



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

LA PERSONA COMO EJE DEL SISTEMA

Editorial 7

PONENCIAS

- Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC).
Rafael Fernández Montalvo 11
- Protección del paciente desde la perspectiva del Defensor del Pueblo.
Manuel Aguilar Belda 31
- Nuevos derechos del paciente desde su condición jurídica como consumidor.
Jorge Tomillo Urbina 43

MESAS DE TRABAJO

- La protección del paciente ante el fenómeno de las listas de espera.
Joaquín Cayón de las Cuevas 57
- La negociación colectiva en el ámbito sanitario público.
F. Javier Sánchez-Pego 75
- La prescripción enfermera.
Feli Lois Cámara 83
- Los derechos del paciente en situación de dependencia: conexiones entre el sistema nacional de salud y el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia. Decálogo de un encuentro.
Lourdes López Cumbre 91
- Planificación de Recursos Humanos: necesidades de médicos especialistas a medio plazo.
M^a Cruz Reguera Andrés 111
- El nuevo contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario.
Ana Sánchez Lamelas 115
- Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro.
Rafael Álvaro Millán Calenti 125
- La objeción de conciencia sanitaria.
Javier Sánchez-Caro 129

Premio Derecho y Salud 2009

- El daño en las acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life.
Leyre Elizari Urtasun 139
- Bases del Premio DERECHO Y SALUD 2010 165
- Normas de publicación. 167
- Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud 169
- Solicitud de asociación. 170



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 19, Extraordinario XVIII Congreso

Edita:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

Editores adjuntos:

JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER (BARCELONA)

JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE (PAMPLONA)

RAFAEL ALVARO MILLÁN CALENTI (SANTIAGO DE COMPOSTELA)

Consejo editorial:

Director:

FRANCISCO VILLAR ROJAS

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (LA LAGUNA)

Secretario:

DAVID LARIOS RISCO

COORDINADOR SERVICIOS JURÍDICOS Y BIOÉTICA
(CASTILLA LA MANCHA)

Vocales:

JAVIER SÁNCHEZ CARO

RESPONSABLE BIOÉTICA Y DERECHO SANITARIO
(COMUNIDAD DE MADRID)

ALBERTO PALOMAR OLMEDA

MAGISTRADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (MADRID)

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

PROFESORA TITULAR DERECHO ADMINISTRATIVO
(CASTILLA LA MANCHA)

ANA M^ª MARCOS DEL CANTO

SECRETARIA GENERAL UNED (MADRID)

JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS

SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO DE SANIDAD
(CANTABRIA)

FEDERICO MONTALVO JÄÄSKELÄINEN

ABOGADO. PROFESOR UNIVERSIDAD (MADRID)

VICENTE LOMAS HERNÁNDEZ

SERVICIO DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA
(CASTILLA LA MANCHA)

JOSÉ MARÍA ANTEQUERA VINAGRE

PROFESOR DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA (MADRID)

MARÍA DOLORES GONZÁLEZ GARCÍA

SERVICIO DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA
(CASTILLA LA MANCHA)

SERGIO GALLEGO Riestra

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO
(ASTURIAS)

JAVIER VÁZQUEZ GARRANZO

LETRADO JEFE IBS (BALEARES)

Consejo asesor:

CARMEN JOSÉ LÓPEZ RODRÍGUEZ (LUGO)

JOSÉ LUIS RUÍZ CIRUELOS (PAMPLONA)

PAULA OLIETE TRILLO (SANTIAGO DE COMPOSTELA)

JOSÉ M^ª BARREIRO DÍAZ (A CORUÑA)

ANA COMESAÑA ÁLVAREZ (VIGO)

JOSÉ M^ª PEREZ LÓPEZ (MADRID)

ROBERTO PÉREZ LÓPEZ (A CORUÑA)

JUAN MENÉNDEZ JEANNOT (OVIEDO)

DAVID SAMPRÓN LÓPEZ (SAN SEBASTIÁN)

NEKANE IRIARTE AMIGOT (PAMPLONA)

LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES (MURCIA)

PRODUCCIÓN: ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

AVENIDA ROMERO DONALDO, 21, 3º A

15706 SANTIAGO DE COMPOSTELA

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93

I.S.S.N. 1133-7400

IMPRESO EN ESPAÑA POR TÓRCULO ARTES GRÁFICAS, SA

POLÍGONO INDUSTRIAL DEL TAMBRE, VÍA EDISON 33-35

15890 SANTIAGO DE COMPOSTELA

<http://www.ajs.es>

e-mail: ds@ajs.es

DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD

http:// www.ajs.es

ISSN: 133-7400

Depósito Legal: B-35337-93

Dirigida a: Personas cuya actividad profesional se desarrolle dentro del ámbito del derecho sanitario y de la salud, o muestren un concreto interés por esta rama del derecho.

Correspondencia y Publicidad:

AJS .Romero Donallo 21-3º A

15706 Santiago de Compostela

Correo Electrónico:

js@ajs.es

presidente@ajs.es

webmaster@ajs.es

secretaria@ajs.es

tesorera@ajs.es

Suscripciones y atención al cliente:

Asociación Juristas de la Salud

Avda. Romero Donallo nº 21 3º A

15706 Santiago de Compostela

(suscripciones: enviando solicitud que figura en la revista, atención al cliente, correo ordinario o e-mail)

Protección de datos: En cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999 de diciembre y de su Reglamento aprobado por Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, se informa que los datos personales recogidos con la finalidad de atender suscripciones e inscripciones son confidenciales y están incluidos en un fichero denominado “suscriptores” y en otro denominado “socios” de titularidad de la Asociación “Juristas de la Salud” con domicilio en Avda. Romero Donallo 21 – 3º A de Santiago de Compostela (15706) con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista y facilitar su distribución. El interesado puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, dirigiendo a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a js@ajs.es indicando “derechos ARCO”.

LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA EXPRESAN SOLAMENTE LA OPINIÓN DE SUS AUTORES. SE PUBLICARAN DOS NÚMEROS ORDINARIOS Y AL MENOS UN NÚMERO EXTRAORDINARIO CON MOTIVO DEL CONGRESO ANUAL “DERECHO Y SALUD”.

© COPYRIGHT 2001. ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. EL CONTENIDO DE LA PRESENTE PUBLICACIÓN NO PUEDE SER REPRODUCIDO NI TRANSMITIDO POR NINGÚN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO O MECÁNICO, INCLUYENDO FOTOCOPIA, GRABACIÓN MAGNÉTICA, NI REGISTRADO POR NINGÚN SISTEMA DE RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN, EN NINGUNA FORMA, NI POR NINGÚN MEDIO, SIN LA PREVIA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DEL TITULAR DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE LA MISMA.



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 19, Extraordinario XVIII Congreso

Editorial 7

PONENCIAS

- Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC).
Rafael Fernández Montalvo 11
- Protección del paciente desde la perspectiva del Defensor del Pueblo.
Manuel Aguilar Belda 31
- Nuevos derechos del paciente desde su condición jurídica como consumidor.
Jorge Tomillo Urbina 43

MESAS DE TRABAJO

- La protección del paciente ante el fenómeno de las listas de espera.
Joaquín Cayón de las Cuevas 57
- La negociación colectiva en el ámbito sanitario público.
F. Javier Sánchez-Pego 75
- La prescripción enfermera.
Feli Lois Cámara 83
- Los derechos del paciente en situación de dependencia: conexiones entre el sistema nacional de salud y el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia. Decálogo de un encuentro.
Lourdes López Cumbre 91
- Planificación de Recursos Humanos: necesidades de médicos especialistas a medio plazo.
M^a Cruz Reguera Andrés 111
- El nuevo contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario.
Ana Sánchez Lamelas 115
- Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro.
Rafael Álvaro Millán Calenti 125
- La objeción de conciencia sanitaria.
Javier Sánchez-Caro 129

Premio Derecho y Salud 2009

- El daño en las acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life.
Leyre Elizari Urtasun 139
- Bases del Premio DERECHO Y SALUD 2010 165
- Normas de publicación. 167
- Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud 169
- Solicitud de asociación. 170

EDITORIAL

Nuevos aires

Derecho y Salud, es una revista, que además de publicar temas de actualidad necesita estar actualizada.

Lo cierto es que desde que la asociación JURISTAS DE LA SALUD (JS) decidió editarla en 1992, se ha caracterizado además de por el rigor científico de los trabajos en ella publicados por mantener siempre una ventana abierta a la actualidad. Nunca se ha olvidado de que los temas relacionados con la Salud exigen una atención permanente del observador.

La producción normativa en todo el Estado, cada vez mayor, y su incidencia en todos los ámbitos de la salud, del personal que está relacionado con la asistencia sanitaria y con la salud pública, así como la necesaria creación de infraestructuras, hacen que la revista, manteniendo su carácter científico, se convierta en un instrumento útil de consulta, información, formación y en un claro referente para investigadores.

El consejo directivo de JS asumiendo que la actualización permanente es una de las claves que mantiene la revista entre las más consultadas del ámbito de la salud, y teniendo en cuenta que en el ámbito de la investigación comienza a ser un referente para la investigación clínica hospitalaria, para la investigación médica universitaria y para las personas cuya actividad profesional se desarrolla dentro del ámbito del derecho sanitario y de la salud, ha decidido, reforzar su carácter científico, remodelando los equipos encargados de la supervisión científica de los trabajos que en ella se publiquen y adaptando las formas, a los requisitos necesarios para que sea evaluada, atendiendo a los criterios exigidos por las entidades evaluadoras atestiguando fehacientemente su calidad.

La revista la edita la asociación JURISTAS DE LA SALUD. La permanencia se garantiza implicando como editores adjuntos a los tres presidentes que hasta la fecha lo fueron de la asociación. Además, para calificar positivamente los documentos a publicar, constituidos principalmente por estudios, comunicaciones, ponencias de congresos, debates y conclusiones de mesas de trabajo, se crea un *Consejo editorial*, independiente, al que pertenecen destacados profesionales de la administración del Estado, de las Comunidades Autónomas, de la Justicia y de la Universidad.

El Consejo de Dirección de JS asume las funciones de Consejo Asesor, con la misión de mantener la línea editorial que *marque* la asamblea general de Juristas de la Salud. La Dirección de la revista se encomienda a Francisco Villar Rojas, catedrático de Derecho Administrativo, que ya venía ejerciendo como director, y la secretaría del Consejo editorial, se encomienda a David Larios Risco, coordinador de los servicios jurídicos y bioética del SESCAM.

Por último, es inevitable la actualización de precios, las razones son de sobra conocidas, pero al menos para este año, el Consejo de Dirección de JS ha decidido incrementar lo menos posible el PVP de la revista, estableciendo en 60 € la suscripción anual, que incluye dos números ordinarios y uno extraordinario (que se corresponde con el Congreso anual Derecho y Salud), Los asociados a JS la seguirán recibiendo, pues en la cuota de socio (80€ anuales) se incluye como contraprestación.

Consejo de Dirección de JURISTAS DE LA SALUD

Ponencias

DIMENSIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA SALUD. SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC)

Rafael Fernández Montalvo
Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO: **I.-** Antecedentes del reconocimiento del derecho fundamental a la protección de la salud **II.-** Naturaleza del derecho a la protección de la salud. **III.-** Contenido negativo del derecho a la protección de la salud: A.- Consideraciones generales; B.- Investigaciones corporales obligatorias; C.- Alimentación forzosa a internos penitenciarios en huelga de hambre; D.- Transfusiones de sangre rechazadas por motivos religiosos; E.- Esterilización de incapaces; f.- Derecho a morir; G.- Enfermedades incurables y beneficios penitenciarios. 2.- La contaminación acústica. 3.- Conexión entre la protección a la salud y el derecho a la integridad física en relaciones laborales. 4.- Contenido positivo del derecho. **VI.-** El reparto de competencias en materia de sanidad. 1.- Consideraciones generales. 2.- Sanidad Exterior 3.- Sanidad Interior: A.- Bases de la sanidad; B.- Coordinación y planificación; C.- Alta Inspección. 4.- Legislación sobre productos farmacéuticos. 5.- Ordenación farmacéutica: A.- Títulos competenciales; B.- Doctrina del TC.

I.- ANTECEDENTES DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

La preocupación pública por la sanidad tiene su primera manifestación en la atención de las organizaciones políticas a la salubridad de las poblaciones y la asistencia a determinados grupos de población.

En los siglos XVIII y XIX, se produce lo que se ha dado en llamar “laicificación” de la asistencia benéfica, el comienzo de campañas contra enfermedades contagiosas apoyadas en modernos

descubrimientos y la reestructuración de la enseñanza y la investigación.¹

El bloque fundamental de la actividad originaria de la Administración sanitaria constituía “la policía sanitaria”, integrada por medidas restrictivas de derechos individuales en cuanto primaba el valor de la salud colectiva sobre la enfermedad individual². La actividad administrativa no tenía otro alcance que la

¹ R. Martín Mateo: Ordenación Pública del sector salud. Rev. Admón. Pública núm. 84. septiembre-diciembre, 1977.

² Derecho Administrativo Especial

defensa de la salud pública a través de actuaciones de coerción o de intervención, singularmente importantes en caso de epidemias.

Posteriormente, sin abandonar las referidas medidas, la intervención administrativa en el ámbito sanitario se ve enriquecida con actuaciones encaminadas a la prevención y a la prestación asistencial en la enfermedad orientada a grupos cada más amplios y distanciados de la antigua asistencia benéfica.

Ahora bien, el reconocimiento constitucional del derecho a la salud, entendido como derecho personal y la correlativa obligación de protección a cargo de los poderes públicos, no tiene remotos antecedentes. En realidad, tal derecho forma parte del conjunto de derechos sociales que integran el Estado del bienestar en Europa.

En España, la Constitución de 1812 se limita a atribuir a los Ayuntamientos el cuidado de hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia (art. 321.6) y a las Diputaciones los establecimientos piadosos y de beneficencia (art. 335.8). Y la Constitución de 1931 reconoce la competencia exclusiva del Estado para legislar y ejecutar lo relativo a la “defensa sanitaria” en cuanto afecte a intereses extraterritoriales; y, al mismo tiempo distribuye la competencia en materia sanitaria entre el Estado y las regiones autónomas, en la medida de su capacidad política, correspondiendo legislar, y las segundas ejecutar, sobre las bases mínimas de la legislación sanitaria interior. Incorpora, además, referencias genéricas a la prestación por el Estado de “asistencia a enfermos, ancianos, madres e infantes” (art 43.6) y al establecimiento de una legislación social reguladora del “seguro de enfermedad”(art.46.2).

Así, pues, con independencia de las proclamações programáticas de la Leyes Fundamentales del Régimen de Franco, ha de acudir a textos internacionales para ver proclamado el derecho a la salud. Además de algunos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en especial los números 102 de 1952 y 130 de 1969, representa un hito de especial importancia la Organización Mundial de la Salud (OMS), constituida el 22 de julio de 1946, ratificada por España mediante instrumentos de 28 de mayo de 1951 y 8 de noviembre de 1959.

En la Exposición de Motivos se define positivamente la salud como “[...] un estado de comple-

to bienestar físico, mental y social y no solamente [como] la ausencia de afecciones o enfermedades”. Añadiendo que “[...]el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr en uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”. Se entiende que “[...] la salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados. Porque [...] la desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo transmisibles, constituye un peligro común”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, reconoce a la persona, con independencia a del derecho a la seguridad social (art. 22), el derecho “[...] a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la y el bienestar [...] la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...]” (art. 25.1).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 19 de Diciembre de 1996, reconoce “[...] el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (art. 12.1). Y añade que “[...] entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes del Pacto, a fin de aseguran la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortinatalidad y la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niño; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medioambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12.2).

