, teniendo como referente el enfoque prevencionista emanado de la normativa de prevención de riesgos laborales y dada la escasísima aplicación de los delitos de los artículos 316 a 318 CP, es necesario introducir modificaciones en las relaciones de colaboración y cooperación³ entre la Inspección de Trabajo y el Ministerio Público .

Dan cuenta de esta realidad las cifras de siniestralidad que indican que este año, los accidentes laborales con baja en jornada de trabajo ascendieron a 397.047, en el primer cuatrimestre del 2006, lo que supone un incre-

mento del 4,65%, respecto a los registrados en el mismo periodo del 2005. A estos casi 400. 000 accidentes con baja, hay que añadirles los 41.960 durante los meses de Enero a Mayo, que se produjeron en el camino de la casa al centro de trabajo o al contrario,⁴ que son los denominados accidentes laborales *in itinere* .

De esta forma queda justificada la necesidad de avanzar en materia de siniestralidad laboral y de intentar alcanzar una efectiva incidencia de los actuales postulados político-criminales en el ordenamiento jurídico penal⁵ .

Sabido es que los accidentes de trabajo no tienen una sola causa, y que obedecen a diferentes razones. Y es evidente que cuando la actividad que origina una lesión o pone en peligro determinados bienes jurídicos se realiza en el seno de una organización, que se estructura con arreglo a la división del trabajo, los resultados son cualitativamente⁶ más graves y cuantitativamente más abundantes .

Pero, junto a este factor, debe tenerse en consideración la falta de aplicación de las normas de seguridad por parte de los empresarios; el débil compromiso político de las Administraciones, la degradación del mercado laboral, el mantenimiento de una tasa de temporalidad que triplica la media de la Unión Europea, y el uso abusivo de la contratación, que hacen que en nuestro país se sigan manteniendo las tasas más altas de siniestralidad laboral de la Unión.

Así pues, es obvio que la importancia de los bienes afectados, vida y salud del colectivo de los trabajadores, así como el aumento incesante de los accidentes laborales, justifican en nuestro país la intervención penal en los artículos 316 y 317 CP.

Por otro lado, hay que reconocer que todas esas buenas intenciones preventivas están fallando, y no consigue los niveles de seguridad deseados, de ahí que sea necesario acudir al Derecho penal.

⁴ Fuente: Ministerio de Trabajo.

⁵ A pesar de que JUAN F. LAZCANO, Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción afirme lo contrario, precisaba que mientras la población ocupada en la construcción ha venido creciendo a causa del incremento de la actividad, el índice de incidencia de los accidentes mortales ha venido descendiendo desde 1992, en El País 3 de Diciembre de 2000.

⁶ En este sentido MEINI MÉNDEZ, I., La responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, *Tirant Lo Blanch - Monografías*, Valencia, 2003, p. 28.

² Como pone en relieve la doctrina, entre otros, FERNÁNDEZ, I. / ELLACURÍA, J.M. / ITURRATE J.M., La responsabilidad penal de los accidentes de trabajo, *RO*, Valencia, 1999, p. 10.

³ Instrucción 104/2001 sobre relaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral.

En orden político criminal obvio, el paso previo, a la sanción penal es la sanción laboral. Como ya se ha dicho la multa pecuniaria es la pena reina de la vía administrativo laboral, y ésta, no consigue los niveles de motivación necesarios para que el empresario deje de poner en peligro la vida y la salud de sus empleados.

En este sentido, hay que indicar que si el coste inmediato de la delincuencia es el valor de los bienes robados, en el caso de los delitos contra la seguridad de los trabajadores, sería precisamente el dinero que el empresario se ahorra al dejar de adoptar las medidas preventivas que el ordenamiento laboral le impone.

El empresario, cuando no facilita las medidas de protección no busca provocar daños a sus trabajadores. Aunque considere probable el riesgo de accidente no cree que se vaya a producir⁷, su finalidad es básicamente mercantilista, busca ahorrarse la adopción de estas medidas de seguridad con el ahorro económico que esto supone. Por tanto, para el empleador prima el ahorro, para él mismo y para la empresa, de los costes que supone la elaboración de un plan de riesgos laborales y su puesta en práctica, por encima del coste humano, que supone la puesta en peligro para la salud y la vida, a causa de la omisión de las medidas de seguridad.

Los accidentes y enfermedades derivados del trabajo causan un enorme e intolerable daño y sufrimiento humano para las víctimas, familiares y personas de su entorno que ninguna compensación económica es capaz de reparar. Además de sufrimiento, estos accidentes y enfermedades suponen un gran coste económico para la sociedad y para las empresas; cantidades pecuniarias que, al igual que los accidentes, podría reducirse drásticamente. No es fácil cuantificar ese coste; es más, algunos de ellos, como el sufrimiento, son inconmensurables. No obstante, buena parte de este desembolso es medible.

A partir del momento en el que un trabajador o trabajadora sufre un accidente con baja, el Sistema tiene que afrontar toda una serie de gastos: la pérdida de jornadas, la prestación de una asistencia sanitaria y la sustitución del salario a través de una prestación económica durante el

tiempo que dure la baja⁸; la mayor parte gestionadas por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, entidades colaboradoras de la Seguridad Social que mantienen su característica de asociaciones privadas de empresarios⁹.

Adicionalmente, un estudio de la Universidad Pompeu Fabra presentado en el Congreso Nacional de Salud y Seguridad de Valencia en 2001, llega a la conclusión de que el 16% de los procesos del Sistema Público de Salud tienen un origen laboral. Este porcentaje se aplica a los gastos sanitarios, como si fueran contingencias comunes, al Sistema Público de Salud se llega a 2.176 millones de euros derivados de procesos cuyo origen laboral no es reconocido ni por empresarios, ni por Mutuas, y se pagan entre todos y todas vía impuestos¹⁰.

En ocasiones se ha formulado la pregunta acerca de por qué los empresarios no invierten en prevención de riesgos, dados los costes que supone no hacerlo. No hay una respuesta unívoca, aunque existen algunas razones que lo explican. La externalización de los gastos que generan los accidentes y las enfermedades, sería una de ellas: los empresarios transfieren al conjunto de la sociedad gran parte de los gastos asociados a los accidentes de trabajo y las enfermedades. Las inversiones y los cambios organizativos para mejorar las condiciones de trabajo son percibidos, por el contrario, como costes propios, directos e intransferibles.

Todo esto nos hace llegar a la conclusión que además de las sanciones pecuniarias, se necesitan otro tipo de sanciones, como son las penas privativas de libertad, exclusivas del Derecho penal, para intentar motivar al empresario a la adopción de las medidas de prevención de riesgos laborales.

⁷ Puesto que en la práctica es muy difícil que se dé el dolo directo, ya que en la realización típica el sujeto activo no suele tener la intención coincidente en todo con el resultado, simplemente admite como probable la producción eventual de un resultado de peligro, o incluso de un resultado lesivo. Es decir, puede que el empresario se plantee como posible la puesta en peligro del trabajador o los daños a esos trabajadores, y que continúe con la conducta de no facilitar los mecanismos de protección que indican las leyes de prevención de riesgos laborales.

⁸ La cifra llega a 21.597.604 de jornadas perdidas en 2002 según el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que vienen a ser 5.038 millones de Euros vía cotizaciones sociales por Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional

⁹ Luego el empresario que no invierte en seguridad no produce ahorro global, ahorra sólo él; desplaza el coste a instancias públicas o colectivas, pero no lo minimiza.

¹⁰ En CASTEJÓN, J. / BENAVIDES, F.G. / GIMENO, D. / COMPANY, A. / FABREGA, O. / FUNES, X., Origen laboral de la incapacidad temporal notificada como contingencia común, Barcelona, 2001.

III. LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO SALUD EN LOS DELITOS DE PELIGRO. ¿POR QUÉ NO ES NECESARIA UNA LESIÓN MATERIAL?

La definición que la Real Academia de la Lengua Española ofrece del término riesgo es el siguiente: “*contingencia o aproximación de un daño*”, y de peligro: “*riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal*”. Como se observa sus significados son de gran similitud, de ahí su uso en ocasiones indiferenciado.

FIERRO diferencia el concepto de peligro y riesgo en base a que el riesgo es aquella contingencia adversa que se está dispuesto a afrontar, mientras que el peligro es una posibilidad perjudicial causalmente probable que es inherente a una determinada situación pero que el sujeto puede ignorar. Asume, por tanto, este autor que el riesgo es algo que el sujeto actuante asume, es una expectativa completamente subjetiva, con mayor o menor grado de probabilidad de que ocurra en la realidad un evento indeseado, mientras que no es necesariamente así con respecto al peligro¹¹.

El concepto de riesgo en el ámbito laboral viene recogido en el artículo 3d de la Directiva Marco 89/391, el cual nos indica que es la posibilidad de que un trabajador sufra un daño derivado del trabajo. El riesgo ha de ser originado por el trabajo, incluido el riesgo *in itinere*. Para calificar el riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valoran conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo.

Así pues, a partir del concepto de riesgo, hay que indicar que el art. 316 CP configura este delito como un tipo de peligro, ya que adelanta la protección penal al momento de la creación del peligro para la vida y la salud de los trabajadores, no exigiendo, por tanto, daño material para los bienes jurídicos protegidos.

A pesar de los detractores que tienen estos tipos de delitos, como la llamada Escuela de Frankfurt, hay un creciente aumento de esta técnica legislativa, que ya se constataba en 1969 en el marco del X Congreso de Internacional de Derecho Penal celebrado en Roma¹².

Existen diferentes variantes de tipos de peligro, tantas como definiciones, se va a hacer referencia a la distinción que sigue la mayor parte de la doctrina, distinguiendo dos modalidades de delitos de peligro, concreto y abstracto. Su diferencia radica en que para los primeros la concreción del peligro forma parte del tipo penal; y para los segundos la sola realización de la conducta descrita como peligrosa ya conforma el delito, sin que se exija la demostración de que se produjo efectivamente la situación de riesgo¹³.

El delito recogido en el art. 316, es un claro ejemplo de tipo de peligro concreto, como sostiene la generalidad de la doctrina¹⁴, puesto que exige la constatación de que el peligro haya afectado a los bienes jurídicos vida y salud, conformándose con la comprobación judicial de la objetividad lesiva de la conducta, haciendo que sea factible la distinción entre delito de peligro concreto o abstracto¹⁵.

Para TERRADILLOS BASOCO, los delitos de peligro concreto “*suponen la probabilidad de lesión de un bien jurídico que se produce por la puesta en peligro de un objeto material o de un objeto determinado*”¹⁶.

De *lege ferenda*, TERRADILLOS BASOCO definen de la fórmula del delito de peligro abstracto, no para identificar el contenido de injusto a la infracción laboral, sino al comportamiento que, infringiendo las normas de seguridad, creare unas condiciones de trabajo probada y objetivamente peligrosas, en una consideración *ex ante*, para los bienes jurídicos de carácter personal tutelados¹⁷.

¹¹ FIERRO, G. J., *Causalidad e imputación: caso fortuito, imputación objetiva, tentativa, delitos de omisión, culposos y preterintencionales, causalidad científica, delito imposible*, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2002, pp. 396 y ss.

¹² DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 84 y 86.

¹³ Por todos, LUZÓN PEÑA, D.M., “*Tipos de delito: clases*”, en LUZÓN PEÑA, D.M., (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 1202 y 1203; aunque, como se ha dicho en el texto, otros autores hacen más clasificaciones de delitos de peligro.

¹⁴ En este sentido, y entre otros, TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Delitos contra la vida y salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 87 a 93, y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, cit., p. 58.

¹⁵ BAYLOS GRAU, A., / TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1997, p. 52.

¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “*Peligro Abstracto y garantías penales*”, en QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., (coord.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor Valle Muñiz, Aranzadi, Navarra, 2001*, p. 798; Este autor propone un concepto de peligro abstracto mucho más restrictivo que el que maneja la generalidad de la doctrina., de ahí que se considere una propuesta que se circunscribe dentro de un marco garantista.

¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal de la Empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p.127; MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 781 y ss.

Sin embargo, GARCÍA ARAN rechaza el delito de peligro abstracto en el plano del deber ser, “ya que la mera infracción de las normas de seguridad ya acarrea responsabilidad en el ámbito administrativo-laboral, de modo que la creación de peligro concreto opera también como límite a partir del cual cabe la exigencia de responsabilidad penal”¹⁸.

Aunque, si bien es cierto que hay que limitar el uso abusivo de los delitos de peligro abstracto, el ámbito laboral exige, por puras cuestiones de operatividad que conlleven el objetivo principal de efectiva protección de los bienes jurídicos, vida y salud, que se defienda la admisión del delito de peligro abstracto para estos delitos. Y es que la diferencia de la normativa laboral respecto a la penal, no radica tan sólo en una valoración cualitativa del peligro creado en la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, sino que se encuentra en que es el Derecho penal el que está obligado a proteger los bienes jurídicos vida y salud, por la valoración especial que se debe a dar a los mismos.

Se comprueba, además, en la práctica que el mecanismo de defensa más eficaz que tiene el Derecho penal ante situaciones de peligro es el de los delitos de peligro abstracto, que debe quedar reducido a ámbitos que requieran una especial atención y a los bienes considerados como de mayor importancia.

IV. BIEN JURÍDICO SALUD

IV. 1. Antecedentes históricos

Al art. 316 del CP de 1995 le antecede el art. 348 bis a) del CP 1973²⁰, en el cual se protegían la vida y la integridad física de los trabajadores. La doctrina, por su parte, criticó la ausencia de la salud como objeto de protección, ya que nombrar sólo la integridad física dejaba sin protección alguna la integridad síquica, y, como bien postula

¹⁸ GARCÍA ARÁN, M., “La protección penal de la seguridad en el trabajo en el Código penal vigente y en el Proyecto de Código penal de 1992”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., (coord.), Derecho Penal del Trabajo y Derecho Administrativo sancionador. 13º Curso de Verano de San Roque, Universidad de Cádiz, 1992, p. 30.

¹⁹ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal”, en Revista de Derecho social, N° 9, 2000, pp. 32 y ss.

²⁰ Art. 348 bis a) del Código penal de 1973: “Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida”.

TERRADILLOS BASOCO²¹, la integridad física no es más que una faceta de la salud, y continua defendiendo que su inclusión expresa en el actual art. 316, puede atribuirse a la herencia del derogado art. 348 bis a). En definitiva, el CP de 1995, en relación con el de 1973, ha ampliado el campo de protección introduciendo como objeto inmediato de defensa *la salud*. De esta forma deja de ser atípica la creación antijurídica del riesgo de enfermedad profesional, puesto que salud e integridad física son términos inequívocos²².

Sin embargo, aunque hay que admitir que es del todo acertado introducir la salud como bien jurídico, se debe también incidir en la redundancia que resulta mantener la integridad física, una vez se encuentra protegida la salud.

Resulta más sorprendente la pretendida reforma que se iba a llevar a cabo de este tipo en 1992, en la cual, a pesar de que se introducía el término salud, se olvidaba la vida, y además se observaba la actitud redundante del legislador al dejar la integridad física como interés a proteger, a pesar de que con la introducción de la salud ya quedaba protegida la integridad física²³. GARCÍA ARÁN, sostiene que esta forma de protección de un artículo a otro presenta unas fronteras considerablemente más difusas respecto a la intervención administrativa que el texto vigente ofrece²⁴.

IV. 2. Las diferentes tesis ante el bien jurídico protegido en este delito.

El aumento de accidentes laborales hace que el legislador vincule los bienes vida y salud de los trabajadores con los fines protectores del Estado, algo absolutamente

²¹ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Delitos contra la vida y salud de los trabajadores*, cit., pp. 52 y ss.

²² Además de TERRADILLOS BASOCO, en este sentido también se pronuncian, ARROYO ZAPATERO, L., La protección penal de la Seguridad en el trabajo, *Colección jurídica*, 1981, pp. 115 y 116; LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, *Civitas*, Madrid, 1994, pp. 28 a 32; DE VICENTE MARTINEZ, R., Seguridad en el Trabajo y Derecho penal, cit., p. 96.

²³ Art. 297 de la Reforma de 1992: “Los que, estando legalmente obligados, no adopten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales y pongan así en peligro su salud e integridad física, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicios de las penas que correspondieren si el resultado sobreviniera”.

²⁴ GARCÍA ARÁN, M., “La protección penal de la seguridad en el trabajo en el Código penal vigente y en el Proyecto de Código penal de 1992”, cit., p. 31.

obvio teniendo en cuenta que nos encontramos en un Estado social.

La Constitución protege una serie de derechos por encima de otros, los denominados derechos fundamentales²⁵, entre los que se encuentran la vida y la integridad física²⁶. De forma especial y específica estos intereses vuelven a encontrar protección en el art. 40.2 de nuestra Carta Magna²⁷, dentro del capítulo que postula los principios rectores de la política social y económica, artículo en el que se tutela la seguridad en el trabajo. Así pues, la pretensión de garantizar la seguridad en el trabajo no es más que proteger la vida y salud de los trabajadores en el ejercicio de sus respectivas profesiones.

El contenido del bien jurídico no se reduce a la protección que el legislador le quiere dar a determinados intereses jurídicos, puesto que son, sobre todo, necesidades sociales concretas del sistema en el que nos encontramos. En el proceso de producción del bien jurídico se tiende a ignorar el interés humano predominando concepciones estatualistas del mismo o bien del grupo o clase dominante²⁸. De ahí que, como ya se ha indicado, en un Estado social como el nuestro deba considerarse como interés primordial la tutela de la seguridad en el ámbito laboral.

En un intento de aunar aquellos aspectos que ostentan mayores virtudes y garantismo político-criminal de ambas tendencias, puede afirmarse que el bien jurídico debe ser analizado como un concepto de raíz sociológica o social, ubicado en el sistema social y confrontado dinámicamente con el mismo; pero, a su vez, la teoría del bien jurídico no debe obviar la escala de valores que ha sido recogida en la Constitución, porque la norma fundamental constituye una premisa político criminal de gran trascendencia para la modelación del sistema penal. De ahí, que

MORALES PRATS defienda un concepto de bien jurídico de corte sociológico y constitucionalmente orientado²⁹.

El Derecho penal protege bienes jurídicos fundamentales, y, en exclusiva, de los ataques más graves. Las normas de Derecho laboral tienen un carácter indisponible, conformándose como elementos del tipo mediante la técnica de las normas penales en blanco, no siendo en ningún sentido estas normas el interés protegido³⁰.

Es mayoritaria la doctrina que afirma que es la seguridad el bien jurídico protegido. ARROYO ZAPATERO conceptúa la misma como, “*la ausencia de riesgo para la vida y la salud del trabajador dimanantes de las condiciones materiales de prestación del trabajo*”³¹, de esta forma define este bien jurídico protegido como interés autónomo respecto a la vida y salud de las personas. Esta tesis defiende que la protección de la seguridad no es un mero adelanto de las barreras de protección sino objeto mismo de protección, hallando el fundamento en las normas de Derecho público indisponibles.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de Julio de 2000, afirma también que el objeto inmediato de protección viene a ser la seguridad e higiene en el trabajo: “*...dentro de dicho marco general, el régimen penal de protección alcanza a distintos bienes específicos, entre ellos, la seguridad e higiene en el trabajo (arts. 316 y 317 NCP, en relación con el artículo 40.2 CE), describiéndose dos tipos, doloso y por imprudencia grave, en forma omisiva, constituyendo infracciones de peligro concreto, que debe ser grave para la vida, salud e integridad física de los trabajador...*”³².

Esta tesis identifica la protección penal con la laboral, y considera que el legislador ampara el cumplimiento

²⁵ El art. 15 CE recoge el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral.

²⁶ Como ya se ha explicado cuando en el Código penal se introduce el término salud, ya queda recogida la tutela de la integridad física, puesto que la necesidad de la introducción de ese término era la protección de la integridad psíquica.

²⁷ El art. 40.2 CE, por su parte obliga a los poderes públicos a fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales y, además, a velar por la seguridad e higiene en el trabajo.

²⁸ MUÑOZ CONDE, F. / GARCIA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 61.

²⁹ MORALES PRATS, F., “*Conclusión en torno al bien jurídico: definiciones sociológicas y definiciones constitucionales*”, en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), Manual de Derecho Penal. Parte General, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 287 y 288.

³⁰ En este sentido TERRADILLOS BASOCO, J.M., Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores, cit., p. 55.

³¹ ARROYO ZAPATERO, L., La protección penal de la Seguridad en el trabajo, cit., pp. 115 y 116; MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 354; HORTAL IBARRA, J.C., Protección penal de la seguridad en el trabajo, Atelier, Barcelona, 2005, p. 58.

³² En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 14 de julio de 1998, “*Como bien jurídico protegido, (tanto en el antiguo código penal como en el actual) está la seguridad e higiene en el trabajo vinculado a la vida, salud e integridad física de los trabajadores, en relación a los art.15, 40.2 CE y 4.2, d) del Estatuto de los Trabajadores que diseña el sistema genérico de protección en esta materia, donde destaca la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*”.

de estas normas de cuidado y vigilancia que conforman el tipo omisivo, puesto que la seguridad “*esa seguridad, autónomamente considerada, es el marco condicionante de la eficacia de la vida o salud, pero no el auténtico bien jurídico*”³³.

Otra propuesta de bien jurídico es la entender que el objeto de protección son dos bienes jurídicos de naturaleza distinta, el primero, individual, vida y salud, y el segundo, colectiva, la seguridad. Sin embargo, aunque la conducta típica de omitir la medidas de seguridad, implican la creación de un riesgo penalmente relevante, sólo es típico cuando ésta omisión “*constituye un medio objetivamente idóneo para afectar a la vida o a la salud*”³⁴.

También se ha identificado como bien jurídico la vida, la salud, y la integridad física, desde un punto de vista individual, haciendo coincidir el desvalor del resultado y el resultado material³⁵. En el caso de que la titularidad fuese individual, como pretende esta tesis, implicaría compartir los bienes jurídicos de los delitos de homicidio y lesiones, aceptando por ende, las consecuencias del art. 155 CP, que, como se verá *infra*, entiende que el consentimiento del titular tendrá efectos exonerantes en la imputación del resultado al sujeto activo. Las medidas de seguridad son indisponibles para el sujeto pasivo y, por tanto, desde la doctrina penal se debe intentar ponerles los máximos frenos a esta creación jurisprudencial de la compensación de culpas, no dando oportunidad a los Jueces y Tribunales que puedan aplicarlo, que es lo que permite precisamente esta tesis.

Por otro lado, TERRADILLOS BASOCO entiende que el bien jurídico protegido es la vida y la salud de los trabajadores desde un punto de vista colectivo³⁶. Así pues, sólo los trabajadores en el ejercicio de su respectivas profesiones podrán ser sujetos pasivos de éste delito.

³³ TERRADILLOS BASOCO, J.M. “*Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)*”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. / ACALE SÁNCHEZ, M., / GALLARDO GARCÍA, R.M., *Siniestralidad laboral un análisis criminológico y jurisprudencial, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005, p. 77.*

³⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M. “*Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)*”, *cit. p. 77.*

³⁵ Esta tesis defiende, AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código penal, pp. 86 y 87.*

³⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M. “*Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)*”, *cit. pp. 78 y 79.*

Esta tesis, acertadamente defiende que se viene a tutelar la protección de la vida y de la salud en el trabajo, puesto que la protección administrativa no es suficiente. El art. 316 del texto punitivo tiene como objeto inmediato de protección: la vida, la salud e integridad física; cubriendo de forma expresa la puesta en peligro de la salud, que no venía recogida en la anterior regulación, materializando la creación antijurídica del riesgo de enfermedad profesional que resultaba atípico.

IV.3. Toma de postura.

Mediante esta tipificación el legislador configura una protección de intereses que constituye el fundamento de la intervención penal. Algunos autores afirman que la intención del legislador es la de proteger la seguridad en el trabajo, como se ha dicho anteriormente.

Sin embargo, defender que es la seguridad el objeto de tutela, es ampliar el ámbito de punibilidad, ya que se constituye como protección de un deber, y la protección de este deber de seguridad con respecto al trabajador ya es objeto de tutela por parte del ordenamiento administrativo³⁷. De ahí que este artículo no se limite a la protección de un deber de cuidado o de vigilancia, sino que lo que se viene a proteger es la puesta en peligro de la vida y salud de los trabajadores a causa de la infracción de las normas de riesgos laborales de las personas legalmente obligadas por ese deber.