En el ámbito europeo, en torno al Consejo de Europa, la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, en el artículo 11 establece que “todas las personas tienen derecho a beneficiarse de todas las medidas que permitan disfrutar del mejor estado de salud que puedan obtener. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye, en el capítulo dedicado a la “solidaridad” un precepto sobre “seguridad social y ayuda social” (art. 34) y otro dedicado a la “protección de la salud” (art.35). Este último, reconoce a toda persona “[...] derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la

atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”.

II.- NATURALEZA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA SALUD

El capítulo III, Título I CE, dedicado a los principios rectores de la política social y económica, incluye el artículo 43 con el siguiente contenido:

1.- Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2.- Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y los deberes de todos al respecto.

3.- Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

El referido precepto se relaciona con otros preceptos constitucionales, relativos al derecho a la vida, a la protección social y la calidad de vida (arts. 15, 40.2, 45.1, 46, 47, 49, 50 y 51). Y, en fin los preceptos distributivos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CC.AA). Según ellos, corresponde al Estado la competencia en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad, legislación sobre productos farmacéuticos, la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las CC.AA. (atrs. 148.1 20 y 21 y 149.1.16^a, 17^a y 23 CE).

El segundo conlleva reserva de ley y respeto por el legislador de su contenido esencial. Es un grupo constituido por los derechos reconocidos en los artículos 31 a 38.

Y, en fin, el tercero constituido por los llamados principios rectores de la política social y económica, reconocidos en los artículos 39 a 52, entre los que, por tanto, se encuentra el derecho a la protección de la salud (art. 43) y la mayor parte de los relacionados con él, salvo el derecho a la vida reconocido en el artículo 15.

Para este tercer nivel, el artículo 53.3 CE establece:”el reconocimiento, el respeto y la protec-

ción de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”; y “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan la leyes que los desarrollen”.

El TC, en la sentencia 31/1991, de 29 de enero, considera que “en general (art. 53.3 CE) los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables”. Y en posteriores sentencias precisa que no tienen carácter de derecho fundamental (SSTC 14/1992, de 10 de febrero, y 199/1996, de 3 de diciembre).

Ahora bien, conforme al propio artículo 53.3, los principios rectores de que se trata tienen como principal destinatario al legislador y, por ende, aplicados por TC en los recursos de inconstitucionalidad y en los conflictos de competencias.

Pero, además, dichos principios no pueden ser ignorados por los demás poderes públicos, ya que constituyen guía y orientación de su actuación en el ejercicio de las correspondientes funciones. Así, para el Poder Judicial tienen un indudable valor hermenéutico.

El TC, en sus primeras sentencias reconoce el indudable valor jurídico de los principios rectores. Los preceptos constitucionales que les reconocen no son normas sin contenido sino que han de ser tenido en cuenta en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes (STC 19/1992).

En todo caso, el artículo 43 CE, en cuanto reconoce el derecho a la protección de la salud, no se limita a establecer un compromiso político, sino que impone un deber concreto de adoptar cierta legislación. Dicho en otros términos, no reconoce directamente un derecho subjetivo, pero impone la necesaria configuración de dicho derecho en el ámbito material de la salud, a través del correspondiente desarrollo legislativo.

No hay una garantía constitucional directa, ni siquiera limitada a su contenido esencial, ni tampoco está bajo la protección directa del TC, pero el reconocimiento del derecho en el artículo 43 de la Constitución tiene una indudable transcendencia.

El esbozo constitucional del derecho debe ser completado por el legislador y convertir el deber genérico de los poderes públicos que comporta su simple enunciado en una obligación concreta jurídicamente exigible. El legislador tiene, pues, obligación de desarrollar el enunciado constitucional; es decir, de aportar el complemento indispensable que dicho enunciado reclama. No puede ser alegado ante los Tribunales desde la Constitución porque está incompletamente definido en ésta, pero deben poder serlo desde la Ley, lo que presupone que ésta debe regularlos de modo que quede completo, con todos los elementos y atributos de un derecho subjetivo perfecto e inmediatamente exigible.

Por consiguiente, la Ley no puede limitarse a autorizar a la Administración a llevar a cabo determinadas actuaciones en materia sanitaria sin más precisiones, sino que ha de precisar, con las concreciones debidas, cuales son las concretas prestaciones que los ciudadanos están en condiciones de exigir y en qué términos pueden ser exigidas.

En síntesis, la dimensión de la naturaleza jurídica del derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 CE se perfila a través de unas consecuencias que pueden sintetizarse en los siguientes términos a que se refiere M. JIMÉNEZ DE PARGA:

a) Requiere una determinada política legislativa y eleva la protección de la salud a la categoría de fin del Estado en cumplimiento de la propia Constitución.

b) Posibilita la atribución y distribución de competencias normativas y de ejecución entre poder central y otros poderes territoriales del Estado.

c) Posibilita el control constitucional de las leyes, tanto desde el TC como desde los Tribunales ordinarios a través de la cuestión de ilegalidad.

d) Tiene carácter informador del ordenamiento jurídico

e) Legitima el establecimiento de ingresos públicos para el sostenimiento de los servicios necesarios para atender a la salud.

III.- CONTENIDO DEL DERECHO A LA SALUD.

El artículo 43 CE; en los términos señalados, es norma de vinculación directa, aunque corres-

ponde a la Ley da efectividad al derecho y a la Administración pública ejecutar las correspondientes previsiones legales.

La Constitución no prejuzga los límites del contenido del derecho y esa concreción se hará depender de las prioridades sociales y condicionamientos económicos, sin que pueda, no obstante desconocerse el derecho, en el que la doctrina, en general, ha distinguido un doble contenido: derecho a la integridad e intangibilidad de la propia salud y derecho al establecimiento y prestación de un servicio público de protección a la salud³.

Así se distinguen los siguientes aspectos:

1.- El derecho a la salud tiene un aspecto negativo que se traduce en un límite frente a determinadas injerencias del poder público referidas no solo a la salud, sino también a la vida, a la integridad física y moral y a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes. En este aspecto, el derecho a la salud se configura como un derecho de la personalidad, que desarrolla un papel complementario respecto a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral y a no sufrir tortura ni tratos inhumanos o degradantes reconocidos en el artículo 15 CE.

2.- En su aspecto positivo, relacionado con el Estado social o del bienestar (art. 11 CE), se traduce, en los términos que precisa la Ley, en un derecho a exigir de los poderes públicos actuaciones y prestaciones en una doble dirección.

A.- En primer lugar, actuaciones que se encuadran dentro del concepto amplio de la llamada policía sanitaria, que comprende todas las medidas de intervención administrativa tendentes a controlar y asegurar la protección de la salud en situaciones de riesgo y a preservar y mejorar el ambiente sanitario general. En este ámbito se incluyen, entre otras actividades, las medidas de salud laboral, sanidad exterior, control alimentario y de los productos farmacéuticos, seguridad industrial, medio ambiente, ordenación de determinados aspectos urbanísticos y de vivienda y establecimiento de medidas y requisitos relativos a la higiene en múltiples actividades, entre otras, las referidas al comercio.

³ A. NAVARRO NUMERA. El servicio sanitario. Régimen Jurídico de los servicios públicos. Cuadernos de Derecho judicial. Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1997.

Se trata de un ámbito caracterizado por la diversidad y multiplicidad de competencias concurrentes de las distintas Administraciones públicas, según resulta de los artículos 148 y 149, los diversos Estatutos de Autonomía y la legislación de régimen local.

Incluso, la doctrina del Tribunal Constitucional, al Tratar de la conflictividad competencial entre el Estado y CC.AA. en materia sanitaria, ha utilizado, en ocasiones el título competencial derivado de la “regulación de las condiciones que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la salud, art. 1.1ª CE (SSTC 32/1983, de 28 de abril, 87/1985, de 16 de julio, y 111/1986 de 30 de septiembre).

En el ámbito local, la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local atribuye competencial a los Ayuntamientos, en materia de protección a la salubridad pública, atención primaria a la salud, servicios sociales, limpieza viaria, tratamiento de residuos etc [art. 25.2, apartados h), i) k) y l)]. Y tal atribución se efectúa en términos obligatorios, de manera que cabe exigir el ejercicio de tales competencias, incluso, judicialmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa frente a la inactividad de la Administración (art. 25.2 de la Ley de la Jurisdicción, LJCA).

B.- En segundo término, el derecho a la asistencia sanitaria que comprende las prestaciones médicas o sanitarias encaminadas a la preservación o al restablecimiento de la salud.

Es en el ámbito de la legislación ordinaria donde se perfila, en este aspecto, el contenido del derecho a la protección de la salud. La ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el artículo 6, incluye en el concepto medidas de promoción, prevención, curación, asistencia y rehabilitación. Y el artículo 10 establece un elenco de derechos instrumentales, entre los que cabe destacar el propio consentimiento escrito para el tratamiento médico, salvo determinados supuestos (riesgo para la salud pública ; falta de capacidad, en cuyo caso corresponde a familiares o persona allegada; y urgencia).

El TC ha señalado que el artículo 43 CE no impone una determinada forma de prestación. Las Administraciones públicas pueden utilizar un sistema directo, a través de establecimientos públicos propios, indirecto, en virtud de conciertos, median-

te un sistema de seguro o a través de cualquier otro que dé cumplimiento a la obligación que resulta del mencionado precepto constitucional.

En relación a si los servicios sanitarios tienen que organizarse dentro de la Seguridad Social, la STC 206/1997, de 27 de noviembre, dijo: “La constitución, y más cuando se trata de una materia como la Seguridad Social, no pretende imponer un único modelo. Consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social[...] Con respecto a las líneas estructurales básicas de la institución, la libertad de configuración del legislador es notoria y ello ya ha sido suficientemente reiterado por la jurisprudencia del Tribunal (SSTC 103/1983, 65/1987 y 134/1987)”.

IV.- TITULARIDAD DEL DERECHO.

El derecho a la protección de la salud tiene una dimensión individual y colectiva que se debe garantizar con vocación de universalidad en la asistencia.

Su titularidad corresponde a cualquier ciudadano (art. 1.2 LGS), aunque la delimitación subjetiva del derecho haga necesario la toma en consideración de la posible influencia de la condición de extranjero.

Desde un punto de vista general, el artículo 13 CE aborda la titularidad de los derechos de los extranjeros.

Y, conforme a la doctrina del TC, pueden distinguirse: derechos cuya titularidad no se reconoce a los extranjeros (entre otros, los reconocidos en el art. 23 C, con el alcance establecido en el artículo 13.2 CE); aquellos derechos cuya titularidad se predica tanto de españoles como de extranjeros pero cuyo contenido y extensión puede, dentro de ciertos límites, modularse respecto a los derechos que se reconoce a los nacionales (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, y 99/1985, de 30 de septiembre).

Por consiguiente, desde un plano estrictamente constitucional pueden distinguirse los siguientes aspectos relacionados con el propio contenido del derecho:

a) El derecho, en un límite frente a determinadas injerencias del poder público, es una emanación de la personalidad que no tolera la distinción entre nacionales y extranjeros, sino que corresponde a toda persona.

b) La policía sanitaria, en cuanto tiende a preservar la salud de la generalidad de las personas, se desarrolla también a favor de todas ellas. Y así los extranjeros se encuentran en idéntica situación jurídica que los nacionales para exigir los poderes públicos la realización de la actividad de control normativamente establecida y, su caso, exigir de los poderes públicos la realización de la actividad de control normativamente establecida y, en su caso, exigir la responsabilidad que del incumplimiento de tales deberes pueda derivarse.

c) La prestación de servicios sanitarios y sociales es la que permite establecer, en la legislación ordinaria, diferencias, dentro de ciertos límites, entre nacionales y extranjeros. El legislador ordinario puede otorgar a los extranjeros el derecho a la obtención de prestaciones sanitarias con mayor o menor extensión. Tomando en consideración el tipo de prestación cabe distinguir aquellas vinculadas a la propia dignidad humana y que, por tanto, habrán de reconocerse a la generalidad de las personas con independencia de su nacionalidad y situación administrativa, y aquellas otras que cabe condicionar a la concurrencia de ciertos requisitos adicionales, de nacionalidad y/o residencia.

Ahora bien, esta determinación adquiere una dimensión legislativa, más allá de las exigencias constitucionales derivadas del artículo 43 CE, que se concreta, especialmente, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en la normativa sobre los derechos de extranjeros⁴

⁴ El legislador, sin embargo, ha optado por un reconocimiento amplio de la titularidad: la LGS, artículo 1, en sus apartados 2, equipara los derechos de asistencia sanitaria de los extranjeros residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado el derecho en la forma que las leyes y los convenios internacionales establezcan; y el artículo 3 LCCSNS, como se ha señalado, se remite al artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley Orgánica modificada por la LO 8/2000 y LO 14/2003, de 20 de noviembre).

Conforme a las previsiones de dicha Ley Orgánica (art. 12): 1º se equipara la asistencia sanitaria de los españoles y de los extranjeros siempre que se encuentren inscritos en el padrón municipal; 2º) los menores de dieciocho años tienen la

V.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

1.- Contenido negativo del derecho a la protección de la salud.

A.- Consideraciones generales.

El sector de policía sanitaria se caracteriza por su diversidad y la pluralidad de Administraciones Públicas que tienen atribuidas competencias, normativas o de ejecución, conforme a los artículos 148 y 149 CE y las diversas leyes. En este sentido la sanidad no sólo concierne al Estado y las Comunidades Autónomas, sino también a las Administraciones locales. El artículo 25.2., apartados h), i), k) y l), atribuye a los Ayuntamientos competencia en materia de protección a la salubridad pública, atención primaria a la salud, servicios sociales, limpieza viaria, tratamiento de residuos y aguas residuales, etc.

En todo caso, al margen de las hipótesis excepcionales constitucionalmente reconocidas, las Administraciones, en el ejercicio forzoso de órdenes u actos administrativos de contenido sanitario, a través de la coacción directa o de la compulsión sobre las personas, debe observar los principios de congruencia y proporcionalidad consagrados por la legislación y la jurisprudencia. De tal modo que la elección legítima es aquella en la que los medios de intervención aplicados resultan útiles y necesarios para el fin sanitario perseguido, escogiendo entre los varios que la ley habilita los que resulten menos restrictivos de la libertad individual.

Por otra parte, como se ha señalado, el derecho a la protección de la salud supone también un límite frente a determinadas injerencias de los poderes públicos, que se relaciona con otros derechos fundamentales, especialmente los derechos a la vida e integridad (art. 15 CE).

equiparación con los nacionales de manera incondicionada y directa por el solo hecho de encontrarse en territorio español; 3º) se reconoce el derecho de asistencia a las extranjeras embarazadas que se encuentren en España durante el embarazo, parto y posparto con independencia de su situación administrativa; y 4º) se reconoce al resto de los extranjeros que se encuentren en España el derecho de la asistencia pública de urgencia en caso de enfermedades graves o accidentes cualquiera que sea su causa y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

A la relación entre dichos derechos se ha referido el TC en SSTC 120/1990, 57/1994, 35/1996, 91/2000 y 5/2002, entre otras. Conforme a la doctrina establecida en tales sentencias: "el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo da a los titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial o, en su caso, de este Tribunal, frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su propia vida, siempre, naturalmente, debemos añadir ahora, que tal amenaza revista una determinada intensidad. De manera análoga, hemos señalado (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ. 3) que el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del art. 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (STC 119/2001, de 14 de mayo, FJ 6) [...]".