La seguridad e higiene en el trabajo son elementos del tipo, pero no constituyen en sí mismo interés suficiente para que el legislador le conceda relevancia penal en orden a considerarlo bien jurídico.

La individualización o especificación del sujeto pasivo aunque no nos determina de forma contundente la naturaleza jurídica del bien, sí nos hace intuir como será la protección del mismo, o, al menos, que es lo que tiene intención de proteger el legislador. Así pues, el hecho de que estos artículos protejan a los trabajadores no es determinante para que su naturaleza sea la de un bien de naturaleza colectiva, pero sí nos lleva a pensar que la intencionalidad del legislador es la de proteger a un colectivo, a los trabajadores como clase, y en el desarrollo de su profesión.

³⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 284.* “...ocurre con aquellos delitos que la doctrina describe como ilícitos administrativos elevados a la condición de delitos o con aquellos otros que se definen como delitos contra un deber, en los cuales no es posible ver otra explicación de su fundamento que un deber que se quiere imponer per se”.

Es un bien de naturaleza colectiva porque tutela un interés de carácter público ya que defiende la vida y la salud de los trabajadores, y aunque estos son bienes individuales se protegen en el marco laboral, en el ejercicio de las diferentes profesiones³⁸. De esta forma, se entiende que este objeto es de carácter irrenunciable para los trabajadores, reconocido³⁹ por las disposiciones legales como de derecho necesario. La conducta descrita afecta a intereses individuales, tipificados en su dimensión colectiva constituyendo así, un bien jurídico transpersonal y de carácter laboral⁴⁰. Es, por tanto, la protección de la vida y salud de los trabajadores un bien de carácter macro social que afecta al conjunto de trabajadores.

Los artículos 316 y 317 CP responden desde el ámbito penal a la exigencia constitucional recogida en el art. 40.2 de la Constitución española que obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo. De esta forma desde el art. 40.2 citado, quedan amparados los derechos fundamentales, vida y salud de los trabajadores, protegiéndose en el Código penal como intereses transpersonales de titularidad colectiva, vida y salud de los trabajadores en el ejercicio de su empleo o cargo.

Se entiende, además, que los bienes en cuestión son exclusivamente la vida y la salud. Ya que como se ha indicado *supra*, el término salud incluye en su definición a la integridad física, además de a la integridad psicológica, por lo que sería redundante afirmar que los bienes jurídicos, además de la vida, es la integridad física y la salud.

Para finalizar, hay que indicar que a pesar de que hasta ahora la mayor parte de la jurisprudencia defiende que el bien jurídico protegido es la seguridad en el trabajo, ya comienza a destacar la defensa de que el interés objeto de protección en estos delitos es la vida y la salud; ejem-

plo de ello lo constituye el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, que indica que: “*el bien jurídico protegido es la vida y la salud de los trabajadores. Aunque se siga manteniendo por un sector doctrinal importante que el bien jurídico es la seguridad e higiene en el trabajo, hay que entender que esa seguridad es el marco condicionante de la eficacia en la protección de la vida o salud. Pero no es el autentico bien jurídico. La esencia del delito no sería, pues, la infracción de un deber de seguridad fundamentado en normas de Derecho público indisponibles. Lo que no es incompatible con la calificación del bien jurídico como colectivo. Se castiga el poner en peligro la vida o salud de los trabajadores (en plural) al no facilitar los medios para que ese mismo colectivo desempeñe su actividad en condiciones idóneas*”.

V. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR LA PUESTA EN PELIGRO DE LA VIDA Y LA SALUD EN EL ÁMBITO LABORAL:

La imputación del resultado en este delito viene limitada, en la medida en que se configura como un tipo especial propio, por la exigencia de especial condición en el sujeto activo.

El art. 316 CP indica que sujetos activos son “*los... legalmente obligados*”, remitiéndose a la normativa laboral para identificar a los mismos⁴¹. La LPRL establece que será el empresario el responsable principal de vigilar que se cumplan las medidas de prevención de riesgos laborales.

³⁸ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, indica en relación con la seguridad e higiene en el trabajo, que afecta a intereses individuales, pero legalmente contemplados en su dimensión colectiva y constitutivos de un bien jurídico transpersonal y estrictamente laboral, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Delitos contra la vida y salud de los trabajadores*, cit. pp. 52 a 58.

³⁹ El art. 3.5 ET indica expresamente que los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, al igual que tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo. Y, posteriormente, el art. 2.2 LPRL aclara que las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos.

⁴⁰ HAVA GARCÍA, E., “Elementos comunes”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., (Coord.) *Memento Práctico Francis Lefebvre, Penal de la Empresa 2004 – 2005*, Francis Lefebvre, Madrid, 2003, p. 168.

⁴¹ Art. 14 LPRL: “2. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de la presente Ley.

El empresario desarrollará una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.

3. El empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”.

La regulación del art. 14 LPRL no implica que el único responsable sea el empresario, sólo es un mecanismo para no desresponsabilizar al empresario en caso de delegación de funciones. Como la ley se encarga de subrayar, se trata de un deber de imposible traslado a otros sujetos implicados en la protección, ya sean trabajadores o terceros. A pesar de esto, el empresario continuará teniendo la posibilidad de ejercitar acciones de resarcimiento contra los incumplidores⁴².

La LPRL configura como único autor de la infracción administrativa, al empresario reduciéndolo al titular de la empresa. Sin embargo, en Derecho penal el concepto de autor es del todo independiente y autónomo, y puede afirmarse que los legalmente obligados son tanto el empresario como los encargados o personal directivo⁴³.

La jurisprudencia penal es muy ilustrativa al respecto, así lo expone la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 18 de Enero de 1995: *“Hay un principio fundamental en relación con la seguridad en el trabajo, plenamente arraigado en la conciencia de nuestra sociedad, cada vez más firme en los países civilizados, e inspirador de la legislación vigente en esta materia, en virtud del cual toda persona que ejerce un mando de cualquier clase en la organización de las tareas de unos trabajadores tiene como misión primordial el velar por el cumplimiento de las normas de anteponiéndolas a cualquier otra consideración. Una elemental escala de valores nos dice que la vida e integridad física de las personas se encuentra por encima de los de contenido económico”*.

Sin embargo, en el proceso generador del riesgo pueden intervenir otros sujetos, o bien, algunas circunstancias ajenas a lo previsto por el sujeto, y máxime cuando nos encontramos ante situaciones que entrañan riesgos en sí mismas.

Esto supone que entren en juego dos institutos de la imputación objetiva, por un lado el “riesgo permitido”, y por otro, la “conurrencia de culpas”. Mediante el estudio de los mismos se tratará de averiguar a quién hay que atribuirle el resultado de peligro para la vida y la salud.

Ambas pueden tener diferentes consecuencias para la asunción de responsabilidad de la consecuencia dañosa: bien puede tener efectos exonerantes totales, mediante la

libre absolución, o bien, una mera exoneración parcial, que implicaría la atenuación de la pena.

Con todo esto la cuestión principal es determinar quien es el responsable de los acontecimientos lesivos: “...podrá serlo a tres extremos (...), al de un autor (aquí: el empresario), al de la propia víctima (aquí: el trabajador) o ninguno de los anteriores, es decir, la mala suerte o el infortunio...”⁴⁴.

V.1. La auto puesta en peligro o el consentimiento del trabajador: la disponibilidad del bien jurídico protegido, salud.

El art. 20 CP⁴⁵ recoge las eximentes que afectan a la responsabilidad del sujeto activo del delito. Las causas de

⁴⁴ COBO DEL ROSAL, M. / SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Responsabilidad penal por accidentes laborales: Riesgo permitido y auto puesta en peligro”, en Cuadernos de Política criminal (segunda época) N° 82, Cesej, 2004, p. 10.

⁴⁵ Art. 20 CP: “Están exentos de responsabilidad criminal:

1. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

1. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas.

2. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelello.

3. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

6. El que obre impulsado por miedo insuperable.

7. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

⁴² SALA FRANCO, T., *Relaciones Laborales 2003. La contratación laboral, la relación laboral, la extinción de contrato, la negociación colectiva*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 514.

⁴³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, cit., p. 74.

justificación excluyen la antijuricidad del tipo, en base a que existen razones de carácter político criminal que así lo aconsejan. De esta forma, un hecho que en principio puede resultar típico, si se presentan algunas de estas eximentes, se transforma en una conducta realizada conforme al Ordenamiento jurídico, y por tanto, lícita.

Así pues, si un sujeto produce lesiones a otro, pero actuando bajo la premisa de la legítima defensa, a pesar de que el hecho es típico, no se le impondrá pena alguna, ni, por supuesto, tampoco medida de seguridad, puesto que el hecho se encuentra justificado. Además se le excluye el juicio de culpabilidad puesto que éste es posterior al de antijuricidad, y ésta ya ha sido excluida mediante eximente.

Pues bien, aunque el art. 20 CP recoge el listado de causas de justificación, el consentimiento, pese a ser una de ellas,⁴⁶ no se encuentra ubicado en ese artículo. Es el art. 155 CP⁴⁶ el que indica que en el delito de lesiones el consentimiento no tendrá efectos eximentes de la responsabilidad penal, y que a lo sumo tendrá efectos atenuatorios.

Algún sector doctrinal defiende su carácter polivalente según del delito en el que se encuentre, puesto que algunos tipos penales tiende a asimilarse más a una causas de exclusión de la tipicidad que a una causa de justificación⁴⁷.

Con intención de no extender esta discusión se va a hacer referencia tan sólo a la relevancia del consentimiento en los delitos contra la vida, la integridad física o la salud.

La indisponibilidad de la vida ha sido un tema muy debatido por la doctrina. El Código penal establece que si bien el suicidio no se castiga, por obvias razones, si existe sanción penal para aquel que participa en el suicidio de un tercero.

Para los bienes jurídicos salud e integridad física, el consentimiento tendrá efectos atenuatorios con el ya cita-

do art. 155 CP, sin embargo, el art. 156 CP⁴⁸ indica que en los casos en los que el consentimiento sea libre, válido, consciente y expreso, se eximirá de responsabilidad penal, permitiendo con esto los supuestos de trasplantes y operaciones de sexo.

Sin embargo, hay que recordar como se ha defendido *supra*, que el bien jurídico del delito recogido en los artículos 316 y 317 CP, es un de carácter colectivo, a diferencia del interés protegido en los delitos de homicidio y lesiones, que es de naturaleza individual. Por lo tanto, el consentimiento no es posible cuando no es un único sujeto el titular del bien.

El consentimiento se mezcla con la figura llamada “conurrencia de culpas”, que la jurisprudencia actualmente denomina “autopuesta en peligro”, que no es más que el hecho de que la “*propia víctima asume libremente un determinado riesgo, se le imputa a ella el resultado lesivo que pueda producirse, y no a otro tercero que haya podido intervenir causalmente en la producción de dicha lesión*”⁴⁹.

Esta cuestión se transforma en una verdadera controversia para el caso de estos bienes jurídicos, cuando estamos ante los sectores que se enmarcan dentro de la denominada *comunidad del riesgo*; que podríamos definir como las actividades necesariamente arriesgadas e incluso peligrosas, como son las prácticas deportivas, o los problemas de seguridad del tráfico rodado, entre otros⁵⁰. En estos sectores se suele admitir esa relevancia jurídico penal del consentimiento del sujeto.

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código”.

⁴⁶ Art. 155 CP: “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz”.

⁴⁷ LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general I, Universitas, Madrid, 1999, pp. 559 y ss.*

⁴⁸ Art. 156 CP: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

⁴⁹ COBO DEL ROSAL, M., / SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Responsabilidad penal por accidentes laborales: Riesgo permitido y auto puesta en peligro”, *cit.*, p. 14.

⁵⁰ DE VICENTE REMESAL, J., “Consentimiento y asentimiento”, en LUZÓN PEÑA, D.M., (Dir.) *Enciclopedia penal básica, Comares, Granada, 2002, pp. 293 y 294.*

Dentro de estas situaciones en sí mismas riesgosas, y dentro del ámbito laboral, podríamos citar los trabajos en altura, la manipulación de planchas, o uso de determinada maquinaria, entre otros muchos. Así pues, el objeto de estudio es si cabe la imputación del resultado a la víctima, cuando ésta asume libremente el riesgo de estas actividades.

En este sentido hay discrepancias en la doctrina, puesto que por un lado, COBO DEL ROSAL y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, admiten esta posibilidad incluso en el caso de que no exista plan de seguridad, siempre y cuando la ausencia de éste o de las medidas de seguridad no hubieran sido la causa del accidente, y por tanto, la consecuencia lesiva hubiera sido ocasionada exclusivamente por el trabajador. Entienden, por ende, que debe tener efectos de exoneración total para el empresario⁵¹.

Estos autores acuden a una previsibilidad del resultado hipotética, que puede llegar a legitimar decisiones judiciales arbitrarias, en la medida en que la argumentación se basa en una consecuencia no refutada, que sería distinta en el caso de que hubiese plan de seguridad adecuado, además de una adecuada vigilancia por parte del empleador.

También esta tesis se puede basar en el llamado "principio de autoresponsabilidad", que implica un "ámbito propio de autoorganización y su correspondiente responsabilidad"⁵². Por lo que este principio exige un espacio en el que ambos sujetos se encuentren en situación de igualdad.

Las relaciones laborales en el momento actual, impregnadas de una economía globalizada, no se encuentran, en absoluto en un plano de igualdad. La precarización, el trabajo a destajo, los bajos salarios, y, la subcontratación entre otros muchos factores, dan la respuesta a por qué la igualdad brilla por su ausencia en las relaciones laborales.

Además estas relaciones laborales están fuertemente jerarquizadas, la organización del trabajo se encuentra en manos del empresario, y el trabajador se limita a obedecer

lo que éste le ordena. Así pues, no existe una organización conjunta de las actividades laborales por lo que es imposible la posibilidad de imputar al trabajador el resultado.

Por otro lado, y en base a todas estas afirmaciones, otro sector doctrinal entiende que no se puede exonerar al empresario o al sujeto delegado de las funciones de prevención de riesgos. La razón jurídica que se arguye, es la existencia de una normativa laboral cuyo objetivo es garantizar la vida y la salud de los trabajadores, y en base a ella, y a las obligaciones que tiene el garante de estas medidas, no se puede aplicar el instituto de la autopuesta en peligro⁵³.

Teniendo en cuenta pues, que las reglas de cuidado vienen recogidas en la normativa laboral, hay que hacer referencia a la responsabilidad *in eligendo*, e *in vigilando*, que tiene el empresario, por lo que si la compensación de culpas "...como regla general, no cabe en Derecho penal (...), en el específico ámbito de la seguridad en el trabajo esta regla debe interpretarse con criterios aún más rigurosos, que llevan a relativizar la relevancia del comportamiento del trabajador no sólo en el momento de constatar la existencia de imprudencia sino a la hora de valorarla"⁵⁴.

Además la LPRL en su art. 2.2 indica que las medidas de prevención de los riesgos laborales, son indisponibles, y, por tanto, no podrán ser nunca objeto de acuerdo⁵⁵. Por lo que nunca el trabajador podrá prestar su consentimiento para obviar esas medidas de seguridad, reconocidas como derecho necesario, y nunca el empresario podrá eximirse de su responsabilidad aludiendo a que el trabajador libremente asumió el riesgo de la labor encomendada. Pero, además, incidiendo en la imputación del resultado, el hecho de que el trabajador consienta en ponerse en peligro, no se puede considerar una conducta típica, ya que el art. 316 CP excluye al trabajador como sujeto activo del tipo, y su acción sería irrelevante jurídico-penalmente.

51 COBO DEL ROSAL, M., / SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., "Responsabilidad penal por accidentes laborales: Riesgo permitido y auto puesta en peligro", cit., pp. 10 a 14.

52 SAÉZ VARCÁCEL, R., "¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial", en *Revista de Derecho Social*, N°33, 2006, p. 19, este autor, indica en este sentido, que ambas pautas "...requieren, en consecuencia que los sujetos se encuentren en posiciones de igualdad, un autor y una víctima que interactúan en planos similares".

53 SAÉZ VARCÁCEL, R., "¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial", cit. p. 20.

54 TERRADILLOS BASOCO, JM., "Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)", cit., p.88

55 Art. 2.2 LPRL: "Las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos".

Para finalizar, el trabajador sólo podrá ser sancionado en el ámbito laboral, puesto que el art. 29.3 LPRL⁵⁶ legitima al empresario a imponerle determinadas sanciones en el caso de que, a pesar de tener a su disposición el material adecuado para su protección no quiera usarlo. Esta aclaración es necesaria, puesto que hasta ahora ninguna sentencia ha hecho alusión a esta posibilidad que en última instancia es lo que determinaría que el empresario cumple sus funciones de vigilar la puesta en práctica del plan de prevención de forma efectiva.

V.2. Riesgo permitido para la salud

Si se citó anteriormente las actividades que conforman esa *comunidad del riesgo* dentro del ámbito de la laboral, ahora que se estudia el instituto del riesgo permitido se profundizará más en las implicaciones de las mismas.

PAREDES CASTAÑÓN encuadra bajo la rúbrica del riesgo permitido “...aquellas acciones peligrosas o lesivas que, sin embargo, resultan socialmente necesarias o socialmente útiles”⁵⁷. En este concepto se encajan las actividades laborales que por sí mismas resultan riesgosas, como trabajar en altura, el uso de determinadas maquinarias, levantar objetos pesados, o actividades industriales contaminantes, entre otros.

Así pues, explicar el concepto de riesgo permitido no es difícil, puesto que en la mayoría de las actividades cotidianas nos podemos encontrar con la utilización de medios tecnológicos que constituyan un riesgo para el que lo utiliza. Y esto es así, porque actualmente nos encontramos en una sociedad denominada “del riesgo”, en la que el modo de producción industrial produce la necesidad de expandirse progresivamente, creando situaciones de peligro en su constante necesidad de avance, en detrimento de las necesidades más básicas para el desarrollo del ser humano, como es el caso de realizar una actividad

laboral, que sirve al individuo únicamente para sustentarse, y que no debería conllevar un riesgo para su vida y su salud.

Pues bien, en materia de imputación penal, la teoría de riesgo permitido establece que el hecho de generar un determinado riesgo, aunque se tenga conocimiento de que el mismo puede concretarse en un resultado lesivo, no implica necesariamente responsabilidad respecto de dicho resultado, aún en el caso de que el mismo se produzca⁵⁸.

La conceptualización del riesgo permitido en materia de riesgos laborales es determinante a la hora de prever la imputación al empresario, ya que, evidentemente, en la medida en que existen disposiciones para amortiguar los riesgos es porque existe una realidad previa de potencial peligro.

De hecho, estas situaciones de peligros inherentes en determinadas actividades, ha obligado a que el objetivo de las políticas sociales actuales haya sido eliminarlo, o al menos, reducirlo al mínimo permitido, protegiendo de esta forma bienes tan esenciales como la vida y la salud del trabajador. Siendo así que, cuanto más peligro conlleva la actividad laboral de una actividad normativa más minuciosidad al respecto requiere.

Por lo tanto, el riesgo permitido tendrá efectos exonerantes, y el límite obvio del mismo se encuentra en el “riesgo prohibido”. Son esas mismas normas las que nos hacen diferenciar las categorías de riesgo permitido y riesgo prohibido⁵⁹. De hecho en el Derecho laboral se conceptúan los procesos y las actividades como peligrosas en aras de que se cumplan o no las normas de prevención de riesgos laborales⁶⁰.

La duda quizás se puede plantear en el caso de que el empresario cumpla con las obligaciones pertinentes, pero obvie algunas, es decir, ¿qué ocurre cuando el empresario cumple parcialmente con sus obligaciones? En el caso de que los medios para la prevención de riesgos laborales se

⁵⁶ Art. 29.3 LPRL: “El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores o de falta, en su caso, conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones públicas. Lo dispuesto en este apartado será igualmente aplicable a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en la prestación de su trabajo, con las precisiones que se establezcan en sus Reglamentos de Régimen Interno”.

⁵⁷ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica-Centro de publicaciones, Madrid, 1995, pp. 36 y 37.

⁵⁸ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, cit., pp. 46 y ss.

⁵⁹ COBO DEL ROSAL, M. / SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Responsabilidad penal por accidentes laborales: Riesgo permitido y auto puesta en peligro”, cit., p 12.

⁶⁰ AA.VV. *Memento Práctico. Prevención de Riesgos Laborales. 2004-2005*, Francis Lefebvre, Madrid, 2004, pp. 10 y 11. “Son procesos, actividades, operaciones, equipos o productos potencialmente peligrosos aquellos que, en ausencia de medidas preventivas originan riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores que lo desarrollan o utilizan. Se desprende esto que la consideración de potencialmente peligroso se pierde cuando se adoptan las medidas preventivas precisas”.

hayan facilitado de forma parcial o deficitaria, el responsable no habrá cumplido con las obligaciones de forma real y efectiva, encontrándose en el marco del riesgo prohibido, y siendo previsible, por tanto, la imputación del resultado al mismo.

Sin embargo, en ocasiones, a pesar de que el sujeto responsable y garante de las medidas de prevención de riesgos laborales cumple con las mismas, y el trabajador usa escrupulosamente los medios facilitados para evitar el accidente, el resultado lesivo inevitablemente acaba ocurriendo; en estos casos se debe hablar de infortunio, y no hay lugar a responsabilidad alguna.

V.3. Toma de postura en base a un estudio jurisprudencial.

El tipo recogido en los artículos 316 y 317 CP imposibilita que exista cualquier tipo de responsabilidad penal de los trabajadores, no sólo porque nos encontramos ante un delito especial, como se ha dicho *supra*, en el que sólo pueden ser autores el empresario, o aquellas personas que indica específicamente la ley, también por razones de política criminal. Sin embargo, a pesar de que esta afirmación resulta evidente, no ha imposibilitado que en algunas ocasiones, los jueces hayan determinado que la actuación negligente por parte del trabajador, pueda llegar a repercutir en la responsabilidad penal del empresario.

Existe, según la jurisprudencia, una amplia gama de situaciones en las que, el consentimiento del afectado puede jugar un papel determinante o, al menos, importante, en el momento de concretar si se excluye o no la responsabilidad penal del autor.

Así pues, teniendo en cuenta que son varias las sentencias que, en base a la posible influencia de la actuación de la víctima, en este caso del trabajador, se ha optado por absolver al empresario, o en degradar la imprudencia de éste, se va estudiar desde un punto de vista jurisprudencial lo que ya se ha estudiado doctrinalmente *infra*.

Una de las sentencias más conocidas en este sentido, ha sido la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de septiembre de 2003. En ella, se absuelve del delito de lesiones por imprudencia grave a los empresarios, lesiones que consistieron en una tetraplejía de un trabajador de la construcción, el cual cayó por un hueco, que carecía de las más mínimas medidas de seguridad.

La imputación del resultado al empresario se ve interrumpida, según el Tribunal, a causa de la imprudencia del trabajador, que si bien no puede ser considerado sujeto activo, si puede influir, en base a la teoría de la autopuesta

en peligro, en la desresponsabilización del empresario. En este sentido, el Tribunal argumenta que: *“Lo que no puede aceptarse es la postura de don Enrique P. F. de pretender negar su comportamiento imprudente con base en que a los acusados no le habían proporcionado medio alguno de seguridad, y ello por cuanto el hecho de subirse para realizar su trabajo a un caballete, situado en un momento dado próximo a un hueco en la fachada sin protección alguna es, lo quiera o no el perjudicado, una conducta clamorosamente imprudente”*.

Y es que, la sentencia reconoce que la inexistencia de plan de prevención de riesgos laborales adecuado, y de las medidas protectoras básicas, como es una red de seguridad para los trabajos que se realizan en altura: *“...por lo que se refiere al parámetro de la infracción del deber objetivo de cuidado es evidente que si bien por parte de la empresa se infringieron normas reglamentarias traductoras de aquel deber -en concreto, el art. 187 de la Ordenanza de Trabajo en la Construcción, Vidrio y Cerámica de 28 de agosto de 1970 (RCL 1970, 1481, 1699) y el epígrafe a del ap. 3 de la Parte C del Anexo del RD 1627/1997, de 24 de octubre (RCL 1997, 2525)...”*; continúa exponiendo que en el plano causal *“...por parte del trabajador se omitió la más elemental norma de cuidado...”*.