En el caso de extranjeros empadronados debe entenderse que la equiparación a los españoles supone el requisito de que o bien se sea beneficiario de la asistencia sanitaria de la seguridad social o acreditarse que carecen de recursos económicos, conforme exige el artículo 1 del RD 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos.

Del referido pronunciamiento pueden extraerse dos conclusiones:

a) Cabe sostener que si bien no toda lesión del derecho a la protección a la salud supone la lesión del derecho a la vida y a la integridad física y moral, sí puede afirmarse que las lesiones de estos derechos fundamentales suponen el grado máximo de la lesión del derecho a la salud que permiten al ciudadano oponerse con éxito a los actos de los poderes públicos que la lesionen o pongan en riesgo.

b) Es doctrina constitucional consolidada (STC 202/2002, de 28 de octubre) que la demanda constitucional exige "la existencia de una lesión efectiva, real y concreta a un derecho fundamental y no un hipotético daño potencial o previsiblemente futuro, ni la imputación abstracta y no materializada de la vulneración de un derecho constitucional". Y, sin embargo, en relación con la protección de los derechos a la vida y a la integridad física el TC

adelanta la protección al momento en que son puestos en grave riesgo, sin requerir una lesión efectiva y actual de los mismos.

B.- Investigaciones corporales obligatorias.

En STC 207/1996, de 16 de diciembre, se delimita el derecho a la integridad física, señalando que lo que protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, a no sufrir lesión o menoscabo en el cuerpo o en su apariencia externa sin el propio consentimiento. El hecho de que la intervención pueda suponer un malestar (sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, más no es una condición sine qua non para entender que exista una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física⁵.

En la doctrina constitucional se distinguen:

a) Inspecciones y registros corporales, que consisten en cualquier clase de reconocimiento en el cuerpo humano- para la determinación del imputado (exámenes dactiloscópicos o antropomórficos), para la constatación de circunstancias relativas a la comisión del delito (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos) o para el descubrimiento del objeto de delito- que, en principio, no afectan al derecho a la integridad física, aunque sí pueden afectar al derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) o a la privacidad.

b) Intervenciones corporales con objeto de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión de un delito o a la participación en él del imputado, que sí pueden afectar al derecho a la integridad física (art. 15 CE) e, incluso a la salud cuando revisten cierta gravedad.

La doctrina del TC considera como requisitos necesarios para que estén constitucionalmente justificadas los siguientes:

1º) Que se persiga una finalidad constitucionalmente legítima.

⁵ En el proceso constitucional resuelto por la sentencia se contemplaba una resolución judicial adoptada en el curso de una instrucción sumarial por la que se acordaba requerir al imputado para que permitiera el corte del cabello de diferentes partes, con el apercibimiento de que la negativa podría suponer la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial

2°) Que su adopción se encuentre amparada en una norma de rango legal (principio de legalidad).

3°) Que sea acordada judicialmente, aunque la ley puede habilitar a otros sujetos por razones de urgencia o necesidad.

4°) Que sea motivada la resolución que adopte o acuerde la medida.

5°) Que la medida resulte proporcionada de manera que el sacrificio que aquella comporte sea idóneo y necesario a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden. Y, en todo caso, no implique un sacrificio desmedido.

Ahora bien, "en ningún caso puede acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para la salud".

"La ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal médico especializado en los supuestos de intervenciones graves que lo requieran por sus características". Por último, "la práctica de la intervención ha de llevarse a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante" (arts. 10.1 y 15 CE).

Puede concluirse que mientras el derecho fundamental a la integridad física admite las intervenciones corporales obligatorias si se sujeta a las referidas condiciones, el derecho a no sufrir menoscabo en la propia salud se erige, incluso frente al legislador, en un límite para la regulación abstracta de las medidas de que se trata.

C.- Alimentación forzosa a internos penitenciarios en huelga de hambre.

El supuesto contemplado (SSTC 137/1990, de 19 de julio, y 120/1993, de 27 de junio) es el de resoluciones judiciales que ordenan la alimentación forzosa, por vía parental, a internos en centros penitenciarios en huelga de hambre, cuando, de acuerdo con los conocimientos médicos, dicha alimentación es necesaria para impedir el riesgo de muerte.

El TC ha señalado:

a) El derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho a la propia muerte. La vida es un bien de la persona que se integra el círculo de su libertad, pudiendo aquella disponer sobre su propia muerte, como manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la propia vida o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe, pero ello no constituye un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir. Y mucho menos es un derecho fundamental oponible frente al legislador.

Por consiguiente, no es posible admitir que la CE garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte.

b) Existe una relación de sujeción especial entre interno en un centro penitenciario y la Administración que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas.

D.- Transfusiones de sangre rechazadas por motivos religiosos.

a) En el ATC 369/1984, de 20 de junio, se declara la inadmisión de un recurso de amparo interpuesto contra la inadmisión de una querrela interpuesta contra un Juez de Instrucción que había autorizado la realización de una transfusión sanguínea a una paciente que la había rechazado por motivos religiosos (testigos de Jehová). El TC, ratificando el criterio del Tribunal Supremo (TS, en adelante), declara el valor preponderante de la salud frente a la libertad religiosa, expresamente proclamado en el artículo 3 de la Lo 7/1980, de 5 de julio de libertad religiosa, que constituye causa de justificación de la conducta del Juez querrelado, que no puede constituir, por tanto infracción penal de coacciones.

Se reconoce el valor preferente de la salud de las personas frente a la libertad religiosa, que operaba excluyendo la tipicidad de la conducta.

b) En la STS 154/2002, de 18 de julio, el TC se pronuncia respecto de una resolución judicial, recurrida en amparo, que había condenado por un delito de homicidio, atribuido a título de comisión por omisión, a unos padres de un menor fallecido al que habían negado la transfusión de sangre que precisaba por razones religiosas. El TC afirma que el rechazo por un menor de edad del tratamiento médico consistente en una transfusión de sangre supone la oposición a un acto de injerencia sobre su propio cuerpo que integra el ejercicio de un derecho de autodeterminación y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la propia vida. (art. 15 CE).

E.- Esterilización de incapaces

La STC 2157/1994, de 14 de julio, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juez de Primera Instancia en relación con el artículo 428 del Código Penal entonces vigente, que permitía la esterilización de incapaces que adolecieran de grave deficiencia psíquica cuando aquella hubiera sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, del Ministerio Fiscal y previa exploración del menor.

El TC rechaza la inconstitucionalidad porque se trata de una esterilización concebida exclusivamente en beneficio de los propios incapaces que en razón de padecer una grave enfermedad psíquica no pueden prestar el consentimiento que exigía el precepto a quienes tenían plena capacidad de obrar.

F.- Derecho a morir.

El TC no se ha pronunciado suficientemente sobre esta cuestión. Es cierto que las SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, niegan la existencia de un derecho a morir, pero se trata de afirmaciones que no se han realizado con ocasión de una pretensión directa.

La única vez que se planteó la cuestión no llegó a resolverse por el TC debido al fallecimiento del demandante de amparo y estimarse que la

heredera de éste no podía sucederle en su posición procesal.

El asunto es sobradamente conocido. El demandante (Sr. Sanpedro) había quedado tetrapléjico como consecuencia de un accidente e inició un expediente de jurisdicción voluntaria en solicitud de que un médico de cabecera quedase autorizado para suministrarle los medicamentos necesarios para evitar el dolor, la angustia y la ansiedad que el estado en que vivía le producía, sin que ello pudiera ser considerado, desde el punto de vista penal, como ayuda al suicidio, ya que el demandante asumió plenamente el riesgo de que tal medicación podía suponer, llegado el caso, morir dignamente. Después de ser desestimada su pretensión por el Juez de Primera Instancia y, en apelación, por la Audiencia Provincial, acudió al TC, falleciendo antes de que éste pronunciara sentencia.

El TC entendió que se trataba de una acción de carácter personalismo, en cuyo ejercicio no cabía la continuidad o sucesión procesal instada con el título de heredero mortis causa del demandante originario.

Tal decisión fue confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en resolución de 26 de octubre de 2000, inadmitió el recurso ante él formulado.

No obstante, en la sociedad española hace ya años que se ha suscitado el debate sobre el derecho a morir dignamente y sobre la autonomía de los pacientes para poder decidir, en situaciones límite, sobre el destino de su propia vida y sobre los tratamientos de soporte vital que les deben ser o no aplicados.

Como se ha adelantado, diversas Comunidades Autónomas (Andalucía, Navarra etc.) se han ocupado en su legislación de dicha cuestión a través de la declaración de voluntad vital anticipada. De acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos del Hombre y Biomedicina de 1997, dicha declaración se ha definido como un instrumento amplio en el que podrán contener tanto instrucciones expresas que el paciente determine para una situación en el que el paciente esté privado de la capacidad de decidir (lo que se ha dado en llamar testamento vital), como otras posibilidades, como son sus opciones personales ante determinadas situaciones vitales (comúnmente llamada historia de valores), la designa-

ción de otras personas que representen su voluntad y también su decisión expresa respecto a elementos tales como donación de sus órganos.

G.- Enfermedades incurables y beneficios penitenciarios.

a) En STC 48/1996, de 25 de marzo, se resuelve el amparo formulado contra resolución de Audiencia Provincial que había denegado la libertad condicional de un interno que padecía una grave dolencia cardíaca y otra que afectaba a su deambulación. El TC declara: "La Administración penitenciaria no solo ha de cumplir el mandato constitucional con una mera inhibición negativa, sino que le es exigible una función activa para el cuidado de la vida, la integridad corporal y, en suma, la salud de los hombre y mujeres separados de la sociedad por medio de la privación de la libertad. Consecuentemente, otorga el amparo solicitado, considerando que la Audiencia al denegar la libertad al considerar que la estancia en prisión no constituye un peligro seguro para la vida del interno, realiza una lectura restrictiva del precepto reglamentario.

El demandante dedujo después demanda de declaración de error judicial que fue desestimado por la Sala Segunda del TS, por lo que volvió a recurrir ante el TC. Este, sin embargo, dictó auto 49/2000, de 16 de febrero, inadmitiendo el recurso de amparo.

b) La STC 25/2000, de 31 de enero, otorga el amparo en un supuesto semejante apreciando falta de motivación en la resolución judicial, dado que la ausencia de fundamentación acerca de la existencia del que constituye el presupuesto de la concesión o denegación de la suspensión de la ejecución de la pena es suficiente a estos efectos.

c) La STC 5/2002, de 14 de enero, deniega el amparo en un supuesto en que el interno está afectado por SIDA, respetando la adecuada ponderación de las circunstancias realizada por el órgano judicial que le lleva a no subsumir aquellas en el presupuesto de la norma.

2.- La contaminación acústica.

El TC se ha referido a la protección de los derechos fundamentales frente a la perturbación del medio ambiente como consecuencia de la contaminación acústica.

a) En STC 119/2001, de 24 de mayo (en el recurso interpuesto por Moreno Gómez), declara que el ruido puede llegar a representar un factor patógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos, y recuerda, de una parte, el valor que por virtud del artículo 10.2 CE ha de reconocerse a la doctrina del TEDH en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales (STC 35/1995, de 6 de febrero), y, de otra, el criterio de este Tribunal manifestado en las citadas sentencias de 9 de diciembre de 1994 y 19 de febrero de 1998, según el cual, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños medioambientales aun cuando no se ponga en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8 de la Convención de Roma. Si bien ello no puede suponer una traslación mimética de la doctrina del TEDH que ignore las diferencias normativas existentes entre la CE y la Convención Europea de Derechos Humanos ni la necesidad de acotar el ámbito del recurso de amparo a sus estrictos términos, en garantía de la operatividad y eficacia de los derechos fundamentales.

Partiendo de tales premisas, aunque el TC deniega el amparo solicitado porque no se considera que se haya acreditado que nos encontremos ante la existencia de una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales aducidos imputable al Ayuntamiento (en este caso de Valencia), formula la siguiente doctrina:

1º) Cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en peligro la salud de las personas, esta situación puede implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el burla partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado por el artículo 15 CE.

2º) La exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la

intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario (art. 18. 1 y 2 CE) en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.

Por consiguiente, el TC, aunque su pronunciamiento en el caso concreto fuera desestimatorio, admite que el ruido ambiental (procedente, en el supuesto contemplado, de una zona de bares) puede ocasionar la vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física, a la intimidad personal y familiar y al domicilio y que tal omisión puede vincularse, a su vez, a la conducta omisiva de la Administración municipal.

Con ocasión del asunto examinado se dictaría, sin embargo, por el TEDH la sentencia de 16 de noviembre de 2004, en la que, por el contrario se reconoce la vulneración del derecho fundamental.

b) Con posterioridad a la sentencia del TEDH (caso Moreno Gómez), el TC estimó el recurso de súplica interpuesto por el Fiscal frente a la inadmisión cuyos hechos eran iguales (zona acústicamente saturada de Valencia).

c) En relación con el control de los ruidos por las Ordenanzas municipales, el TC ha dictado dos sentencias contradictorias. En la STC 14/2004, de 23 de febrero se deniega el amparo formulado por el recurrente sancionado por el Ayuntamiento de Gijón que le había impuesto una multa, rechazando que se hubiera vulnerado el principio de legalidad en materia de sanciones administrativas. Y, por el contrario, en STC 25/2004, el TC otorga el amparo a un sancionado por el Ayuntamiento de Santander entendiendo que faltaba la cobertura legal para la imposición de la sanción.

3.- Conexión entre la protección a la salud y el derecho a la integridad física en relaciones laborales.

De las SSTC 62/2007, de 27 de marzo, y 160/2007, de 2 de junio, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a.- No todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física, tal sólo el que genere

un peligro grave y cierto para aquélla. Esto es, el derecho fundamental del artículo 15 no protege frente a cualquier riesgo daño o riesgo potencial o hipotético para la salud, sino sólo frente a decisiones (en los casos contemplados empresariales) que tengan lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta o potencial pero justificado *ad causam*, de la causación de un perjuicio grave para la salud. En definitiva, es suficiente con demostrar un riesgo cierto o un riesgo previsible y grave.

b.- El derecho a la integridad física puede resultar comprometido no sólo por acciones sino también por omisiones.

c.- Se introduce lo que puede considerarse como daño a la salud por anticipación. Esto es, el TC no descarta la lesión del derecho por la mera existencia de unas condiciones previas que puedan repercutir en la salud.

4.- Contenido positivo del derecho.

El contenido del mandato contenido en el artículo 43.2 CE implica la obligación del poder público de organizar y prestar un servicio sanitario para la atención de la salud de los ciudadanos; es decir el establecimiento y prestación de un servicio sanitario encaminado a satisfacer el derecho constitucional a la protección a la salud. Pero su concreción corresponde a la Ley.

En un plano teórico pueden distinguirse dos aspectos: el establecimiento de una organización sanitaria y la determinación de prestaciones sanitarias a favor de los ciudadanos a cargo del servicio público de la salud.

En la estructuración de la organización sanitaria los poderes públicos gozan de una amplia discrecionalidad.

El Tribunal Supremo en sentencia de 1 de octubre de 1984, señala que "la naturaleza de la acción sanitaria debe concebirse como un servicio público, máxime después de la declaración constitucional" del artículo 43.2 CE. Y tanto la Ley General de Sanidad como la Ley 16/2003, de 28 de mayo de 2003, Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS, en adelante), se refieren a los servicios del Sistema Nacional de Salud.

Ahora bien, la consideración de la prestación sanitaria como servicio público o como sistema

nacional no implica en ningún caso la asunción de la titularidad de dicha actividad, sino la obligación del Estado de crear un sistema sanitario suficiente. Por ello la declaración de la sanidad como servicio público - servicio público compartido en el que la publicatio no comporta la exclusión de la iniciativa privada- supone fundamentalmente el reconocimiento de un derecho individual a obtener de los poderes públicos una acción protectora frente a una necesidad de carácter sanitario⁶.