El empresario, como ha quedado demostrado en los hechos probados, no había previsto medida de seguridad alguna, estando por tanto fuera de los límites del riesgo permitido, y encontrándose inmerso en el punible riesgo prohibido. Así pues, sólo en base a la llamada autopuesta en peligro, esta sentencia absuelve al empresario de los delitos contra la vida y salud de los trabajadores y del delito de lesiones imprudentes.

La cuestión determinante es considerar si realmente esta figura debe tener esos efectos exonerantes. La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 26 de abril de 2004, indica acertadamente que, *“...pues bien, al analizar las cuestiones jurídicas desde la perspectiva de la conducta de la víctima, conviene precisar que si bien resulta incuestionable que ésta intervino causalmente en el resultado (plano causal-naturalístico), ello no quiere decir que pueda imputársele objetivamente el mismo a su conducta (plano axiológico-jurídico de la imputación objetiva). Y ello porque en esta clase de imprudencias laborales el deber objetivo de cuidado del empresario o de su delegado en la empresa comprende también la previsión y la neutralización de los riesgos derivados de las negligencias en que pudieran incurrir los trabajadores debido a la propia propensión al riesgo del trabajo que prestan. Pues, como es sabido, la familiarización con el*

riesgo y la habituación a los ámbitos de peligro deriva en un desprecio por las situaciones arriesgadas. Desprecio que ha de ser previsto y vigilado por el empresario y sus delegados, que han de acentuar la vigilancia y la dirección presencial para evitar las situaciones de esa índole, imponiendo para ello de forma estricta el cumplimiento de las medidas de seguridad y facilitando los medios para su aplicación.

Desde tal perspectiva, se ha considerado por la doctrina que en las actividades laborales vinculadas con factores importantes de riesgo se invierte en cierto modo el principio de confianza aplicable en otros ámbitos sociales (tráfico rodado), sustituyéndose más bien por el principio de desconfianza. De forma que, siendo evidente que la rutina, el automatismo y la monotonía en el trabajo acaban imponiendo la desconsideración del riesgo por parte del trabajador, ha de incrementarse el deber objetivo de cuidado del empresario, los delegados y encargados para prever y neutralizar esas situaciones. Con lo cual, éstos, en lugar de confiar en un comportamiento cuidadoso y diligente del operario, deben más bien «desconfiar» de tal posibilidad y acentuar las medidas de seguridad y de vigilancia, con el fin de controlar los riesgos derivados de los descuidos de los trabajadores, a quienes deben imponer de forma concluyente e inapelable el cumplimiento de la normativa de seguridad en la labor diaria”.

La segunda sentencia, que al igual que la primera, a causado consternación en la doctrina, es la de la Audiencia Provincial de Zamora, de fecha 31 de mayo de 2003, en la que se absuelve al Gerente de una empresa responsable de adoptar medidas de seguridad para sus trabajadores. El gerente queda absuelto del delito de homicidio por imprudencia grave, pero se le condena por un delito contra los derechos de los trabajadores por carecer de plan de seguridad laboral.

Efectivamente en este caso nos encontramos ante la muerte de un trabajador que al intentar levantar con una transpaleta una tabla de granito, la citada máquina conducida por el obrero mediante tracción chocó con un carril de cerramiento de la puerta contigua al almacén, provocando que la transpaleta volcara, cayendo sobre la cabeza del conductor, y muriendo a causa de un traumatismo craneoencefálico.

También consta en los hechos probados que la empresa carecía de plan de prevención adecuado, y que por ello incluso había sido sancionada, sin que esto provocara que adecuaran las medidas de seguridad exigidas por la normativa laboral.

Esto último supone que la absolución del empresario, respecto de la muerte del trabajador, no se ajustaría al mecanismo del riesgo permitido, porque su comportamiento estaba dentro del marco del riesgo prohibido, límite de este mecanismo de exoneración.

Así que ésta sentencia basa la absolución del delito de homicidio imprudente en el mecanismo de la autopuesta en peligro del trabajador, ya que no había causalidad entre la carencia de plan de seguridad laboral y la utilización de la transpaleta, cuya utilización era inhabitual en el desarrollo del trabajo, de modo que la muerte del trabajador se produjo por imprudencia grave del mismo. A consecuencia de esto habría cambios en la imputación del resultado, si bien el trabajador no podría ser considerado culpable en base a que los bienes jurídicos protegidos en el art. 316 CP son de carácter indisponible, el empresario nunca podría ser exonerado de responsabilidad en este delito contra la vida y la salud de los trabajadores, aunque si podría quedar exonerado de responsabilidad penal del delito de homicidio por imprudencia grave si existiera posibilidad de concurso medial⁶¹.

Sin embargo, a la vez que se defiende la atipicidad de la conducta imprudente por parte del trabajador, eliminando la posible responsabilidad jurídico penal de los trabajadores, también se entiende que la asunción de un riesgo fuera de los márgenes de lo permitido por parte del trabajador nunca debería tener efectos eximentes para el empresario, puesto que éste debe prohibir tajantemente al trabajador que realice actividades peligrosas.

Para rebatir la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, que fundamenta su decisión absolutoria en la autopuesta en peligro, vamos a referirnos a otra sentencia, ésta de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 31 de marzo de 2004, que acertadamente incide en la no aplicación de la exoneración por imprudencia del trabajador, en los siguientes términos: “Además, el derecho de los trabajadores a unas condiciones de trabajo seguras no es

⁶¹ Este es el supuesto que COBO DEL ROSAL, M. / SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Responsabilidad penal por accidentes laborales: Riesgo permitido y auto puesta en peligro”, cit., p.16, basa la existencia de autopuesta en peligro con efectos exonerantes para el empresario. Este autor defiende que es posible que la actuación negligente del trabajador repercuta en la responsabilidad del empresario o persona responsable, produciendo efectos exonerantes al responsable de velar de forma efectiva que se cumplan las medidas protectoras en el trabajo. Esta tesis admite que la llamada autopuesta en peligro tenga efectos en la imputación del resultado; si bien no admite la existencia de culpa por parte del trabajador, si acepta su repercusión en la imputación del resultado al empresario ya que éste podría incluso quedar exonerado de responsabilidad penal.

disponible, de ahí que resulte irrelevante el consentimiento del trabajador o la aceptación fáctica o explícita del riesgo. Se hace esta consideración porque, en ocasiones, se alega por el empresario, ante la muerte o lesión del trabajador, que éste incumplió las normas de seguridad por propia voluntad, por comodidad o por desprecio por el peligro, lo que se pretende que dé lugar a la apreciación de un consentimiento en el riesgo por la propia víctima; sin embargo, el consentimiento de la víctima en el riesgo no posee eficacia justificante alguna -SAP Rioja de 21 de enero de 2003 (ARP 2003, 214) - ni en el delito de lesión ni en el delito de peligro, pues, por una parte, el bien jurídico protegido en el 316 es un bien jurídico diferente y de titularidad supraindividual y porque, en segundo lugar, el ordenamiento laboral -artículo 14 LPRL- impone al empresario el deber de tutelar la seguridad de sus trabajadores también frente a su propia voluntad o interés individual exigiéndoles incluso coactivamente el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones establecidas por las normas de seguridad (en el mismo sentido sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2001 [RJ 2002, 4433], 5 de septiembre de 2001 [RJ 2001, 8340], 31 de enero de 2000, 10 de mayo de 1994, 15 de julio de 1992 [RJ 1992, 6375], 12 de mayo de 1981 [RJ 1981, 2218] etc., indicando que «el trabajador debe ser protegido hasta de su propia imprudencia profesional»; Teruel 27 de septiembre de 2002 [ARP 2002, 575]”.

Así pues, se constata que los criterios de imputación riesgo permitido y autopuesta en peligro, son cuestiones controvertidas dentro de la doctrina jurisprudencial, puesto que los Jueces y Tribunales no se ponen de acuerdo para seguir una tesis común.

Quizás para intentar uniformar los criterios a seguir a la hora de imputar un resultado lesivo en el ámbito laboral, haya que dirigirse a lo indicado por las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

- En relación a la autopuesta en peligro expone en la sentencia de 17 de octubre de 2001:

“Frente a ello, entendemos que esa degradación de delito a falta, y los argumentos que la sirven de sostén, no pueden ser aceptados, por lo siguiente: 1ª. La pretendida concurrencia de culpas, cuando existe, tiene su incidencia en el orden civil de la responsabilidad, pero rara vez en el orden penal, ya que cada uno de los culpables concurrentes han de ser juzgados por separado según su participación en el hecho y su ni-

vel de responsabilidad. 2ª. En todo caso y ciñendonos a lo aquí enjuiciado no se aprecia de modo alguno la existencia de culpa de la víctima, ni, por consecuencia, la disminución de responsabilidad del acusado, ya que no se puede hacer depender, ni en todo ni en parte, su evidente falta de cuidado de la posible solicitud que podría haber hecho el obrero para evitar el accidente, pues el cuidado debido le venía impuesto «ope legis» a él sólo por las propias normas de protección laboral. Tampoco constituye argumento válido el que la víctima pudo negarse a realizar su trabajo en tan precarias condiciones, cuando, según narra la sentencia, el encargado o patrón se hallaba presente y fue quien le ordenó la realización de los trabajos, lo que significa que le es muy difícil exigir al subordinado la desobediencia de esas órdenes”.

- En relación al riesgo permitido expone en la sentencia de 19 de octubre de 2000:

“La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a éstos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá

sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la «autopuesta en peligro» o «principio de la propia responsabilidad». Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva”.

Con todo esto, hay que concluir indicando que la puesta en peligro del propio trabajador, no debe en ningún caso suponer una exoneración de la responsabilidad del sujeto obligado a facilitar las medidas de seguridad. Además, el hecho de que exista un riesgo grave para la salud y la vida de los obreros por el hecho de que no se cumpla minuciosamente lo indicado en la normativa laboral, deberá entenderse que esa situación, se encuentra dentro del riesgo prohibido, y que por tanto, generará responsabilidad penal para el sujeto activo del delito.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. Memento Práctico. Prevención de Riesgos Laborales. 2004- 2005, Francis Lefebvre, Madrid, 2004.
- AGUADO LÓPEZ, S., El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del código penal, Tirant Lo Blanch Valencia, 2002.
- ARROYO ZAPATERO, L., La protección penal de la Seguridad en el trabajo, Colección jurídica, 1981.
- BAYLOS GRAU A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1997.
- BILBAO, A., El accidente de trabajo: entre lo inevitable y lo irreformable, Siglo XXI de España, Madrid, 1997.
- CASTEJÓN, J. / BENAVIDES, FG. / GIMENO, D. / COMPANY, A. / FABREGA, O. / FUNES, X., *Origen laboral de la incapacidad temporal notificada como contingencia común*, Barcelona, 2001.
- COBO DEL ROSAL, M. / SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Responsabilidad penal por accidentes laborales: Riesgo permitido y auto puesta en peligro” en *Cuadernos de Política criminal* (segunda época) N° 82, Cesej, 2004.
- DE VICENTE MARTINEZ, R., *Seguridad en el Trabajo y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2001.
- DE VICENTE REMESAL, J., “Consentimiento y asentimiento”, en LUZÓN PEÑA, D.M., (Dir.) *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.
- FERNÁNDEZ, I. / ELLACURÍA, J.M. / ITURRATE J.M., *La responsabilidad penal de los accidentes de trabajo*, RO, Valencia, 1999.
- FIERRO, G. J., Causalidad e imputación: caso fortuito, imputación objetiva, tentativa, delitos de omisión, culposos y preterintencionales, causalidad científica, delito imposible, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2002.
- GARCÍA ARÁN, M., “La protección penal de la seguridad en el trabajo en el Código penal vigente y en el Proyecto de Código penal de 1992”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., (coord.), *Derecho Penal del Trabajo y Derecho Administrativo sancionador. 13ª Curso de Verano de San Roque*, Universidad de Cádiz, 1992
- HAVA GARCÍA, E., “Elementos comunes”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., (Coord.) *Memento Práctico Francis Lefebvre, Penal de la Empresa 2004 – 2005*, Francis Lefebvre, Madrid, 2003.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 28 a 32
- LUZÓN PEÑA, DM., “Tipos de delito: clases”, en LUZÓN PEÑA, D.M., (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Universitas, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la Empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MEINI MÉNDEZ, I., *La responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant Lo Blanch - Monografías, Valencia, 2003.
- MORALES PRATS, F., “Conclusión en torno al bien jurídico: definiciones sociológicas y definiciones constitucionales”, en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, Navarra, 2002,
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCIA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PAREDES CATAÑÓN, J.M., *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Secretaria General Técnica-Centro de publicaciones, Madrid, 1995.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 2002.