El servicio sanitario debe tener un nivel mínimo que asegure la suficiencia y necesidad prestacional. Necesidad y suficiencia que tienen necesariamente un nivel evolutivo en función de la demanda social de cada tiempo y de las posibilidades económicas, respetando, en todo caso, el valor de la dignidad humana. Y las garantías jurídicas del usuario para el otorgamiento de las prestaciones sanitarias, configuran éstas como un verdadero derecho subjetivo que implica la plena exigibilidad.

El TC ha dedicado una especial atención al servicio farmacéutico. Así la STC 109/2003, de 5 de junio, dictada en los recursos de inconstitucionalidad núms.. 3540/1996, 1492/1997 y 3316/1997, interpuestos contra diferentes leyes autonómicas (Ley de la Comunidad de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica, de Castilla La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico, y Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios farmacéuticos), la STC 98/2004, de 25 de mayo, recaída en recurso de inconstitucionalidad núm. 1297/1997 interpuesto contra el artículo 51 y la Disposición Adicional Vigésimo Quinta de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de dicha Comunidad para 1997, y la STC 312/2006, de 8 de noviembre, que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms.. 2861/2000 y

⁶ La doctrina ha debatido si los servicios deben organizarse dentro de la Seguridad Social, como una prestación más de la misma, o, por el contrario, debe establecerse al margen del régimen de la Seguridad Social.

La CE, sin embargo, parece que se mantiene abierta a cualquier organización posible siempre que ofrezca una protección razonable y coherente a los ciudadanos. Si bien el cumplimiento del mandato constitucional, en congruencia con los principios sustantivos presentes en el contenido del derecho a la protección de la salud, exige el esquema de un verdadero sistema. Esto es, una organización sanitaria basada en las pautas de la unidad, armonía, coherencia y coordinación.

4573/2000, planteadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura respecto de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica.

En estas sentencias el TC alude a las siguientes cuestiones de interés general:

a) Se refiere al Sistema Nacional de la Salud, definiendo su objeto y finalidad en términos de garantía de la protección de la salud de los ciudadanos, y señalando las prestaciones a que tiene derecho: de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud, lo que incluye la atención primaria y especializada, las prestaciones complementarias, los servicios de información y documentación sanitaria y la prestación farmacéutica (STC 98/2004).

b) La relación con el artículo 43 CE justifica la existencia de controles por los poderes públicos sobre la titularidad de la oficina de farmacia, así como la existencia de medidas normativas limitativas de la titularidad del establecimiento o de la caducidad de las autorizaciones (STC 109/2003)

c) Ha encuadrado en el artículo 43.2 CE el objetivo de asegurar y mantener en beneficio del interés de la población el nivel de asistencia farmacéutica del que previamente disfrutaba, permitiendo la continuidad, hasta la adjudicación definitiva de oficinas de farmacia anteriormente autorizadas y que satisfacían los nuevos requisitos establecidos por el legislador (STC 312/2006).

VI.- EL REPARTO DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SANIDAD.

1.- Consideraciones generales.

La distribución constitucional de la competencia en materia sanitaria resulta de los artículos 148.1.21 y 149.1.16 de la Norma Fundamental. El primero reconoce a las Comunidades Autónomas competencia en materia de "Sanidad e Higiene", y el segundo considera competencia exclusiva del Estado la "Sanidad Exterior. Bases y coordinación general de Sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos".

El artículo 149.1.17 CE atribuye también al Estado competencia en una materia que tiene re-

percusión en la organización de los servicios sanitarios como es "la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas".

Las indicadas previsiones confieren al Estado competencia para establecer una normativa uniforme, con vigencia en toda la Nación, que incorpore los principios de las actuaciones públicas relativas a la protección de la salud, e, incluso, la configuración, incluso, un servicio sanitario unitario y armónico.

En este sentido la STC 32/1983, de 28 de abril, señala que "De la interpretación sistemática de todos esos preceptos [se refiere a los artículos 43, 51 y 139.2 CE] se infiere la exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la Sanidad Nacional puesto que los derechos que en tal sentido reconoce la Constitución en los artículos 43 y 51 o, complementariamente, en otros, como el 45.1, que reconoce el derecho que todos tienen a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, pertenecen a todos los españoles y a todos se garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos".

Ahora bien, las dificultades de implantar un modelo sanitario unitario radica precisamente en las importes competencias que, según los indicados preceptos constitucionales, también ostentan las Comunidades Autónomas en la materia. De manera que han asumido estatutariamente competencias en aspectos de la sanidad interior como: higiene, ordenación farmacéutica, establecimientos farmacéuticos, coordinación hospitalaria, prevención y restauración de la salud, organización y administración de los servicios sanitarios, entre otros.

2.- Sanidad exterior.

En esta materia la competencia del Estado es "plena y alcanza tanto a la normación como a la ejecución, de donde toda competencia que pueda ser encuadrada directamente en dicho título pertenece indubitadamente al Estado" (STC 252/1988).

Por tanto, toda la actividad (legislativa y ejecutiva) relativa a la sanidad exterior es de competencia estatal.

La STC 329/1994, de 15 de diciembre, contiene una aproximación al concepto de sanidad exterior al señalar que "se halla directamente vinculada al tráfico internacional de personas y bienes, cuyo incremento a partir del pasado siglo- con los consiguientes riesgos de propagación de ciertas enfermedades que son epidémicas en algunas áreas del planeta- han generado un importante fenómeno de cooperación sanitaria internacional del que son exponentes, de un lado, la creación de diversas instituciones intergubernamentales, como es el caso de la actual Organización Mundial de la Salud; y también, de otro, la adopción de normas internacionales, entre las que ocupa un lugar relevante el Reglamento Sanitario internacional, aprobado por la Asamblea de dicha Organización en 1951 y revisado posteriormente, al imponer específicas obligaciones a los Estados en esta materia, tanto respecto a notificaciones e informaciones epidemiológicas como a la organización y funcionamiento de los servicios sanitarios apropiados para evitar tales riesgos. De este modo la sanidad exterior tiene como objetivo la vigilancia, prevención y eliminación de riesgos para la salud con ocasión del tráfico internacional de personas, mercancías, animales y especies vegetales a través de determinados lugares del territorio nacional, como es el caso de los puertos, aeropuertos y puestos fronterizos autorizados".

3.- Sanidad interior.

La competencia del Estado se circunscribe a las bases de la sanidad, coordinación y Alta inspección, sin perjuicio de que haya de reconocerse la incidencia en materia sanitaria de otros títulos competenciales.

Las Comunidades Autónomas que han asumido estatutariamente competencia en materia sanitaria la extienden al desarrollo normativo y ejecución de la legislación básica del Estado.

A.- Bases de la sanidad.

a) El concepto de las bases en general. La doctrina del TC sobre el concepto de bases puede resumirse en los siguientes puntos:

1º) La noción de las bases está construida sobre un concepto material de norma básica comple-

tada con una exigencia formal dirigida a garantizar una definición clara y precisa.

La exigencia formal tiene por finalidad excluir la incertidumbre jurídica, y la justificación de ley formal se encuentra en que sólo a través de este instrumento se alcanza una determinación cierta y estable. Más el TC ha admitido excepcionalmente que el Reglamento pueda regular aspectos básicos en una determinada materia. Estas circunstancias se dan cuando el reglamento resulta complemento indispensable para asegurar el mínimo común denominador establecido en las normas legales básicas.

También desde la perspectiva formal se ha exigido que el carácter básico se haga explícito en la norma.

Ahora bien, las normas básicas no tienen esta condición por estar contenidas en una ley o precepto que las otorgue tal calificación, sino que lo esencial del concepto de base es su contenido. Y desde este punto de vista material, bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental. Esto es "un marco normativo unitario", de aplicación a todo el territorio nacional.

2º) El establecimiento por parte del Estado de las bases de ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que vacíe de contenido la correlativa competencia de la Comunidad Autónoma.

3º) Los ámbitos materiales de lo básico son imposibles o muy difíciles de delimitar de forma previa y estable. El TC se ha pronunciado al determinar lo básico de forma casuística, por lo que es necesario acudir a parámetros de definición de lo materialmente básico.

Uno de los parámetros es la delimitación inicial de básico acometida por el legislador estatal. Pero junto a éste es necesaria acudir a la necesidad de conseguir un mínimo de uniformidad en el tratamiento de la materia en todo el territorio nacional.

Las bases se refieren a los principios, criterios o directrices que constituyen un común denominador normativo constitutivo de una regulación uniforme, a partir de la cual cada Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, puede establecer las particularidades que entiende oportunas dentro del marco competencial que les otor-

ga la Constitución y el correspondiente Estatuto de Autonomía.

4º) En el término "bases" utilizado por la Constitución están comprendidas funciones normativas que no se agotan en la propiamente legislativas, sino que cuando la preservación de un tratamiento uniforme reclama el complemento reglamentario, el Gobierno puede hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto alguno de los aspectos particulares de lo básico. Pero lo que no puede hacer el Gobierno es definir en términos generales y por Real Decreto lo que es básico, pues es al legislador postconstitucional a quien corresponde establecer lo que entiende por básico en una materia, delimitando así lo que es competencia estatal y definiendo al mismo tiempo el punto de partida y límite entre los cuales pueden ejercer las Comunidades Autónomas su competencia de desarrollo legislativo.

b) La concreción de lo básico en materia de sanidad. La STC 98/2004, de 25 de mayo señala: "en relación con el concepto de «bases», nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales ha de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es de competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto.

La Constitución no solo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio española, eso sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las CCAA en virtud de sus respectivas competencias, dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en el artículo 149.1.16 le atribuye las bases en materia de sani-

dad para asegurar el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos.

Como señala S. Muñoz Machado⁷, lo primero y fundamental de la competencia del legislador estatal, de acuerdo con el artículo 149.1.16 CE es la elección de un modelo sanitario o la no elección de ninguno.

La elección de un sistema sanitario público que tienda a cubrir todas las necesidades de la población, sin perjuicio, en todo caso, de la iniciativa privada, la libertad de empresa y el ejercicio de profesiones sanitarias, es inequívocamente básico, pues de ello depende el contenido del derecho individual a la protección de la salud, que comprenderá o no la facultad de requerir prestaciones asistenciales del sector público y, además, en su caso, de demandarlas gratuitamente. El contenido básico de ese derecho tiene que ser igual en todas las partes del territorio nacional (art. 139.1.1º CE) y, por tanto el Estado es competente para definir las condiciones básicas de su ejercicio.

La determinación del modelo sanitario también incide de manera decisiva en la articulación de las competencias estatales, autonómicas y locales.

Uno de los más importantes servicios prestados desde la Administración es el servicio sanitario público. Y la opción organizativa prefigurada en el precepto constitucional representa un acierto para las prestaciones sanitarias y, en definitiva, para los ciudadanos que son sus beneficiarios.

La LGS ha establecido el diseño del sistema sanitario público a partir de una opción fundamental: se hace recaer el peso de la asistencia en un nivel autonómico, afectando con ello no solo al Estado sino también a la Administración local, de tal manera que en cada CA se constituye un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera de las Administraciones territoriales intracomunitarias, que está gestionado bajo la responsabilidad de la respectiva CA. Además integra en el Servicio en el Servicio Autonómico de Salud los centros sanita-

rios de la Seguridad Social, cuando las CC.AA tuvieran asumidas tales competencias.

Pero, además de la doctrina del TC pueden extraerse algunas precisiones.

1º) En la STC 327/1983, de 28 de abril, que resolvió un conflicto de competencias deducido por el Gobierno Vasco contra el RD 2824/1981, de 27 de noviembre, sobre coordinación y planificación sanitaria efectuada por el Gobierno Vasco se señala:

- La determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de servicios, actividades o establecimientos sanitarios debe entenderse como competencia de fijación de bases que corresponde al Estado, en cuanto se trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros. En el bien entendido que tales requisitos deben considerarse como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o específicamente adecuados.

- La determinación de los métodos de análisis y medición es una medida indispensable para asegurar una homogeneidad técnica que haga posible la coordinación entre órganos técnicos estatales y comunitarios.

- La fijación de requisitos sanitarios de las reglamentaciones técnicas sanitarias de alimentos, servicios o productos directa o indirectamente relacionados con el consumo humano es materia básica.

- La utilización de un sistema de garantías consistente en la prohibición del empleo de determinados aditivos a productos alimentarios mientras no quede demostrada su inocuidad constituye medida básica de vigencia en todo el territorio nacional.

- La autorización y el registro sobre los productos, material o instrumental médico, terapéutico o sanitario es una garantía básica.

- El establecimiento de criterio generales para la determinación de los puestos de trabajo de los

⁷ S. MUÑOZ MACHADO. Ob. Cit.

servicios sanitarios, con referencia a sus diferentes niveles, titulaciones exigidas y demás requisitos y condiciones para su previsión, tiene la condición de básico a fin de garantizar la homogeneidad del sistema.

2º) La STC 147/1996, de 19 de septiembre, que resuelve un conflicto de competencias planteado en relación con el artículo 19 de la "Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios"⁸, afirma:

- Las reglas concernientes a los productos alimenticios pertenecen en una parte sustancialmente importante a la sanidad

- El artículo 149.1 CE, apartados la y 16, CE confiere al Estado competencia para dictar normas relativas a exigencias de productos alimenticios que, por su finalidad de aseguramiento uniforme de las condiciones de igualdad en la protección de la salud de todos los consumidores potenciales, constituyen reglas básicas de aplicación general vinculantes e indisponibles para las Comunidades Autónomas.

- La información de los datos que obligatoriamente han de figurar en el etiquetado de los productos alimenticios constituye parte esencial de la protección a la salud y es, por tanto, competente el Estado para disciplinar su inserción.

3º) La STC 67/1996, de 4 de abril, reconoce el carácter básico del requisito de la previa autorización del Ministerio de Agricultura, con informe favorable del de Sanidad, para la utilización de nuevos aditivos en ensayos científicos relativos a alimentos de animales.

En cambio, considera que pertenece a las competencias meramente ejecutivas, fuera del concepto de legislación básica en materia de sanidad, la obligación de comunicar al Ministerio de Agricultura la composición de los piensos compuestos.

4º) La STC 26/1984, de 19 de julio que resuelve la impugnación formulada contra la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, señala que en materia de defensa del consumidor el Estado dispone de

diversos títulos competenciales, constitucionalmente indisponibles para las Comunidades Autónomas, y realiza una serie de precisiones sobre la competencia estatal⁹.

El Estado tiene título competencial para intervenir fijando las bases en materia de sanidad y para coordinar las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la misma materia, dentro de la cual hay que considerar incluida la salud y la seguridad de las personas. Esta competencia que puede y debe ser ejercida para atender a situaciones normales, no puede ser omitida a la hora de afrontar situaciones gravemente anómalas, a las

⁹ Corresponde a la competencia estatal:

- La determinación con carácter general de los métodos de análisis, toma de muestra y medición de los productos y requisitos técnicos y condiciones mínimas en materia de control sanitario.

- La regulación por lista de los aditivos que es materia básica estatal.

- El establecimiento y regulación de la prohibición de tener o almacenar productos peligrosos para la salud o prohibidos en locales dedicados a alimentos y bebidas, ya que es medida de garantía básica de la sanidad alimentaria.

- La exigencia de control de los productos tóxicos o venenosos, en cuanto es preciso un control mínimo y común en todo el territorio nacional por su repercusión en la salud y seguridad de la población.