SAÉZ VARCÁCEL, R., “¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en cierta práctica judicial”, en *Revista de Derecho Social*, N°33, 2006.

SALA FRANCO, T., *Relaciones Laborales 2003. La contratación laboral, la relación laboral, la extinción de contrato, la negociación colectiva*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003

TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Delitos contra la vida y salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Peligro Abstracto y garantías penales”, en QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., (coord.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal de la Empresa*, Trotta, Madrid, 1995.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El Estado y los conflictos sociales: la función del sistema penal”, en *Revista de Derecho social*, N° 9, 2000.

TERRADILLOS BASOCO, JM. “Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)”, en TERRADILLOS BASOCO, JM., ACALE SÁNCHEZ, M., y GALLARDO GARCIA, RM., *Siniestralidad laboral un análisis criminológico y jurisprudencial*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005

ABREVIATURAS

Art.	artículo
Cit	Citado
Coor.	Coordinador
CP	Código penal
Dir.	Director
ET	Estatuto de los Trabajadores
LPRL	Ley de Prevención de Laborales
Nº	Número
P	página
Pp	páginas
ss.	siguientes.

DERECHO Y PLANIFICACIÓN ANTICIPADA DE LA ATENCIÓN: PANORAMA JURÍDICO DE LAS INSTRUCCIONES PREVIAS EN ESPAÑA

José Antonio Seoane

Profesor Titular de Filosofía del Derecho (Universidade da Coruña)
Miembro del Comité de Ética Asistencial. CHU Juan Canalejo (A Coruña)
jaseoane@udc.es

*Ahora todo lo que quiero es vivir tranquilamente lo que me
quede de vida en un mundo conocido, morir en mi propia cama
y ser escoltado en la tumba por mis viejos amigos.*
J. M. Coetzee, *Esperando a los bárbaros* (1980)

*Siempre he querido que me vieran como una persona capaz.
Y ahora más que nunca, ahora que la discapacidad se cierne sobre mí.*
J. M. Coetzee, *La edad de hierro* (1990)

*A todos nos gustaría ser más simples, Paul –dice ella-, a todos nosotros.
Sobre todo cuando nos acercamos al fin. Pero los seres humanos
somos criaturas complicadas. Es nuestra naturaleza.*
J. M. Coetzee, *Hombre lento* (2005)

I

El Convenio de derechos humanos y biomedicina (CDHB) introdujo a finales de la pasada década la regulación de las instrucciones previas o voluntades anticipadas (art. 9: deseos expresados anteriormente) en el sistema jurídico español. Su desarrollo legislativo comenzó a nivel autonómico (la pionera fue la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica) y ha seguido, a nivel estatal, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación sanitaria (LBAP), y a nivel autonómico, con abundantes leyes y decretos, tanto de índole general como específicamente

destinados a regular diversos aspectos de las instrucciones previas o voluntades anticipadas (cfr. Tabla 1).

Años antes, la Constitución española de 1978 sentó las bases éticas, jurídicas y políticas del paradigma jurídico-sanitario actual, y la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, en particular su artículo 10, constituyó su primera e importante traducción legislativa. En esta primera etapa, desconocedora aún de las instrucciones previas, se configura un nuevo modelo de relación clínica y de proceso de toma de decisiones clínicas a raíz de la incorporación del consentimiento informado, articulado en torno a la autonomía decisoria de los pacientes y sus derechos. La entrada en vigor del CDHB (1 de enero de 2000), nuestra Constitución bioética; el reciente desarrollo legislativo, en particular la LBAP (2002) y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud en el plano estatal y las abundantes disposiciones

autonómicas sobre derechos de los pacientes y usuarios; la evolución jurisprudencial (e.g. STS (Sala 1.^a) de 12 de enero de 2001, que califica el consentimiento informado como un derecho humano fundamental); y el desarrollo científico de la Bioética y el Bioderecho o Derecho sanitario en las últimas décadas configuran los hitos jurídicos de una segunda etapa, de consolidación y profundización, en el reconocimiento de la autonomía y los derechos en el contexto jurídico-sanitario.

II

La mejora en el tratamiento jurídico de la autonomía para la toma de decisiones y el respeto de los derechos de los pacientes y usuarios son apreciables en nuestra legislación. Tomando como modelo la LBAP, hallamos una regulación más equilibrada de la información sanitaria, que incluye el reconocimiento del paciente como titular del derecho (arts. 2, 3, 4, 5, 6, 10, 12 y 13 LBAP) y la definitiva consolidación del consentimiento informado como derecho del paciente o usuario (arts. 2, 3 y 8 ss. LBAP); también una respuesta expresa a las decisiones de representación, y aun el reconocimiento de una suerte de mayoría de edad sanitaria a partir de la figura del menor maduro (art. 9 LBAP). No obstante, existen también aspectos cuestionables, como el régimen del consentimiento por representación recién mencionado (arts. 5, 9.3 y 9.4 LBAP).

Con todo, la novedad legislativa de esta segunda etapa que más atención ha despertado son las instrucciones previas (art. 11 LBAP), que con ésta u otras denominaciones (cfr. Tabla 3) aparece también en la abundante legislación autonómica que ha generado (cfr. Tabla 1). Las instrucciones previas son la declaración de una persona sobre los cuidados o el tratamiento de su salud y sobre otros aspectos relacionados con el final de la vida, emitida libremente mientras es capaz en previsión de una futura incapacidad para manifestar de forma personal y autónoma su voluntad al respecto.

Las instrucciones previas ejemplifican la profundización y la mejora en la autodeterminación para la toma de decisiones en materia de salud. Constituyen un desarrollo de la teoría general del consentimiento informado. Eso sí, un ejercicio singular, en la medida en que se trata de una proyección del consentimiento informado y de la facultad de autodeterminación decisoria en el tiempo, una autonomía prospectiva o *ad futurum*. A diferencia de lo que sucede en el consentimiento informado ordinario o actual, que se otorga para una actuación o intervención inmediata

o casi inmediata, en las instrucciones previas se presta el consentimiento ahora, en el momento presente, aun cuando la actuación o intervención derivada de dicho consentimiento y sus resultados o consecuencias aparezcan diferidos en el tiempo.

III

Surgidas a finales de los años sesenta en los EE.UU., las instrucciones previas son una herramienta de la planificación anticipada de la atención (*advance care planning*), en donde cobran su auténtico sentido. La planificación anticipada de la atención es un proceso más amplio e integral, que toma en consideración una pluralidad de dimensiones (clínica, cultural, familiar, social, psicológica, emocional, afectiva), con la finalidad de mejorar la calidad de la asistencia y de las decisiones en el final de la vida, profundizando en la comunicación entre el paciente, los diversos profesionales asistenciales (médicos, personal de enfermería, psicólogos), los familiares y otras personas afines, con plena garantía de la autonomía, los valores, las expectativas vitales y los derechos de aquéllos.

Las instrucciones previas suelen plasmarse por escrito en los documentos de instrucciones previas, que constan de tres apartados básicos: la expresión de los valores personales y los objetivos vitales del otorgante, su historia de valores; las instrucciones sobre la aplicación o el rechazo de medidas y tratamientos en situaciones concretas, incluso el destino del cuerpo y los órganos y tejidos en caso de fallecimiento; y la designación de un representante, que actúe como interlocutor del equipo asistencial para facilitar la interpretación de la voluntad del otorgante, orientar su actuación y garantizar el cumplimiento de las instrucciones contenidas en el documento.

Las instrucciones previas no son la única herramienta jurídica para la planificación anticipada de decisiones recientemente incorporada a nuestro sistema jurídico. Casi simultáneamente se introdujo en el ordenamiento jurídico estatal (no en el autonómico, donde existía un precedente catalán) la autotutela (cfr. Tabla 2), como resultado de la reforma del artículo 223 y otros del Código civil por obra de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. Además, el proceso de planificación anticipada de la atención se verá reforzado con la entrada en vigor de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, actualmente sometida a debate

parlamentario. En el artículo 4.2.f) del Proyecto de Ley (abril de 2006) se reconoce a toda persona en situación de dependencia el derecho a “decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno”.

Ambas instituciones, las instrucciones previas y la autotutela, persiguen finalidades idénticas: respetar la autonomía de cada individuo para la gestión de su vida y su salud, participando de forma activa en la planificación anticipada de la atención; ampliar la facultad de los usuarios para la toma de decisiones autónomas, permitiendo la disposición de diversos asuntos en relación con su vida y su salud en previsión de incapacidades futuras; orientar y mejorar el proceso de toma de decisiones en el caso de pacientes incapaces, ayudando a interpretar y aplicar sus instrucciones y deseos. Con todo, su significado y su alcance no son idénticos, como tampoco lo son su origen y desarrollo. La autotutela actúa sobre una esfera personal más amplia, no limitada al ámbito sanitario, y también sobre la esfera patrimonial, ajena a las instrucciones previas. Permite la adopción de ciertas disposiciones personales por parte de una persona con capacidad de obrar en previsión de una incapacitación futura, y no de la mera incapacidad propia de las instrucciones previas. Entre tales disposiciones está la designación de tutor (con mayor propiedad, de la persona que será nombrada judicialmente como tutor), mientras que las instrucciones previas se refieren a la posible designación de un representante. Además, el único procedimiento válido para el otorgamiento de la autotutela es el documento público notarial, a diferencia de la pluralidad de modalidades previstas en la legislación autonómica para el otorgamiento de las instrucciones previas.

IV

El panorama legislativo actual de las instrucciones previas en el Derecho español es heterogéneo y difícil de sintetizar. Además de la regulación estatal (art. 9 CDHB y art. 11 LBAP), aplicable en todo el territorio español, existe un abundante caudal de normas jurídicas desigualmente repartidas: no todas las Comunidades Autónomas disponen de regulación propia de las instrucciones previas, y no todas las que han regulado la cuestión lo han hecho con el mismo detalle. También es desigual la calidad y el acierto: junto a leyes o decretos resultado de un proceso de madurez y de deliberación social, profesional y política o parlamentaria, que representan instrumentos valiosos para orientar los procesos de toma de decisiones,

hallamos normas precipitadas, imprecisas y confusas, e incluso contradictorias. Además, diversas cuestiones están todavía pendientes de un adecuado desarrollo legislativo o reglamentario, bien por no haber sido objeto de regulación bien por haberlo sido de forma deficiente. Finalmente, resta una tarea quizás más importante: consolidar una interpretación y una aplicación debidamente contextualizadas, que tomen en consideración el marco ético, jurídico y político en el que se insertan las instrucciones previas y la planificación anticipada de la atención, y que las proyecten sobre la práctica y el entorno asistenciales.

Con mayor detalle, he aquí un catálogo de cuestiones problemáticas o pendientes de resolución en el tratamiento jurídico de las instrucciones previas.

1. La concurrencia legislativa estatal y autonómica, y la relación entre las disposiciones jurídicas autonómicas con la normativa estatal, de carácter básico.
2. El significado de las instrucciones previas, ante la pluralidad de denominaciones y de concepciones legislativas, así como la falta de precisión de algunas concepciones (en particular la incorrecta identificación de las instrucciones previas con el documento de instrucciones previas).
3. La falta de precisión de los requisitos subjetivos: ¿puede otorgar un documento de instrucciones previas un menor emancipado?; ¿y un menor maduro?
4. El concepto, las funciones y las facultades del representante designado en el documento de instrucciones previas.
5. El régimen de revocabilidad de las instrucciones previas.
6. La forma de otorgamiento del documento de instrucciones previas, en particular la naturaleza de los requisitos formales y los efectos derivados de su incumplimiento.
7. Los aspectos registrales, entre ellos la naturaleza de la inscripción registral (¿constitutiva o declarativa?; ¿obligatoria o voluntaria?); las relaciones entre el Registro nacional de instrucciones previas, los Registros autonómicos de instrucciones previas y otros Registros relacionados con esta cuestión; la competencia para autorizar la inscripción; los requisitos de acceso al documento de instrucciones previas registrado.