- Establecer y regular la prohibición de venta a domicilio de bebidas y alimentos, en cuanto que se trata de prevenir riesgos potenciales para la salud de la población.

- Prohibir la venta de alimentos envasados en los que no conste el número del Registro General Sanitario de Alimentos, ya que a través del Registro General se garantizan las condiciones sanitarias mínimas y homogéneas de los alimentos envasados en territorio nacional.

- Retirar del mercado cualquier producto o servicio que no cumpla los requisitos legales o suponga un riesgo previsible para la salud o sanidad de las persona, aunque la intervención estatal debe quedar relegada a razones de necesidad y urgencia.

- Regular la prohibición de importación de artículos que pudieran ser peligrosos

- Establecer las exigencias de control de los productos manufacturados

- Establecer y regular la prohibición de utilizar en la construcción de viviendas y locales materiales que puedan generar riesgo para la salud, ya que es una actuación relacionada con la competencia estatal de "bases de la sanidad", sin perjuicio de la complementación normativa de la Comunidades autónomas.

- Regular las condiciones de presentación y envasado de los medicamentos, competencia incluida en la que el Estado ostenta con base en el título relativo a la legislación farmacéutica

⁸ La norma dispone que los datos obligatorios del etiquetado de los productos alimenticios que se comercialicen en España se expresarán necesariamente al menos en la lengua oficial del Estado.

cuales podrá hacer frente el Estado en primero término, siempre que, al intervenir con medidas o remedios extraordinarios, no olvide que esa intervención ha de estar justificada por razones de necesidad y urgencia y ha de ser proporcionada en su forma y duración a esa situación de urgente necesidad.

5º) La STC 111/1986, de 30 de septiembre, señala que la existencia de un registro público de industrias, establecimientos y productos alimentarios, así como de determinados elementos utilizados en la elaboración de los productos entra, como competencia estatal, dentro de la fijación de bases y coordinación a que se refiere el artículo 149.1.16 CE.

6º) La STC 87/1985, de 16 de julio, aborda la cuestión de la competencia de las Comunidades Autónomas para dictar normas sancionadoras sobre materia básica estatal. Y declara que las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trata, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el ámbito sancionador (art. 25.1 CE) y no introduzcan divergencias irrazonables o desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio. Pero dentro de estos límites y condiciones las normas autonómicas pueden desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal, llegando a modular tipos y sanciones.

En esta materia sancionadora se pronuncian también las SSTC 102/1985, de 4 de noviembre y 136/1991, de 20 de julio. En la primera el TC entiende que el Decreto autonómico que atribuía al Gobierno autónomo competencia para imponer la sanción de cierre temporal de empresa, establecimiento o industria, era conforme al orden constitucional de distribución de competencias porque podía ser calificada de ejecución de la legislación básica. Y en la segunda se desestima un recurso de inconstitucionalidad deducido contra una Ley autonómica que preveía la sanción de cierre definitivo del establecimiento infractor de la normativa sobre Prevención y Asistencia en materia de sustancias que pueden generar dependencia porque no existía una previsión sancionadora estatal en relación a esta materia.

7º) La STC 80/1984, de 20 de julio niega que la acreditación, homologación y autorización de centros de establecimientos dedicados a la extrac-

ción y trasplante de órganos sea normativa, debiendo considerarse como ejecución, por lo que es competencia de las Comunidades Autónomas en tanto no básica.

B.- Coordinación y planificación

La competencia sobre coordinación es más formal que sustantiva. A través de ella el Estado no puede incidir o condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas. Se trata de un método de actuación que persigue la integración de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, utilizando medios de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de los actos parciales en la globalidad del sistema sanitario. En este sentido se pronuncian las SSTC 32/1983, de 28 de abril. 42/1983, 87/1985, 182/1988 y 194/2004, que realizan, además, las siguientes precisiones:

1º) Aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es un competencia distinta.

2º) La competencia de coordinación general presupone que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad, competencias que el Estado, al coordinarlas, debe respetar.

3º) La competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas en el sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado.

Un instrumento esencial es la directiva que señala objetivos y resultado a alcanzar pero sin sustituir a los responsables de llevar a término las actuaciones correspondientes que serían los encargados de los medios en la parte que les corresponda.

La planificación, aunque no puede servir para sustituir a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus propias competencias, es también un mecanismo de coordinación que puede servir para concretar objetivos comunes y equilibrar desigualdades de dotaciones, sobre todo si contemplan

actuaciones financiadas por el Estado y las Comunidades Autónomas¹⁰.

C.- Alta inspección

Constituye una manifestación de las funciones estatales de vigilancia y supervisión que permite a

¹⁰ El artículo 65 LCCSNS se refiere a las actuaciones coordinadas en salud pública y en seguridad alimentaria, señalando que la declaración de dichas actuaciones corresponderá al Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las Comunidades Autónomas directamente afectadas, salvo en situaciones de grave urgencia, en cuyo caso se tomarán las medidas que sean estrictamente necesarias y se les informará de manera inmediata de las medidas adoptadas. Esta declaración de actuaciones coordinadas obliga a todas las partes incluidas y deben encuadrarse en supuestos de situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública o el cumplimiento de acuerdos internacionales, así como programas derivados de la normativa de la Unión Europea, cuando su cumplimiento y desarrollo deba ser homogéneo en todo el territorio.

Conforme al artículo 66 LCCSNS, el Estado y las Comunidades Autónomas, a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, establecerán un plan de coordinación y armonización de actuaciones en el ámbito de la salud pública dirigido a promover actividades que complementen las realizadas por las Administraciones autonómicas y locales.

Dicho plan establecerá las funciones básicas en materia de salud pública a desarrollar en todo el Estado, definirá la cartera de servicios y garantías correspondientes, establecerá los medios y sistemas de relación entre las Administraciones públicas para facilitar la información recíproca y el seguimiento del plan, facilitará la promulgación de la legislación sanitaria y la aplicación de las directivas y Reglamentos de la Unión Europea que afecten a la salud pública y promoverá el desarrollo de hábitos de colaboración y participación en los que se sustente la práctica profesional.

El artículo 61 de la LCCSNS dispone que el Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las Comunidades autónomas elaborarán periódicamente, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, planes de calidad del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las competencias autonómicas de planificación sanitaria y de organización de los servicios. Estos planes contendrán los objetivos de calidad prioritarios para el período correspondiente. Y el artículo 64 de la misma Ley establece que sin perjuicio de las competencias autonómicas de planificación sanitaria y de organización de los servicios, el Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos componentes de las Comunidades Autónomas, a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en colaboración con las sociedades científicas, elaborarán planes integrales de salud sobre las patologías más prevalentes, relevantes o que supongan una especial carga sociofamiliar, garantizando una atención sanitaria integral que comprenda su prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación

la Administración Central comprobar que la normativa del Estado es cumplida por las Comunidades Autónomas y es interpretada uniformemente. No se trata, por tanto, de una inspección concreta de los servicios o de un control de establecimientos o de actividades trascendentes para la salud. Esta inspección corresponde a los propios órganos autonómicos competentes. La alta inspección no es una inspección sanitaria reduplicada sobre los establecimientos determinados sino que se refiere a determinar si la legislación estatal se ejecuta efectivamente en las Comunidades Autónomas.

4.- Legislación sobre productos farmacéuticos.

La competencia legislativa del Estado es plena. Las Comunidades Autónomas sólo pueden asumir competencias de ejecución de la legislación estatal.

No es un materia que haya dado lugar a un número importante de resoluciones del TC.

a.- La STC 71/1982, de 30 de noviembre, declaró que la competencia del Estado se extiende a la totalidad de la regulación de la materia mediante instrumentos normativos, afirmando que cuando el artículo 149.1 CE utiliza, para establecer la competencia del Estado, el término "legislación" lo hace en su acepción material y no formal, constreñida a las leyes, comprendiendo también los reglamentos de desarrollo. De ahí que la competencia autonómica sobre "ordenación farmacéutica" no habilita para dictar normas innovadoras en la ordenación de los medicamentos.

b.- La STC 54/1990, de 28 de marzo, aborda la cuestión de la distribución de competencias en materia de productos farmacéuticos con ocasión de un conflicto de competencias en materia de control e inspección sobre la distribución de estupefacientes y psicotrópicos. Descarta que esta materia pueda incluirse en el ámbito competencias de bases y coordinación de la sanidad o en la alta inspección que corresponde al Estado.

c.- La STC 152/2003, de 17 de julio, estimó el recurso de inconstitucionalidad formulado frente a la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica por vulneración de la competencia estatal sobre legislación farmacéutica.

Tras constatar la consideración de los radiofármacos como medicamentos especiales en la

norma estatal dictada en el ejercicio de la competencia legislativa plena (Ley del Medicamento), es claro que la producción o fabricación de los mismos constituye un aspecto sustancial de su régimen jurídico.

En cambio la sentencia entiende que no invade la competencia estatal sobre legislación relativa a productor farmacéuticos la posibilidad prevista en la Ley autonómica impugnada de dispensar medicamentos a través de correo o mensajería a los enfermos crónicos que los requieran periódicamente, siempre que hayan sido prescritos con receta médica y que exista una dispensación previa de este mismo medicamento en la oficina de que se trata. Se razona señalando que en la dispensación es discernible una doble vertiente: por una parte, la que tiene que ver con el medicamento mismo; y por otra la que tiene que ver con la función de farmacia al dispensar aquél. Cada uno de dichos aspectos o vertientes es susceptible de una regulación diferenciada, respectivamente encuadrable en títulos competenciales asimismo diferentes. Atendidas las precauciones que el mismo precepto impone en garantías a la seguridad de las prescripciones y de la salud de los enfermos, puede entenderse que esta regulación tiene que ver con la segunda de las vertientes antes aludidas, la concerniente a la actividad de la farmacia para la dispensación del medicamento, por lo que sin dificultad puede inscribirse en la competencia autonómica sobre "establecimientos farmacéuticos" y por ello mismo no vulnera la competencia estatal de "legislación sobre productos farmacéuticos".

5.- Ordenación farmacéutica.

A.- Títulos competenciales.

Las oficinas de farmacia se conciben en nuestro ordenamiento como establecimientos sanitarios destinados, aunque no exclusivamente, a la dispensación de medicamentos.

Por consiguiente concurren en materia de farmacia los siguientes títulos competenciales: corresponde al Estado la competencia normativa sobre la fijación de las bases y la coordinación general; y a las Comunidades Autónomas la normativa de desarrollo y ejecución del servicio farmacéutico, distinguiéndose a este respecto entre Estatutos de Comunidades Autónomas que atribuyen

un título competencial específico en materia de ordenación farmacéutica, como País Vasco, Cataluña, Galicia o Comunidad Valenciana, de aquellos otros que carecen de tal título, aunque asumen competencias para el desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene y ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos.

B.- Doctrina del TC.

a) La STC 83/1984, de 24 de julio, declaró parcialmente derogada la Base XVI, párrafo 9º, de la Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de Sanidad Nacional, pues siendo constitucionalmente legítimo que la ley limite el número de oficinas de farmacia o que prohíba la dispensación al público de especialidades farmacéuticas fuera de estos establecimientos, no se ajusta a la Constitución la deslegalización que produce de una materia reservada a la ley. No es posible la abdicación por parte del legislador de su facultad transfiriendo al titular de la potestad reglamentaria la regulación de dicha materia sin establecer siquiera los fines u objetivos que la reglamentación debe perseguir.

b) La STC 109/2003, de 5 de junio, resolvió los recursos acumulados contra: la Ley 167/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia; la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica; y la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico.

La doctrina de la sentencia puede resumirse en los siguientes puntos:

1º) Las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios cuyo propietario y titular ha de ser un farmacéutico (art. 103 núms. 2 y 3 LGS9), por lo que la competencia controvertida es la estatal sobre las bases de sanidad.

2º) La previsión legal de la transmisibilidad de las farmacias a favor de otro farmacéutico (art. 4 de la Ley 16/1996) tiene un carácter materialmente básico expresamente establecido por la legislación estatal y es uno de los elementos estructurales.

3º) El legislador estatal, en ejercicio de su función legítima ha configurado una regulación uniforme para todo el territorio nacional en relación

con las autorizaciones de apertura de las oficinas de farmacia.

4º) Consecuencia del reconocimiento del carácter básico de la transmisibilidad de las oficinas de farmacia es la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de las leyes autonómicas impugnadas que establecían la imposibilidad de su transmisión así como de las disposiciones transitorias existentes en ambas normas que admitían una última transmisión tras su entrada en vigor.

5º) En cuanto a la caducidad de la autorización de las oficinas de farmacia por alcanzar su titular la edad de setenta años, el TC razona que la ley básica declara el principio de transmisibilidad pero dispone que las Comunidades Autónomas regularán las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos. De modo que la propia norma básica deja a las Comunidades Autónomas no la potestad de impedir la transmisibilidad de las farmacias, pero sí la de someter la transmisión a requisitos o condiciones que, sin embargo, no podrán ser arbitrarios ni entrar en pugna con la Constitución. Pues, no habiéndose proclamado como básico un principio general de transmisibilidad, sino una transmisibilidad limitada, las causas de caducidad solo serán inconstitucionales por contrarias a las bases si supusieran una enervación subrepticia de dicha transmisibilidad, por lo que han de considerarse conformes a la Constitución en la medida en que no impidan la mínima transmisibilidad exigible desde la norma básica. Consecuencia de ello es que el establecimiento de la referida causa de caducidad no vulnera las bases estatales, pues el establecimiento de una edad tope para el ejercicio de una actividad privada declarada de "interés público" por el artículo 1 de la Ley 67/1997 se conecta con dicho interés y no impide la posibilidad de transmisión ni puede estimarse arbitraria. Es al Estado al que, si pretende un mayor grado de homogeneidad en las regulaciones autonómicas sobre la transmisibilidad de las oficinas de farmacia, le corresponde, dentro del marco constitucional, ejercer sus competencias mediante una normativa legal distinta amparada en los títulos competenciales previstos en los núms. 1 y 6 del artículo 149.1. CE.

6º) Finalmente también vulnera las bases estatales la previsión legal de la Ley de Castilla-La Mancha que excluye la cotitularidad de las oficinas

de farmacia, pues la norma estatal básica admite la transmisión de las mismas a favor de otro u otros farmacéuticos. En cambio sí es constitucional, por respetuosa con las bases, la imposibilidad de que un solo farmacéutico sea titular de más de una farmacia, pues la legislación básica nada prevé al respecto.

c) La STC 152/2003, de 17 de julio, resolvió e recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica contiene la misma doctrina y decisión sobre caducidad de la autorización e intransmisibilidad inter vivos y aborda y resuelve, además, las cuestiones antes mencionadas sobre dispensación a distancia de productos farmacéuticos y la regulación de las unidades de radiofarmacia.

Santander, 11 de Noviembre de 2009.

PROTECCIÓN DEL PACIENTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Manuel Aguilar Belda
Adjunto al Defensor del Pueblo

Permítanme expresar, ante todo, un especial agradecimiento por la invitación a la Institución del Defensor del Pueblo para participar en este XVIII Congreso Derecho Salud, cuya amplitud y riqueza temática se centra en aspectos nucleares del sector de los servicios públicos que más interesa a los ciudadanos, como es el de la sanidad y la protección de los pacientes.

Esta importancia e interés se ponen fácilmente de relieve si se tiene presente que pocas profesiones alcanzan un nivel de relevancia social tan elevado como la medicina. Y ello debido a que la práctica médica presenta unas características diferentes a otras actividades, en la medida en que afecta directamente a la vida y a la salud de las personas, bienes especialmente tutelados por el ordenamiento jurídico.

Es evidente que, a raíz del reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud, el "derecho", en todas sus disciplinas, ha irrumpido con fuerza en el panorama sanitario, de modo que, como primera conclusión, puede afirmarse que la "medicina" y el "derecho" están obligados a converger y a establecer un espacio de comunicación e información recíproca, en orden a promover y a garantizar los derechos de los pacientes.

Por mi parte, deseo, como un ponente más, exponer, en primer término, alguna reflexión general en relación con el progreso del conocimiento científico y la protección de los pacientes, para, posteriormente, detallar algunos trabajos indicativos en este ámbito, dentro de la actividad que realiza el Defensor del Pueblo. Una actividad que puede situarse en el fin común de ayudar a las personas, a todas las personas, a mejorar sus condiciones de vida o, mejor, a preservar su dignidad esencial, mediante la mejor observancia de los derechos y libertades que les son debidos y que nuestra Constitución les atribuye.

En este sentido, cabe recordar que, en el ámbito sanitario y de conformidad con lo expresado por el profesor Ruiz Vadillo, la seguridad y la búsqueda de fórmulas para garantizar la protección de los pacientes y para hacer frente a la adversidad con todos los medios posibles se encuentran entre las aspiraciones más profundamente arraigadas en las sociedades avanzadas.

También conviene recordar que, durante largo tiempo y hasta hace no muchos años, la relación médico/paciente ha estado presidida por un carácter esencialmente paternalista (todo para el paciente, pero sin el paciente), inspirado por el principio de la beneficencia, según el cual el médico tenía amplias facultades para actuar sin contar con la voluntad del paciente.

Progresivamente, y como consecuencia, sin ambicios derivados del rápido avance del conocimiento científico y del progreso tecnoduda, de la actitud cada vez más informada y crítica de los pacientes y de los profundos clógico, se tendió a acentuar su autonomía y, en consonancia con ello, a establecer una nueva relación, en la que primaran los valores de la información y del consentimiento, reconociéndose de este modo la capacidad de decidir del propio paciente.

Tal y como ha destacado José Manuel Martínez Pereda, la autonomía del paciente es una manifestación de los derechos a la libertad y a la dignidad de la persona humana, que se traducen en el derecho a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona o a la propia vida; en definitiva a la autarquía y a la toma de decisiones personales.

Este Magistrado ha señalado también que estamos ante un derecho humano, porque constituye una consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, que está implícita en el artículo 43 de la Constitución española como parte del derecho a la salud de una persona autónoma que decide libremente, tras la adecuada información, sobre las diferentes y posibles opciones terapéuticas.

Es innegable, de otra parte, que la creciente complejidad de la medicina, la consolidación de los derechos de los pacientes y el progresivo establecimiento de mecanismos que garantizan su ejercicio efectivo y responsabilizan al sistema y a sus centros, son, entre otros, factores que conllevan, inevitablemente, una mayor exigencia en todos los órdenes.

Esta exigencia, inducida, entre otros aspectos, por la cada vez mayor conciencia ciudadana acerca de los derechos que la Constitución y las leyes conceden, ha provocado, en los últimos años, que las reclamaciones en materia de sanidad hayan experimentado un incremento notable, aun cuando los medios con los que cuenta el sistema son cada vez más ingentes, la preparación de los profesionales más depurada y la formación más intensa y continua.

De igual manera, y esto es asimismo muy elemental, el imparable avance del conocimiento científico, aparte de generar expectativas, origina al mismo tiempo temor y angustia puesto que situaciones ciertamente inimaginables hace algún tiempo se presentan hoy día como posibles.

Debido a ello, surge de modo natural el debate sobre los efectos positivos y negativos de los progresos de la investigación biomédica, biotecnológica y, en general, sobre todos los problemas que plantea la bioética. Pero no deben inquietarse porque no pretendo abrir ahora nuevos frentes de discusión, múltiples y bastante conocidos por su divulgación en los medios. Lo único que me interesa en este momento es apuntar que, como consecuencia de ese debate, y aunque sobre las cuestiones que afectan a la ética de la vida siempre se tengan dudas de algún tipo, el derecho como norma de convivencia social siempre sale, o debe salir, al encuentro. Sobre todo en las sociedades democráticas avanzadas.

Como asegura el profesor Oliva Blázquez, en un trabajo publicado en una revista especializada de teoría jurídica, "el peso dejado por las trágicas experiencias históricas vividas en el siglo pasado (especialmente con la bomba atómica y la aplicación autodestructiva de los conocimientos científico-tecnológicos) ha provocado un consenso general en torno a la idea de que en ningún caso debe regir el llamado imperativo tecnológico", según el cual todo lo que se piensa como realizable ha de concretarse prácticamente.

Por ello, y para facilitar la regulación social de los análisis y procesos de carácter bioético y, en definitiva, su acercamiento a la vida cotidiana de las personas, los sistemas jurídicos respetuosos con el principio orientador de la dignidad humana disponen finalmente de los recursos normativos, jurisprudenciales y doctrinales. Entre estos últimos destacan los llamados "comités de ética", que tienen como finalidad principal la de asesorar acerca de las cuestiones éticas en el ejercicio de la biomedicina tanto para optimizar la asistencia y los cuidados sanitarios como para defender los derechos de las personas que necesitan de esa asistencia y de esos cuidados.

En este marco de protección, y más allá de esos comités de ética, se encuentran también los cuerpos normativos supranacionales que buscan, con diferente éxito, un reconocimiento expreso de los derechos fundamentales de aplicación en este ámbito. Además del llamado Convenio de Asturias, un "Convenio para la protección de los derechos del hombre y de la dignidad del ser humano, con respecto a la aplicación de la biología y de la medicina, aprobado en Oviedo en el año 1997,

cabe aludir aquí a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948; a la Declaración Universal de la Unesco, sobre derechos humanos y genoma humano, de 1997; a la Carta, congelada por el fracaso de la Constitución Europea, de los derechos fundamentales de la Unión Europea, del año 2000; a la Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos del año 2003, y a la Declaración de Naciones Unidas sobre la donación humana, del año 2005. En todos estos cuerpos declarativos de derechos aparecen como principios el respeto a la dignidad humana, el criterio de libertad de investigación, la necesidad del consentimiento informado, los derechos de privacidad y confidencialidad y las razones de equidad en materia de acceso a los recursos científicos y sanitarios.

Todos estos documentos, que de alguna manera condicionan los experimentos de carácter bioético, sirven también de orientación y de inspiración para los ordenamientos propios de cada país, lo cual me permite penetrar ya en el segundo apartado de esta conferencia. Un apartado que se dedica a poner de manifiesto las líneas directrices inspiradoras de la normativa española sobre la protección de los pacientes y el papel desempeñado en este campo por una Institución como la del Defensor del Pueblo.

Para empezar debe hacerse mención a que en la protección de los pacientes confluyen, como se verá, los dos aspectos que configuran el ámbito de atribuciones del Defensor del Pueblo: la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución y la supervisión del funcionamiento de las Administraciones públicas.

En efecto, el artículo 54 de la Constitución española encomienda al Defensor del Pueblo la defensa de los derechos comprendidos en su Título I. Para cumplir esa finalidad tutelar, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la normativa aplicable, aparecida posteriormente, está facultado para supervisar la actividad de todas las Administraciones públicas, en toda la extensión de sus competencias, entre las que se incluye, como es lógico, lo concerniente al ámbito de la sanidad y, en general, de la protección de la salud.

En cuanto a la protección de la salud, la Constitución española consagra este derecho en su artículo 43, responsabilizando a los poderes públicos de la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones

y los servicios necesarios. Dentro de este marco general, conviene formular, a modo de reflexión inicial, varias consideraciones. En primer lugar que, si bien a efectos de articular mi intervención sobre la protección de los pacientes a través del Defensor del Pueblo, la identificación puede servirnos de apoyo, resulta claro sin embargo el distinto significado de los conceptos sanidad y salud. Y, en segundo término, que el término salud en nuestra Constitución tiene un significado amplio. Lo que la Constitución pretende proteger es la salud integral, en toda su proyección positiva, y no tan sólo la ausencia de enfermedad.

A este respecto, también es preciso recordar que el fundamento constitucional del derecho de los ciudadanos a la protección de la salud no se agota en el mencionado artículo 43 de la Constitución, en la medida en que, a lo largo del texto constitucional, es posible encontrar otros preceptos específicos en los que, de algún modo, se completa y perfecciona esa protección. Así, podrían citarse los ecos que en este sentido despiertan el principio de igualdad, según el cual no puede "prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"; el derecho a la vida y a la integridad física; el derecho a la intimidad personal y familiar; el del mandato imperativo a los poderes públicos para el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos; la política adecuada en lo relativo a la seguridad e higiene en el trabajo; el derecho a un medio ambiente adecuado; la necesidad de establecer una política de previsión, atención e integración respecto de quienes tengan alguna discapacidad; la garantía de una política adecuada para los ancianos en la que se atienda especialmente los problemas de salud, y la garantía de una protección de consumidores y usuarios, con singular mención de los problemas de seguridad y salud.

Estos son los mimbres constitucionales con los que se puede componer el armazón de nuestro ordenamiento en el plano de la protección de la salud. Si a ello añadimos la Ley General de Sanidad, que impulsa la humanización de los servicios sanitarios, en el sentido de que deben respetar la dignidad de la persona y las libertades individuales del paciente, y la Ley básica sobre derechos y obligaciones en materia de información y docu-

mentación clínica, se completa un cuadro normativo que responde, de una manera bastante aceptable, a lo que se ha denominado un "modelo ético de actuación".

Con independencia de las disposiciones contenidas en el ordenamiento, el Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho a la integridad física y moral protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino también contra toda clase de intervención que no cuente con el consentimiento de la propia persona.

De otra parte, y engarzando de nuevo con la Institución que represento, es importante tener presente que la distinta colocación de los derechos constitucionales antes mencionados dentro de la estructura de nuestro texto normativo fundamental, y el distinto grado de garantía de cada uno de ellos, como consecuencia de dicha ubicación, deben tenerse presentes al valorar las posibilidades de actuación del Defensor del Pueblo en cada sector. Ello repercute, por ejemplo, en la posible decisión para hacer uso de la legitimación que le confiere la Constitución a la hora de interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, legitimación que comparte con "toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo" y con el Ministerio Fiscal.

Continuando con el análisis de los instrumentos de que dispone el Defensor del Pueblo para la defensa de los derechos de los ciudadanos respecto del marco configurado por el Sistema Nacional de Salud, aparte del mencionado recurso de amparo, es necesario destacar también la importancia de la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad, "contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley", en defensa de los derechos de los ciudadanos. Esta legitimación, en términos de defensa de los derechos constitucionales, representa algo parecido al armamento pesado de la Institución. Desde el año 1983, en que dieron comienzo las actividades del Defensor, se han estudiado diversas solicitudes de interposición de este recurso de inconstitucionalidad respecto de diferentes leyes que han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico en el ámbito sanitario. Entre ellas, la Ley General de Sanidad, de 1986; la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de 1987, en relación con el pago de fórmulas magistrales; la Ley del Medicamento de 1990; la Ley sobre Téc-

nicas de Reproducción Humana Asistida de 2006; y distintas leyes de Ordenación Farmacéutica, emanadas de diferentes comunidades autónomas.

Ya en el plano de su actividad más frecuente y cotidiana, el instrumento ordinario de que dispone el Defensor del Pueblo consiste en la formulación de recomendaciones y sugerencias a las distintas Administraciones públicas. En ambos casos, toman la forma de resoluciones que se adoptan como consecuencia de la tramitación de las quejas recibidas por parte de los ciudadanos o de las actuaciones de oficio llevadas a cabo por la propia Institución. Como es natural, estas resoluciones se producen, en su caso, cuando la Administración correspondiente, tras las oportunas indagaciones y comunicaciones, no subsana las irregularidades o deficiencias planteadas. Aún cuando las resoluciones del Defensor del Pueblo no tienen fuerza vinculante, debe subrayarse su alto grado de aceptación por las distintas Administraciones Públicas.

Desde la perspectiva de la actuación de los poderes públicos en materia de salud, y más en concreto, de la estructuración de los servicios sanitarios, es evidente que, en estos momentos, nos encontramos inmersos en un periodo de profundo cambio. No simplemente en lo que afecta al sistema asistencial, considerado en sí mismo, sino también en el de los valores sociales y de las expectativas que los ciudadanos y la sociedad demandan. Valores y expectativas que giran en torno a la mejor atención posible dentro de unos criterios de mejora de la calidad, como manifestación del perfeccionamiento progresivo del derecho constitucional a la protección de la salud.

De aquí podríamos extraer una primera nota que influye sobremanera en la forma de trabajar que tiene el Defensor del Pueblo. La de haber comprobado, por las quejas recibidas, que lo importante para el ciudadano no es sólo el fin terapéutico; también lo es el modo en que se logra ese fin, el cómo se le resuelve su problema de salud, en sentido amplio.

Por lo que se refiere a la opinión de los ciudadanos manifestada ante el Defensor del Pueblo, a través de las quejas formuladas en materia de sanidad, cabe comenzar poniendo de relieve que, en términos generales, estas quejas versan fundamentalmente sobre tres aspectos nucleares y coherentes con la calidad asistencial, como son la información, la participación y la organización.

El alcance y naturaleza de estas quejas han motivado no pocas actuaciones en relación con la garantía de la calidad de los servicios sanitarios y la protección de los pacientes. Entre ellas, y a título meramente de ejemplo, cabe hacer mención a que, tal y como ha sido reconocido por la doctrina, la intervención del Defensor del Pueblo fue decisiva para la inclusión de los derechos de los pacientes en la Ley General de Sanidad. Asimismo, fueron continuas las referencias del Defensor del Pueblo al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa (Convenio de Oviedo) y a la necesidad de una norma básica que unificara e integrara los derechos y obligaciones que han de regir en materia de autonomía de la voluntad del paciente y de información y documentación clínica, en orden a lograr que la relación entre los profesionales y los pacientes sea la razón de ser fundamental del sistema sanitario.

En un plano de mayor concreción, los planteamientos de los ciudadanos ante el Defensor del Pueblo en materia de sanidad pueden agruparse en diferentes núcleos a los que me refiero seguidamente.

En primer lugar, las quejas que guardan relación con la plena universalización y gratuidad del derecho a la asistencia sanitaria, proceso todavía pendiente en la sanidad española. Si bien se ha avanzado notablemente en la universalización y gratuidad de la asistencia sanitaria pública, lo cierto es que todavía no son plenamente efectivos tales principios, dado que algunos ciudadanos todavía carecen del derecho a esta asistencia, viéndose obligados a financiar la atención en aquellos supuestos en los que acceden a centros y servicios del Sistema Nacional de Salud. Y ello, a pesar de que el presupuesto en sanidad para 1999 culminó el proceso de separación de fuentes de financiación de la asistencia sanitaria canalizada a través del Instituto Nacional de la Salud, dando así cumplimiento a uno de los acuerdos adoptados en los Pactos de Toledo.

En un intento de sistematización, las personas que todavía carecen del derecho a la asistencia sanitaria gratuita en el Sistema Nacional de Salud pueden agruparse en las siguientes categorías:

-Las que tienen (o pueden tener) derecho a la prestación de asistencia sanitaria por otros mecanismos al margen del Sistema Nacional de Salud (en este grupo cabe incluir las mutualidades gene-

rales de funcionarios MUFACE, ISFAS y MUGEJU).

- Hasta el 1 de enero de 2009, las que recibían la asistencia sanitaria a través de una empresa colaboradora.