8. La accesibilidad al documento de instrucciones previas: ¿quién *puede* y quién *debe* acceder?; ¿cuándo se puede o se debe acceder?; ¿a qué se puede o se debe acceder?
9. El contenido del documento de instrucciones previas, y su fiabilidad, en atención al limitado alcance de la capacidad de previsión del otorgante, de la verosimilitud de la situación futura y de la precisión al enunciar los supuestos de hecho.
10. Los límites de las instrucciones previas: el momento de su determinación (¿momento del otorgamiento del documento o de la aplicación?); la previsión legislativa de límites (¿tiene sentido incluir expresamente límites para el otorgamiento del documento de instrucciones previas?); el impreciso y variable enunciado (¿*lex artis* o buena práctica clínica?; ¿ética profesional, ética médica?; ¿mejor evidencia científica disponible?).
11. La interpretación y la aplicación de las instrucciones previas: ¿es suficiente aplicar el contenido del documento de instrucciones previas o es necesario interpretarlo? En este caso, ¿quién interpreta o puede interpretarlo?; ¿cuál o cuáles han de ser los criterios de interpretación?; ¿existen límites a la tarea interpretativa?
12. La validez de las instrucciones previas. En particular la prevalencia de la voluntad del otorgante, manifestada en ejercicio de su autonomía, sobre la voluntad de terceros (representante designado en el documento de instrucciones previas; representante legal; profesionales sanitarios; etc.).
13. La eficacia de las instrucciones previas: ¿tiene el otorgante un derecho al respeto *absoluto* de sus instrucciones previas?; ¿cuál es el alcance de los deberes de los profesionales sanitarios al respecto: conocimiento de la existencia del documento; conocimiento del contenido del documento; aplicación de las instrucciones reflejadas en el documento?

V

En el plano jurídico, la validez y la eficacia de las instrucciones previas se sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos (mayoría de edad, capacidad de obrar, actuación libre, constancia escrita, procedimientos específicos de

otorgamiento, inscripción registral, contenido y límites de los documentos de instrucciones previas, condiciones de aplicabilidad,...) regulados de forma diversa. La apuntada pluralidad de respuestas jurídicas ofrecidas en la legislación autonómica y el cúmulo de cuestiones controvertidas dificulta emitir un juicio global, aunque sí permite ofrecer un balance de la situación actual y aventurar un pronóstico.

No es competencia del Derecho resolver todos los problemas del sistema sanitario. Las respuestas jurídicas aportan sólo un punto de vista, que recuerda la importancia de la interdisciplinariedad en la reflexión sobre estos asuntos; además, son únicamente un punto de partida que requiere proyección en la práctica asistencial, en cuanto a su conocimiento, respeto y aplicación. A pesar de ello, el Derecho resulta una contribución indispensable. Permite reconocer los bienes y valores básicos para el buen funcionamiento del sistema sanitario, actúa como instrumento para su organización, y al tiempo garantiza el cumplimiento de ciertas normas básicas de convivencia; asimismo, comienza a definir los derechos y obligaciones de todos (usuarios, profesionales, instituciones, poderes públicos, etc.). Por ello, más allá de sus deficiencias, la legislación española sobre instrucciones previas o voluntades anticipadas debe ser bienvenida. Representa, de una parte, un paso adelante en la consolidación de la autonomía de los usuarios del sistema de salud y del reconocimiento y garantía de sus derechos. Representa, de otra, una relevante ayuda para la toma de decisiones y la actuación de los profesionales sanitarios. Representa, finalmente, un impulso para la calidad, la humanidad y la justicia de nuestro sistema jurídico-sanitario.

VI

Existen numerosos retos pendientes para el Derecho en el marco de la planificación anticipada de la atención y, singularmente, en el régimen jurídico de las instrucciones previas. Algunos retos han de ser encarados por los juristas, y en particular por el legislador, quien ha de completar el desarrollo normativo incorporando nuevos aspectos y ha de mejorar las disposiciones existentes refinando su técnica legislativa. Al margen de la necesaria homogeneización de la regulación —estatal y autonómica—, ha de corregir errores normativos, precisar ambigüedades terminológicas y solucionar la vaguedad de algunos conceptos. Otros retos han de encomendarse a las instituciones y los profesionales sanitarios, quienes han de confiar en el Derecho como instrumento de mejora de las relaciones sani-

tarias, y propiciar su recepción y su adecuada comprensión y utilización.

Con la finalidad de orientar dicho proceso de mejora de la regulación jurídica de las instrucciones previas, concluyo con una serie de propuestas.

1. Perseguir la armonización y coordinación legislativa, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico. En tal sentido es preciso resolver las contradicciones normativas existentes (e.g. requisitos subjetivos para el otorgamiento de las instrucciones previas, en el caso de menores de edad).
2. Eludir las confusiones terminológicas y conceptuales (e.g. instrucciones previas y documento de instrucciones previas; representante -designado en el documento de instrucciones previas- y representante legal), que dificultan la interpretación y la aplicación de estas disposiciones y perjudican a los principales destinatarios de las mismas: los usuarios y los profesionales sanitarios. Además, pueden desembocar en el rechazo o la desconfianza frente a las instrucciones previas como herramienta de la planificación anticipada de la atención e instrumento de mejora de la asistencia y las relaciones sociosanitarias.
3. Precisar la regulación del representante, que es uno de los principales actores en el proceso de planificación anticipada de decisiones y cuidados. En primer lugar, en cuanto al concepto, diferenciando el representante designado en el documento de instrucciones previas del representante legal. En segundo lugar, identificando sus funciones, que pueden sintetizarse en las tres siguientes: interlocutor con los profesionales sanitarios y demás personas implicadas en la relación asistencial, intérprete cualificado de la voluntad del otorgante, y garante del respeto de la voluntad manifestada por el otorgante en el documento. Finalmente, en tercer lugar, en cuanto a sus facultades, no concediéndole la facultad de sustitución de la voluntad del otorgante y precisando el régimen de acceso al Registro de instrucciones previas.
4. Adaptar, con los ajustes necesarios, el régimen de designación del representante legal (tutor) previsto por el Código civil para la autotutela (artículos 223 y 234), que otorga preferencia, en primer lugar, a la persona designada por el propio tutelado. Este supuesto está pensado para futuras incapacitaciones del otorgante, lo que no sucederá en todos los casos de planificación anticipada de la atención, pero podría servir como modelo para una regulación más definida de la figura del representante designado en el documento de instrucciones previas, subrayando su decisiva intervención en el proceso de toma de decisiones. Además de impedir arrogarse la potestad judicial de designación del representante legal, con la consiguiente infracción del ordenamiento jurídico y lesión de la autonomía del otorgante, proporcionaría mayor seguridad jurídica, mayor tranquilidad a los profesionales sanitarios, y mayor claridad interpretativa y facilidad en la aplicación de las instrucciones previas.
5. Introducir en el documento de instrucciones previas una cláusula de ratificación o revisión periódica, que reforzaría la fiabilidad y la actualidad de las voluntades manifestadas, y facilitaría su interpretación y aplicación. En cualquier caso, no incluir esta cláusula o no manifestar la ratificación en el documento de instrucciones previas no debe ser causa de invalidez del documento; se trata, únicamente, de una medida para garantizar o aumentar la eficacia de las instrucciones previas.
6. Subrayar la importancia de la historia de valores, es decir, de la expresión en el documento de instrucciones previas de los valores personales, objetivos vitales, etc. del otorgante, pues son el principal criterio orientador para la interpretación de su voluntad.
7. Subrayar la importancia de incluir en el documento de instrucciones previas la designación de un representante (o representantes), y de que éste haya tomado parte del proceso de planificación de la atención, conozca las instrucciones previas o voluntades anticipadas y esté de acuerdo con el ejercicio de la representación del otorgante.
8. Optar por la convalidación o lo convalidado como límite a la aplicación de las instrucciones previas (e.g. País Vasco o La Rioja), en lugar de emplear el recurso a la *lex artis* (e.g. LBAP), en la medida en que delimita con mayor precisión el alcance del ejercicio de la autonomía del paciente otorgante y de la actuación y las obligaciones de los profesionales sanitarios.

9. Aprovechar algunas aportaciones de la teoría jurídica para la correcta interpretación y aplicación de las instrucciones previas, en concreto, la distinción entre reglas y principios, como tipos de preceptos o normas jurídicas. Esta distinción ilumina algunas cuestiones referidas al contenido de los documentos de instrucciones previas.

Tanto las reglas como los principios tienen carácter normativo, esto es, guían la conducta de forma obligatoria. Deben ser seguidos y cumplidos por sus destinatarios, pero de manera distinta. Las reglas son mandatos disyuntivos y definitivos, que imponen directamente la realización de una determinada acción; son mandatos de *ought to do*, de hacer o no hacer, que se cumplen o no se cumplen. Por su parte, los principios son normas con un carácter más flexible y abierto, que apuntan a la conservación o la obtención de un fin o estado de cosas valioso; son mandatos de *ought to be*, susceptibles de graduación y, por tanto, de diversos modos y grados de cumplimiento.

En este sentido, la manifestación del otorgante de un documento de instrucciones previas sobre la donación de sus órganos o tejidos tras el fallecimiento o la designación de su representante han de ser interpretadas como reglas: o se autoriza o no se autoriza la extracción, o se designa a una determinada persona como representante o no se designa; *tertium non datur*. Por el contrario, aquellas manifestaciones de voluntad sobre los cuidados y el tratamiento de la salud del otorgante de carácter genérico, y aun las de tenor más casuístico, que pueden plantear problemas por la dificultad de establecer su correspondencia con el “supuesto de hecho” previsto en el momento del otorgamiento, parecen acomodarse mejor al modelo de los principios.

10. Promover y reforzar la coordinación entre el Registro nacional de instrucciones previas y los Registros autonómicos de instrucciones previas, entre los diversos Registros autonómicos de instrucciones previas y, finalmente, entre el Registro nacional, los Registros autonómicos de instrucciones previas y otros Registros relacionados con la finalidad de aquéllos.

11. Optar por el carácter voluntario –no obligatorio- y declarativo –no constitutivo- de la inscripción registral de los documentos de instrucciones previas. Simultáneamente, recomendar la inscripción de los documentos en el Registro de instrucciones previas, para redoblar su eficacia y garantizar mejor el cumplimiento de su finalidad.

12. Subrayar la importancia de la historia clínica en el proceso de planificación anticipada de la atención en el que se integran las instrucciones previas. Es preciso anotar todo este proceso de planificación, y en particular todos los episodios relevantes relacionados con la formación anticipada de la voluntad del otorgante; además, las instrucciones previas deben incorporarse a la historia clínica. Estas previsiones referidas a la documentación del proceso de planificación anticipada de decisiones garantizan el respeto de la autonomía y los derechos del paciente, y el cumplimiento del denominado deber de calidad de los profesionales sanitarios; asimismo, facilitan la accesibilidad y el conocimiento de las instrucciones previas del usuario, y contribuyen a la mejora de la calidad de la asistencia.

13. Reducir ciertas formalidades y aspectos burocráticos, y simplificar el otorgamiento de las instrucciones previas. Se trata de hacerse cargo del carácter instrumental del documento de instrucciones previas y de su finalidad en el proceso de planificación anticipada de la atención: consolidar el respeto de la autonomía y los derechos de los usuarios, orientar la labor de los profesionales sanitarios y mejorar la asistencia sanitaria y la calidad del sistema salud.

14. Introducir mayor precisión y respeto de los derechos del otorgante del documento de instrucciones previas.

En cuanto a su autonomía para la toma de decisiones, ha de garantizarse el respeto de las instrucciones previas otorgadas en el documento, la prevalencia del consentimiento informado “actual” del otorgante frente a las instrucciones que consten en el documento, la prevalencia de la voluntad del otorgante frente a las voluntades de terceros, y la negación de la facultad de sustitución del representante designado en el documento de instrucciones previas.