- Los profesionales liberales incluidos en un colegio profesional y que no están obligados a pertenecer al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en este caso suelen tener una mutualidad e entidad de previsión social, que les provee de asistencia sanitaria, o bien una póliza colectiva con una entidad de seguro libre).

- Las que no realizan una actividad laboral o profesional y, por tanto, no se hallan asimiladas a trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, en los supuestos en los que disponen de rentas o medios económicos suficientes.

- Los trabajadores españoles emigrantes que se hallan trabajando por cuenta ajena en otro país, durante sus desplazamientos temporales a España.

- Los trabajadores españoles que, después de haber desarrollados sus actividades laborales en el extranjero, retornan al territorio nacional, sin derecho a percibir las prestaciones de asistencia sanitaria, ni por la legislación española ni por la del país de procedencia.

Sobre este importante asunto, el Ministerio de Presidencia informó al Defensor del Pueblo que los Ministerios de Sanidad y de Trabajo coincidían en que la universalización y gratuidad de la asistencia sanitaria no solo implicara reformas legales, como son la modificación de las leyes General de Sanidad y General de Seguridad Social, sino que tendría otras repercusiones -económicas, asistenciales y sociales- que deberían analizarse minuciosamente desde una perspectiva de oportunidad distinta a la meramente jurídica. Sobre ello, cabe añadir que el Ministerio de Sanidad expresó, en su momento, que, dado el escaso número de personas que carecen del derecho a la asistencia sanitaria, aproximadamente unas 200.000, no sería un problema asistencial su atención por parte del Sistema Nacional de Salud, en la medida en que el coste medio por persona y año en el Sistema Público Sanitario ascendía, en el año 2005, a 995 euros y, por tanto, la incorporación de las mismas al sistema representaría 191 millones de euros.

En esta línea de exposición, resulta conveniente recordar que el Observatorio Europeo de Sistemas Sanitarios, tras analizar los retos pendientes del Sistema Nacional de Salud español, resaltó, entre ellos, el de la cobertura universal al cien por cien de la población. Resta, por tanto, adoptar las iniciativas pertinentes con el fin de impulsar la reforma legal adecuada que permita fijar los contenidos y el carácter del derecho a la asistencia sanitaria como derecho público subjetivo personal y no contributivo.

Otro bloque diferenciado de quejas dirigidas al Defensor del Pueblo se refiere a la autonomía de la voluntad y a la información y documentación clínica. 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, completó las previsiones que la Ley General de Sanidad enunció como principios generales; refuerza el derecho a la autonomía del paciente, y regula los derechos de los ciudadanos expresados con anterioridad, dentro del ámbito del consentimiento informado. Esta ley, que enlaza con la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y con los elementos doctrinales y jurisprudenciales que venían acotando y matizando su alcance, ha venido a resolver no pocas cuestiones relativas a la autonomía de la voluntad del paciente y a la información y documentación clínica que habían sido planteadas por numerosas quejas ante el Defensor del Pueblo.

No obstante lo anterior, es preciso remarcar que, transcurridos más de seis años desde que entró en vigor la mencionada ley básica, todavía se siguen observando situaciones que evidencian que el cumplimiento de la misma y, por ende, la efectividad de los derechos de los pacientes en ella plasmados, no es el deseable.

En relación con la afirmación precedente, cabe traer a colación el reciente estudio elaborado por el Defensor del Pueblo sobre "Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en Situación de Dificultad Social". Entre las conclusiones y recomendaciones de este estudio, figuran las relativas a que la prescripción y administración de fármacos a menores ingresados no se efectuaban en el marco de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley 41 /2002, de 14 de noviembre -en la medida en que, sin tenerse presente la capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la

intervención, ni, en su caso, requerir el consentimiento de la entidad pública competente, como representante legal-los tratamientos se aplicaban sin escuchar su opinión, en supuestos de 12 años cumplidos, y sin el previo consentimiento, en casos de 16 años cumplidos.

También, y por afectar a derechos fundamentales, cabe hacer referencia a diferentes y recientes investigaciones del Defensor del Pueblo en relación con la seguridad y calidad de la documentación clínica en centros sanitarios. Si bien estas investigaciones -de oficio a raíz de noticias difundidas por medios de comunicación social o a instancia de parte- no son frecuentes, en el marco de las mismas se ha constatado fallos en el tratamiento de datos personales, que han permitido a terceras personas el conocimiento de datos de salud de pacientes, con la consiguiente vulneración de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal y otras normas conexas. Para ilustrar este aspecto, cabe citar tres investigaciones en cuyo marco se ha constatado la aparición de datos de carácter clínico de pacientes en un programa de Internet, el abandono de historias clínicas en contenedores o cubos de basura situados en la calle y la entrega, por error, de documentos clínicos a personas no legitimadas para acceder a los mismos.

Desde otra óptica, e igualmente en relación con la información y la documentación clínica, hay que señalar que siguen siendo significativas las quejas ante el Defensor del Pueblo sobre el extravío de historias clínicas, e incluso sobre su inexistencia en centros ubicados en ámbitos territoriales en los que todavía no se ha culminado el proceso de integración del nuevo modelo de atención primaria, y acerca de vulneraciones de derechos de los pacientes, en lo que concierne a la formalización del "consentimiento informado" y al acceso a las historias clínicas de personas fallecidas por parte de sus familiares o representantes legales. La tramitación de estas quejas, que han motivado que el Defensor del Pueblo haya formulado diversas recomendaciones a diferentes Administraciones sanitarias, aceptadas y puestas en práctica, pone de manifiesto la necesidad de seguir profundizando en la concreción y efectividad de los derechos de los pacientes en materia de información y documentación clínica.

De otra parte, una singular referencia merece los enfermos mentales ingresados en los centros sanitarios. Y ello, básicamente, con fundamento en que muchas de estas personas no pueden asumir por sí mismas la defensa de sus derechos, habida cuenta su enfermedad psíquica. A este respecto, hay que tener presente que, de conformidad con lo establecido en el Convenio de Oviedo y en otras normas concordantes, en principio todo paciente psiquiátrico, aún internado de forma involuntaria, goza de plenitud de derechos mientras no se le declare incapaz, de modo que tiene capacidad de decisión sobre su tratamiento, pudiendo aceptarlo o rechazarlo.

En este sentido, el Defensor del Pueblo, como consecuencia de investigaciones diversas, puso en conocimiento del Ministerio de Justicia la ausencia de normativa reguladora de los derechos fundamentales de los usuarios ingresados en centros de naturaleza sanitaria y social, sobre salidas, visitas, comunicaciones, medios mecánicos de contención y otros extremos; una normativa que estableciera o matizara, en su caso, posibles restricciones de esos derechos fundamentales necesarias para la protección de la vida, la salud y la integridad física, al igual que sucede con otros centros de internamiento como son los centros penitenciarios.

Parece razonable, en consecuencia, que se regularan de manera adecuada las circunstancias que deben presidir los distintos tratamientos desde el respeto debido a la dignidad de cada individuo y teniendo presente también el libre desarrollo de su personalidad, introduciendo si fuere preciso en estos supuestos la intervención y el control judicial, tal y como se indicaba en una recomendación al Ministerio de Justicia para que se modificara en este sentido la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto su artículo 763, para atribuir al juez las facultades de control y garantía de los derechos del enfermo que pudieran verse afectados con la aplicación de ciertos tratamientos (sean farmacológicos, de carácter electroconvulsivo, de psicocirugía u otros).

Hay otro gran bloque de quejas dirigidas al Defensor del Pueblo que versan sobre la ordenación de las prestaciones sanitarias. La necesidad de profundizar en la estrategia y actualización de ordenación normativa de las prestaciones, es, en efecto, una constante propia de esas quejas formuladas por los ciudadanos y encuentran su justifica-

ción en el notable avance del progreso científico en el campo de la biomedicina y en la constatación de desequilibrios territoriales y de diferencias, cada vez mayores, en las carteras de servicios de los Servicios de Salud. Estos planteamientos sobre diferencias en las carteras de servicios, según se trate de una u otra comunidad autónoma, se proyectan, fundamentalmente, en aspectos tales como nuevas terapias y medicamentos, calendario de vacunación, salud mental, enfermedades raras o poco frecuentes, diagnóstico genético preimplantatorio, cuidados paliativos y tratamiento del dolor, aplicación de técnicas de reproducción humana asistida a personas con VIH, tratamiento reparador de la lipoatrofia en VIH/SIDA, atención bucodental, cirugía de reasignación de sexo, atención podológica a pacientes diabéticos, terapias contra el tabaco y ayudas económicas a personas celiacas.

Por su especial significación, y en un intento de transmitirles el alcance y naturaleza de las actuaciones del Defensor del Pueblo en relación con la ordenación de prestaciones en el Sistema Nacional de Salud, permítanme que descienda a detalles concretos y que efectúe una breve semblanza de dos de las investigaciones en esta materia.

La primera de ellas, a raíz de la situación expuesta por representantes de asociaciones de pacientes con enfermedades degenerativas, quienes, tras poner de relieve la especial situación de las familias con personas afectadas por una enfermedad genética grave, resaltaban la necesidad de reconocer el derecho al diagnóstico genético preimplantatorio en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

En las quejas planteadas, se resaltaba que los progresos alcanzados en la aplicación de las técnicas de diagnóstico genético, han permitido la identificación de algunos de los genes cuyas mutaciones son responsables de ciertas enfermedades hereditarias; que la incorporación de estas técnicas al diagnóstico prenatal ha abierto un campo esperanzador para muchas parejas, con elevado riesgo de transmitir una enfermedad hereditaria grave a sus descendientes; que mediante el diagnóstico genético preimplantatorio pueden seleccionarse preembriones libres de la enfermedad que padecen. para impedir el riesgo de nacimiento de hijos con enfermedades o la necesidad de una interrupción voluntaria del embarazo por enfermedad fetal, y que, tal y como ya acaecía en alguna comunidad

autónoma, los servicios de salud deberían incluir, en sus catálogos de prestaciones, el derecho a los procedimientos de diagnóstico genético preimplantatorio a aquellas personas que presentan riesgo de transmitir a sus descendientes determinadas enfermedades de base genética.

Ya en el año 2008, el Ministerio de Sanidad y Política Social ha puntualizado que el diagnóstico genético preimplantatorio no puede considerarse, de forma genérica, como excluido de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, si bien no se menciona expresamente en la cartera de servicios de este sistema, y que, en un futuro próximo, se van a iniciar actuaciones para detallar o actualizar diferentes aspectos de dicha cartera de servicios, pudiendo ser el diagnóstico preimplantatorio uno de los temas a especificar.

La segunda de las investigaciones, todavía en trámite ante las comunidades autónomas, guarda conexión con el hecho de que algunos servicios de salud deniegan sistemáticamente la posibilidad de que las personas con VIH pueden ser sometidas a técnicas de reproducción humana asistida, exclusión que se traduce en una discriminación que no es objetiva ni razonable, en la medida en que el nivel de la ciencia médica permite, en determinados supuestos, el acceso de las personas con VIH a dichas técnicas.

En conexión con lo anterior, el Ministerio de Sanidad y Política Social ha expresado, en un reciente informe dirigido al Defensor del Pueblo, que la infección por VIH no tiene por qué generar situaciones discriminatorias para el acceso a las técnicas de reproducción asistida cuando sean necesarias para la obtención de una gestación o para evitar la transmisión materno-infantil del VIH. La Administración sanitaria ha puntualizado también que ocho comunidades autónomas han comunicado al Ministerio de Sanidad y Política Social que, en sus respectivos ámbitos territoriales, unidades de reproducción asistida de centros hospitalarios ya han incluido en sus carteras de servicios, o se encuentran en fase de inclusión, técnicas de reproducción asistida para su aplicación a personas con VIH.

El área de sanidad del Defensor del Pueblo viene gestionando otro grupo importante de quejas centrado en la organización y funcionamiento de los centros sanitarios. Problemas de información;

dificultades derivadas de la existencia de circuitos asistenciales complejos y burocráticos; deficiencias en la accesibilidad a los servicios: progresiva escasez de profesionales en determinadas áreas clínicas; y amplias demoras en la prestación de la asistencia sanitaria son algunos de los aspectos resaltados en estas quejas.

Un análisis pormenorizado de todos estos aspectos sería tarea inapropiada para una intervención panorámica como esta. Voy a limitarme, por ello, a una breve mención de las cuestiones relacionadas con las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud, que tanto eco despierta en los medios de comunicación. La preocupación del Defensor del Pueblo por este asunto está en consonancia con el número y naturaleza de las quejas recibidas en materia de sanidad, que inciden, especialmente, en la existencia de amplias listas de espera para consultas externas, pruebas y técnicas diagnósticas e intervenciones quirúrgicas programadas. En estas quejas subyace que la demora en obtener la asistencia debida es la principal causa de insatisfacción de los ciudadanos con la sanidad pública.

Debido a ello, la Comisión Mixta Congreso/Senado, de Relaciones con el Defensor del Pueblo, sugirió al titular de esta Institución la elaboración de un estudio monográfico sobre listas de espera en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, estudio que se llevó a cabo a lo largo de 2002 y que fue presentado ante la mencionada Comisión el 1.6 de diciembre del mismo año.

En la actualidad, la práctica totalidad de los servicios de salud de las comunidades autónomas han regulado tiempos máximos de acceso a las prestaciones, en línea con las recomendaciones formuladas por el Defensor del Pueblo, con ocasión del referido estudio monográfico. No obstante ello, es menester destacar que los planes corporativos diseñados por las Administraciones sanitarias, tienen como objetivo principal la reducción de la demora quirúrgica, con frecuente olvido de las áreas de consultas externas y de pruebas diagnósticas. Fiel expresión de lo anterior, es que todavía subsisten, en algunos casos, amplios e inaceptables, en ocasiones, tiempos de espera en consultas y pruebas diagnósticas.

Desde otro ángulo, y más allá del asunto de las listas de espera, la actividad del Defensor del Pue-

blo en materia de protección de la salud otorga especial consideración a los problemas suscitados por las quejas recibidas en relación con enfermos crónicos, o en fase muy avanzada de su enfermedad, a quienes se les concede el alta hospitalaria y, sin embargo, no pueden ser atendidos, con las condiciones que su estado requiere, en el propio domicilio. o no encuentran residencia asistencial alternativa donde ser ingresados. Ello muestra la importancia de poner el acento en la necesidad de configurar recursos sociosanitarios, ámbito que compone otro núcleo importante de quejas presentadas ante el Defensor del Pueblo, las que hacen mención a la atención sociosanitaria.

En estas quejas se plantea la situación de aquellas personas que, por no precisar un tratamiento exclusivamente sanitario ni requerir solo una atención social, encuentran dificultades para solucionar sus problemas, al no ser cabalmente atendidos ni por el Sistema Nacional de Salud, ni por los sistemas de acción social. Esta situación, que adquiere todavía una mayor dimensión a causa de los cambios demográficos que están acaeciendo en España y en todos los países de nuestro entorno, derivados fundamentalmente del aumento de la esperanza de vida y la escasa tasa de natalidad, exige que se preste una especial atención a la planificación, organización y gestión de la asistencia socio-sanitaria.

También sobre este extremo se ha pronunciado el Defensor del Pueblo, con ocasión de la elaboración de un informe sobre la atención sociosanitaria en España, en el que se contenían asimismo diversas recomendaciones a las Administraciones públicas competentes, en orden a dar respuesta a las necesidades de los segmentos de la población que precisen la atención integral de medidas sanitarias y sociales. En la actualidad, todos estamos pendientes de la efectiva aplicación de la denominada Ley de Dependencia.