En cuanto a su autonomía o autodeterminación informativa, además del respeto del derecho de la intimidad ha de garantizarse el respeto del derecho a la protección de datos personales, en cuanto a la información, a la confidencialidad y a la calidad en el tratamiento de los datos contenidos en el documento de instrucciones previas. Esto implica establecer garantías adecuadas para el acceso al documento de instrucciones previas, principalmente en relación con las personas legitimadas para dicho acceso, y en general regular prudentemente todos los aspectos registrales.

Bibliografía (española)

- Inés M.^a Barrio, Pablo Simón y Javier Júdez, “De las voluntades anticipadas o instrucciones previas a la planificación anticipada de las decisiones”, *Nure investigación* 5 (2004), 1-9.
- Inés M. Barrio, Pablo Simón y María Jesús Pascau, “El papel de la enfermera en la planificación anticipada de decisiones: más allá de las instrucciones previas o voluntades anticipadas”, *Enfermería clínica* 14/4 (2004), 235-41.
- Marc Antoni Broggi, “El documento de voluntades anticipadas”, *Medicina Clínica* 117 (2001), 114-5.
- Azucena Couceiro, “Las voluntades anticipadas de los enfermos (I) y (II)”, *Jano* 1375 (2001), 98-9, y 1376 (2001).
- Azucena Couceiro, “El enfermo terminal y las decisiones en torno al final de la vida”, en Azucena Couceiro (ed.), *Ética en cuidados paliativos*, Madrid, Triacastela, 2004, 263-304, 275-84.
- Juan Antonio Garrido Sanjuán, *Acortar la muerte sin acortar la vida*, Madrid, PPC, 2006, 81-98.
- Juan Gómez Rubí, “Directivas anticipadas: la última oportunidad para ejercer la autonomía”, *Jano* 1377 (2001), 70-1.
- Diego Gracia, “Ética y toma de decisiones en el final de la vida”, *Eidón. Revista de la Fundación de Ciencias de la Salud* 21 (2006), 24-9.
- Gonzalo Herranz Rodríguez, “Las instrucciones previas”, en Pilar León Sanz (ed.), *La implantación de los derechos del paciente. Comentarios a la Ley 41/2002*, Pamplona, Eunsa, 2004, 229-55.
- Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret. Parc Científic de Barcelona, *Documento sobre las voluntades anticipadas*, Barcelona, junio de 2001.
- Marga Iraburu, *Con voz propia. Decisiones que podemos tomar ante la enfermedad*, Madrid, Alianza, 2005, 141-56.
- Cristina López Sánchez, *Testamento vital y voluntad del paciente (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Madrid, Dykinson, 2003.
- Cristina Martí Montesinos e Ignasi Pidevall Borrell, “Accesos a la historia clínica, con especial referencia a la Disposición Adicional tercera de la Ley 41/2002 y al artículo 11.5 referente al acceso a las instrucciones previas”, en Pedro González Salinas, Emilio Lizarraga Bonelli (coord.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, 101-37, 126-36.
- Koldo Martínez Urionabarrenetxea, “Reflexiones sobre el testamento vital (I) y (II)”, *Atención Primaria* 31 (2003), 52-4.
- Juan Méjica y José Ramón Díez (2006). *El estatuto del paciente a través de la nueva legislación sanitaria*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, 133-61.
- José Luis Requero Ibáñez, “El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español”, *La Ley* 5570 (2002), 1-5.
- David Rodríguez-Arias, *Una muerte razonable. Testamento vital y eutanasia*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2005.
- José Ignacio Rodríguez González, “Desarrollo legislativo del Convenio de Oviedo sobre biomedicina en España: el testamento vital o documento de instrucciones previas”, *Rivista Italiana de Filosofia del Diritto* 81/3 (2004), 427-63.
- Carlos María Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Ceura, 1994, 461-5.
- Carlos María Romeo Casabona, “Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales”, en Salvador Urraca (ed.), *Eutanasia hoy. Un debate abierto*, Madrid, Noesis, 1996, 249-69, 264-9.
- Albert Royes i Qui, “El documento de voluntades anticipadas”, *Jano* 1495 (2003), 38-45.
- Miguel Ángel Sánchez González, “Los testamentos vitales y la planificación anticipada de tratamientos: presupuestos conceptuales y limitaciones prácticas”, en Asociación de Bioética Fundamental y Clínica. *La Bioética en la encrucijada*, Madrid, ABFC, 1997, 135-46.
- 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), Granada, Comares, 2003, 89-111.

Ignacio Sancho Gargallo, “Las instrucciones previas. Límites a la facultad de disposición. Los modelos de documentos de instrucciones previas”, en *El juez civil ante la investigación biomédica*, (Cuadernos de Derecho Judicial X-2004), Xavier Abel Lluch (dir.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, 201-45.

I. Saralegui Reta, J. L. Monzón y M. C. Martín, “Instrucciones previas en medicina intensiva”, *Medicina Intensiva* 28/5 (2004), 256-61.

Pablo Simón e Inés M.^a Barrio, *¿Quién decidirá por mí? Ética de las decisiones clínicas en pacientes incapaces*, Madrid, Triacastela, 2004.

Pablo Simón e Inés M. Barrio, “¿Quién puede decidir por mí? Una revisión de la legislación española vigente sobre

las decisiones de representación y las instrucciones previas”, *Revista de Calidad Asistencial* 19/7 (2004), 460-72.

Juan Carlos Siurana, *Voluntades anticipadas. Una alternativa a la muerte solitaria*, Madrid, Trotta, 2005.

Núria Terribas Sala, “Las voluntades anticipadas y su problemática en la aplicación práctica”, *Cuadernos de Derecho judicial* 5 (2004), 267-96.

M.^a Nélida Tur Faúndez, “El documento de instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico”, *Aranzadi civil* 10 (2004), 15-32.

Gloria Villar Abad, “La regulación de las instrucciones previas en la Ley 41/2002”, en Pedro González Salinas, Emilio Lizarraga Bonelli (coord.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, 321-64.

TABLA 1

El marco jurídico de las instrucciones previas en el Derecho español (disposiciones en vigor publicadas hasta septiembre de 2006)

Ámbito	Norma jurídica	IIPP/VVAA	Registro
ESP	Convenio de 4 de abril de 1997 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)	9	
	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	11	11.5
AND	Ley 2/1998, de salud (modificado por Disposición Adicional única de la Ley 5/2003, de 9 de octubre)	6.1.ñ)	
	Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada	Todos	9; 2, 5, 6, 7, 8
	Decreto 238/2004, de 18 de mayo, regulador del Registro de voluntades vitales anticipadas de Andalucía	Todos	Todos
	Orden 17 de enero de 2005, que regula y suprime los ficheros automatizados que contienen datos de carácter personal gestionados por la Consejería de Salud (deroga la Orden de 31 de mayo de 2004, de creación del fichero automatizado de datos de carácter personal denominado Registro de voluntades vitales anticipadas de Andalucía)		Todos; Anexo I, fichero 11
ARA	Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud	15	15.6

Ámbito	Norma jurídica	IIPP/VVAA	Registro
ARA	Decreto 100/2003, de 6 de mayo, que aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de voluntades anticipadas	Todos	Todos
BAL	Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas	Todos	8; 3.2.b); 3.4
CAN	Orden de 28 de febrero de 2005, por la que se aprueba la Carta de los derechos y de los deberes de los pacientes y usuarios sanitarios y se regula su difusión	Anexo. Derechos. 25	
	Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro	Todos	Todos
CANT	Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria	29.2.b), 34	34.5
	Decreto 139/2004, de 5 de diciembre, que crea y regula el Registro de voluntades previas de Cantabria	Todos	Todos
CLM	Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud	Todos	9; 4.3, 5, 8.3, 10, DF 1 ^a
	Decreto 15/2006, de 21 de febrero, del Registro de voluntades anticipadas de Castilla-La Mancha	Todos	Todos
CyL	Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud	30	30.2 último párrafo
	Orden SBS/1325/2003, de 3 de septiembre, de publicación de las Cartas de derechos y deberes de las Guías de información al usuario	Anexo	
CAT	Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica	8	
	Decreto 175/2002, de 25 de junio, que regula el Registro de voluntades anticipadas	Todos	Todos
	Resolución BEF/3622/2003, de 4 de noviembre, que da publicidad al Acuerdo del Gobierno de 8 de octubre de 2003, que establece la Carta de derechos y deberes de la gente mayor de Cataluña	Anexo 3.3	
EXT	Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud	11.5	
	Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente	15.4.a, 17-22	22; 17.5, 18.2, 20.1.2), 20.1.4)
GAL	Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (modificada por Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo...)	4, párrafo segundo; 5	5.6

Ámbito	Norma jurídica	IIPP/VVAA	Registro
GAL	Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de ordenación sanitaria de Galicia	133.1.n)	
RIO	Ley 2/2002, de 17 de abril, de salud (modificada por la Disposición final primera de la Ley 9/2005, de 30 de septiembre)	6.5	6.5.c) y d)
	Decreto 37/2203, de 15 de julio, de atribución de funciones administrativas en desarrollo de la Ley 3/2003, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja (modificado por Decreto 21/2005, de 4 de marzo)	4.7.11.c)	4.7.11.c)
	Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad	Todos	10; DF 2. ^a
MAD	Ley 3/2005, 23 de mayo, que regula el ejercicio del derecho a formula instrucciones previas en el ámbito sanitario y crea el Registro correspondiente	Todos	12
MUR	Decreto 80/2005, de 8 de julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro	Todos	8-13; 2.2.b), 7; DA 1. ^a , DA 2. ^a
NAV	Ley foral 11/2002, de 6 de mayo, de derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica	9	
	Decreto foral 140/2003, de 16 de junio, que regula el Registro de voluntades anticipadas	Todos	Todos
VAS	Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad	Todos	2.3.a), 3.2.b), 4.2, 6, 7, DF 1. ^a
	Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, que crea y regula el Registro vasco de voluntades anticipadas	Todos	Todos
	Orden de 6 de noviembre de 2003, que crea el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado "Registro vasco de voluntades anticipadas" y añade a los gestionados por el Departamento de Sanidad	Todos	Todos
	Orden de 22 de noviembre de 2004, que establece normas sobre el uso de la firma electrónica en las relaciones por medios electrónicos, informáticos y telemáticos con el Sistema Sanitario de Euskadi	11	11
VAL	Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad valenciana	17; 3.16, 22.1.c)	17.7

Ámbito	Norma jurídica	IIPP/VVAA	Registro
VAL	Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, por el que regula el documento de voluntades anticipadas y crea el Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunidad valenciana	Todos	6-9; 2.2, 3.2, 5.2, DF 1ª
	Orden de 25 de febrero de 2005, de desarrollo del Decreto 168/2004, de 10 de septiembre	Todos	Todos

TABLA 2
El marco jurídico de la autotutela en el Derecho español

Ámbito	Norma jurídica	Autotutela
ESP	Código civil (modificado por Ley 41/2003, de 18 de noviembre)	223, párrafo segundo; 234; 1732
CAT	Código de familia (Ley 9/1998, de 15 de julio)	172; 178, DA
GAL	Ley de Derecho civil de Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio)	42-45

TABLA 3
La regulación jurídica de las instrucciones previa en el Derecho español

ESP	AND	ARA	BAL	CAN	CANT	CLM	CyL	CAT	EXT	GAL	RIO	MAD	MUR	NAV	VAS	VAL
-----	-----	-----	-----	-----	------	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----	-----

Denominación

Instrucciones previas	LB															
Voluntades anticipadas																
Expresión anticipada de voluntades																
Manifestación anticipada de voluntad																
Voluntades previas/ expresadas con carácter previo																
Voluntades vitales anticipadas																
Deseos expresados anteriormente	CO															
Testamento vital																

AND (Andalucía); ARA (Aragón); BAL (Islas Baleares); CAN (Islas Canarias); CANT (Cantabria); CAT (Cataluña); CLM (Castilla-La Mancha); CyL (Castilla y León); ESP (España); EXT (Extremadura); GAL (Galicia); RIO (La Rioja); MAD (Madrid); MUR (Murcia); NAV (Navarra); VAS (País Vasco); VAL (Valencia).

CO (Convenio de Oviedo; Convenio de derechos humanos y biomedicina); LB (Ley básica de autonomía del paciente: Ley 41/2002, de 14 de noviembre).