No quiero dejar pasar la ocasión de referirme a un bloque de quejas que me parece relevante para la protección de la salud. Se trata en esas quejas de diferentes aspectos que integran el ámbito de la salud mental. Aun cuando se han producido algunos avances en la atención a la salud mental, es obligado reconocer que persisten carencias e inadecuaciones en este tipo de atención, especialmente en la provisión de recursos comunitarios de rehabilitación. Sobre ello, cabe señalar los acusa-

dos desequilibrios territoriales en cuanto a la dotación de recursos, según se trate de una u otra comunidad autónoma.

En el marco de esta realidad, el Defensor del Pueblo ha subrayado, en no pocas ocasiones, la urgente necesidad de que, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, se adoptaran iniciativas estratégicas para impulsar las actividades de prevención, diagnóstico precoz, tratamiento, rehabilitación y reinserción social. Pues bien, una singular evocación merece el hecho de que el Consejo Interterritorial aprobó el documento "La Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud", publicado en 2007, en alguno de cuyos apartados se hace mención expresa a planteamientos del Defensor del Pueblo en esta materia.

Por su extraordinaria relevancia, por coincidir con los planteamientos expresados por el Defensor del Pueblo en informes monográficos y de gestión presentados ante las Cortes Generales y por su virtualidad actual se reflejan seguidamente algunas de las principales conclusiones contenidas en el citado documento, como son:

- la insuficiente dotación de recursos humanos y de estructuras para una rehabilitación y reinserción social de calidad.

- la falta de recursos comunitarios capaces de garantizar la autonomía de los pacientes con trastorno mental grave y el notable esfuerzo de las familias.

- la inexistencia, en algunos territorios, de programas específicos y bien desarrollados para grupos especialmente vulnerables (menores y adolescentes, ancianos, penados, etc.).

- l- a importante medicalización y la tendencia a la utilización exclusiva de los instrumentos farmacológicos, que consumen menos tiempo y exigen menos pericia e implicación de los profesionales, para la atención de trastornos que requerirían intervenciones psicoterapéuticas.

- el número creciente de problemas de salud mental, que desborda, en muchos casos, la capacidad de los profesionales, obstaculizando intervenciones con criterios de buena práctica clínica.

- la inexistencia de modelos generalizados de coordinación entre atención primaria y salud mental.

- la falta de una integración generalizada de la red de atención a las drogodependencias, y

- la variabilidad de la práctica clínica, mayor en salud mental que en otros ámbitos clínicos.

En otro orden de cosas, una singular mención merece las quejas planteadas al Defensor del Pueblo y que guardan relación con las enfermedades raras o poco frecuentes, que afectan aproximadamente a tres millones de personas en España. En estas quejas se subrayan especialmente los graves problemas que presentan estas enfermedades, como consecuencia de acusadas dificultades en su diagnóstico y tratamiento, en gran medida por el hecho de que el sistema sanitario, con vocación universal, no reconoce, al menos suficientemente, la especificidad de estas patologías, al dirigir su acción a las enfermedades de alta prevalencia.

En el marco de su preocupación por la falta de una cobertura sanitaria y social adecuada para un segmento de la población cada día más amplio, el Defensor del Pueblo promovió una investigación de oficio ante el Ministerio de Sanidad sobre la realidad epidemiológica sanitaria de las enfermedades raras en España, investigación que se extendió a las comunidades autónomas, respecto a la adopción de medidas concretas y estructurales que permitan dar respuesta a las específicas necesidades de las personas residentes en sus respectivos ámbitos territoriales y afectadas por las referidas patologías.

En este contexto, es ineludible hacer referencia a la Estrategia Nacional para las Enfermedades Raras, impulsada por el referido Ministerio en 2008. que nace con la vocación de promover el reconocimiento, prevención, diagnóstico, tratamiento e investigación en este campo. Esta Estrategia proyecta un cierto atisbo de reconocimiento de una realidad, como es la de las enfermedades raras, que, tradicionalmente, ha permanecido en la invisibilidad. No obstante ello, es menester reconocer que todavía son muchos los retos pendientes para garantizar una atención de calidad a los tres millones de personas con enfermedades raras en España.

La existencia de reacciones adversas y la necesidad de investigar las circunstancias concurrentes en la atención prestada están presentes en lo que podríamos considerar otro bloque diferenciado de quejas ante el Defensor del Pueblo, las relativas a la seguridad de los pacientes.

En este importante capítulo cabe comenzar señalando que en España, si bien se ha implantado alguna innovación para el control de las reacciones adversas, no parece existir todavía una cultura suficiente acerca del reconocimiento del error. Esta afirmación quedó reflejada, como uno de los problemas prioritarios en el Sistema Nacional de Salud, en el documento Estrategia en Seguridad del Paciente, elaborado en 2005 por el Ministerio de Sanidad.

Aun cuando la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud ha realizado análisis de situación en el ámbito de la seguridad del paciente, para, posteriormente, proponer estrategias de intervención en este campo, de las quejas planteadas ante el Defensor del Pueblo se infiere la necesidad de promover e impulsar, de forma urgente y decidida, una nueva cultura en relación con la seguridad y responsabilidad en el ámbito sanitario. Se trata, en definitiva, de establecer una cultura de la calidad y la prevención que facilite la reducción de las incidencias clínicas a través del estudio de las causas y la continua mejora de la práctica profesional.

A tal fin, el Defensor del Pueblo viene subrayando, y así ha quedado expuesto en los últimos informes anuales presentados a las Cortes Generales y en diferentes actuaciones ante las Administraciones sanitarias, que una adecuada gestión de la seguridad y la calidad de la atención sanitaria exige, entre otros factores, desarrollar y mantener procesos eficaces y sistemáticos de investigación en relación con aquellas reclamaciones de pacientes que ponen de relieve incidentes de seguridad y que es prioritaria la implantación de sistemas para monitorizar la información sobre dichos incidentes, en orden a planificar medidas para evitarlos, y la delimitación de indicadores para medir la seguridad en la asistencia.

En este contexto, una mención singular merece la reciente Recomendación del Consejo de la Unión Europea, sobre la seguridad de los pacientes, de 5 de mayo de 2009, basada en los trabajos

desarrollados por la Alianza Mundial de la Seguridad del Paciente de la Organización Mundial de la Salud (OMS), por el Consejo de Europa y por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

En esta recomendación, tras reflejarse que la iniciativa del Consejo se acomete tras detectar que entre un 8 y un 12 por ciento de pacientes ingresados sufre efectos adversos durante el tratamiento, y que 1 de cada 20 pacientes hospitalizados sufre infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria, se resalta especialmente "el valor que aporta la información y la monitorización de indicadores de calidad y seguridad asistencial y la necesidad de implantar tecnologías avanzadas de información que sirvan para definir estrategias comunes dirigidas a combatir los efectos adversos, a través de sistemas de notificación no punitivos, que sirvan para el aprendizaje de los profesionales, y la puesta en marcha de medidas de prevención".

La referida recomendación otorga al paciente un papel protagonista, determinando que éste debe ser informado de normas de seguridad y de las mejores prácticas sanitarias. Ello debe ser así, en mi criterio, máxime si se tiene presente que la perspectiva del paciente es esencial para conocer realmente cuáles son las causas de la insatisfacción asistencial y, a su través, las posibles disfunciones del sistema sanitario.

A este respecto, cabe señalar que una de las causas, quizá la principal, del conflicto o de la insatisfacción de los pacientes está en relación directa con la falta de suficiente y adecuada información antes, durante y después del proceso asistencial. Así se desprende de no pocas quejas formuladas ante el Defensor del Pueblo, que, si bien se articulan en torno a la seguridad de los pacientes u otros aspectos conexos a la práctica profesional, se dirigen, en primer término, a obtener una información suficiente y comprensible, para, una vez lograda, formarse una opinión y, en su caso, determinar las posibles vías para una defensa efectiva de sus derechos.

Abundando en lo expuesto, conviene advertir que la relación entre calidad asistencial y satisfacción de los pacientes es compleja. La percepción de la satisfacción depende en gran medida del grado de participación que el paciente percibe en su relación clínica y del nivel de comunicación alcanzado. De ahí se desprende que los pacientes más

informados son los que desean participar más activamente en la toma de decisiones que puedan repercutir sobre su salud.

En otro plano de actividad, dada su importancia y la posible repercusión en la actividad del Defensor del Pueblo. Cabe, aludir a la ley de investigación biomédica, publicada en el año 2007, que viene a regular aspectos que no habían sido regulados anteriormente, o lo habían sido de manera fragmentaria, o sin tener en cuenta los últimos progresos registrados en este ámbito, como los análisis genéticos, la investigación con muestras biológicas humanas, especialmente las de naturaleza embrionaria, y los denominados biobancos o bancos para la vida. La ley parte de los principios de dignidad y de protección de la integridad e identidad del ser humano en cualquier parcela de la investigación biomédica.

Finalmente, conviene recordar que los avances científicos en relación con la vida siempre van por delante, como es natural, de su regulación jurídica; que el derecho debe acomodarse. Para, ser eficaz, a las modalidades de aplicación práctica de los progresos científicos, que se van produciendo antes de ser regulados, sobre todo en lo que concierne a la trayectoria vital de las personas. Ese desajuste temporal entre las ciencias de la vida, por un lado, y el derecho que regula su aplicación, por otro, suele originar un vacío normativo en relación con problemas concretos que pueden dar lugar, a veces, a situaciones de indefensión. Así ha sucedido con alguna queja recibida en el Defensor del Pueblo en relación con el diagnóstico genético preimplantatorio y con la utilización de preembriones con fines de investigación

Efectuado un panorama sintético y forzosamente incompleto de la realidad de la protección del paciente desde la perspectiva de una Institución constitucional como el Defensor del Pueblo, encargada de supervisar la actividad de las distintas Administraciones para garantizar que esa actividad se ajusta a los derechos fundamentales de las personas, es preciso reiterar que la protección del paciente constituye, en la actualidad, una prioridad en las políticas de salud de los países avanzados, en consonancia con el hecho de que uno de los aspectos, si no el principal, que más preocupan a los pacientes es el de su protección y seguridad.

Concluyo ya, manifestándoles de nuevo mi satisfacción por la celebración de este XVIII Con-

greso, que viene a dar respuesta a las expectativas y demandas de todos los interesados en temas relacionados con el derecho y la salud y que, sin duda, constituye un referente importante para todos aquellos que quieran profundizar en el conocimiento de los problemas que se plantean en la aplicación del ordenamiento jurídico a la actividad sanitaria.

Por ello, mi más sincera felicitación a cuantos desde la Asociación de Juristas de la Salud han hecho posible la celebración de este evento, en el que se abordan cuestiones de suma relevancia social, sanitaria y jurídica, cuyos frutos deseo copiosos y estimulantes.

NUEVOS DERECHOS DEL PACIENTE DESDE SU CONDICIÓN JURÍDICA COMO CONSUMIDOR¹

Jorge Tomillo Urbina

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Cantabria

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.- 2. EL PROCESO JURIDIFICADOR DEL ACTO MEDICO COMO ELEMENTO CORRECTOR DE LA ASIMETRÍA.- 3. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO A LAS RELACIONES SANITARIAS.- 4. UN SUPUESTO ESPECÍFICO: LA APLICACIÓN AL ÁMBITO ASISTENCIAL DEL SISTEMA RESPONSABILÍSTICO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

1. PLANTEAMIENTO

La moderna irrupción del Derecho de Consumo en el ámbito sanitario puede contribuir a reequilibrar un binomio tradicionalmente asimétrico como es la relación médico-paciente. En efecto, se ha dicho más de una vez, y esto es rigurosamente cierto, que en los últimos años se ha iniciado una transición y estamos dejando atrás -quizá “evolucionando” en sentido darwiniano- un sistema vertical, autoritario, un sistema que encontraba fundamento ideológico en el principio de beneficencia, en hacer el bien, en aliviar el dolor del prójimo bajo la tutela paternalista del médico. En el sistema tradicional, el paciente desempeña un papel de *sujeto-paciente* como mero destinatario sumiso y obediente -desde el punto de vista social y desde el punto de vista existencial- a las

órdenes e instrucciones “superiores” del facultativo. Pero hoy en día la estructura y los valores sociales predominantes está cambiando. Ya han cambiado mucho. La sociedad moderna ha dejado de admitir esquemas y comportamientos con los que transigía hasta hace relativamente poco tiempo entre la complacencia de unos y la resignación de otros.

Las posiciones *asimétricas* y las situaciones de *sometimiento* empiezan a no ser toleradas socialmente, cuando no resultan llanamente rechazadas. Nos encontramos ante una sociedad cada vez más moderna y reivindicativa que reacciona y se rebela ante realidades que percibe como injustas por impositivas y discriminatorias, un cuerpo social que ya no se resigna a soportar la desigualdad como un *fatuum* insalvable. No hay más que observar los principales ámbitos que conciernen a las tradicionalmente llamadas profesiones liberales, en cuyo seno cada vez está siendo más frecuente tropezar con situaciones de “insubordinación” protagonizadas por grupos o sectores sociales que hace escasas décadas se resignaban con cierta facilidad. También en el mundo de la medicina asistencial se

¹ La primera parte del presente trabajo se encuentra recogida de forma ampliada en J. TOMILLO URBINA en “La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor” en J. TOMILLO URBINA y J. CAYÓN DE LAS CUEVAS (Dir.), *La protección jurídica del paciente como consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 55-71.

observan tradicionalmente situaciones de asimetría y ritos de sometimiento y subordinación. Estas cuestiones deben abordarse en un contexto histórico, y la forma más eficaz de verlo es analizar la horma en la que han ido tomando forma.

2.- EL PROCESO JURIDIFICADOR DEL ACTO MEDICO COMO ELEMENTO CORRECTOR DE LA ASIMETRÍA

Puede ser ilustrativo que nos detengamos en averiguar el origen del actual proceso juridificador del acto médico y en desgranar las reglas que resultaban anteriormente de aplicación en el mundo de la medicina. La juridicidad del acto médico empieza a plantearse como una seria necesidad en Estados Unidos a principios del siglo XX por el juez Benjamin Cardozo, que tuvo el mérito de redactar las primeras resoluciones judiciales en las que se ensayaba un tratamiento jurídico sistemático de la negligencia médica (no del acto médico). Naturalmente, dentro de las peculiaridades del sistema del *leading case* norteamericano y concebida la negligencia a la usanza anglosajona, como culpa grave². En su labor jurisprudencial establece un principio singularmente adelantado para su época, que fue recibido con polémica entre los profesionales de la salud: “[...] *todo ser humano adulto y con mente sana tiene derecho a decidir qué se hace con su cuerpo, de manera que un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento del paciente realiza una agresión de cuyas consecuencias es responsable*”.

Con estos precedentes –nunca mejor dicho Cardozo fue invitado a dar una conferencia ante la Academia de Medicina de Nueva York en 1928. En ella defendió la juridificación del acto médico como fruto del trabajo conjunto de juristas y sanitarios. Basaba esta idea en dos argumentos. En primer lugar, decía que ambas profesiones estaban unidas por un origen común³, que el primer médi-

² Véanse las interesantes consideraciones realizadas por A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 14 y ss. Con cita de R.R. FADEN/T.L. BEAUCHAMP: *A history and theory of informed consent*, Oxford University Press, Oxford, 1986, pp. 120 y ss., comenta el autor la conocida sentencia *Schoendorff vs. Society of New Cork Hospital*, de 1914.

³ Cfr. A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 15 [nota 4], con cita de B. CARDOZO:

co fue a la vez sacerdote, al igual que también lo fue el primer juez y el gobernante que recibía los mandatos divinos. En segundo lugar, afirmaba que unos y otros compartían igualmente un objetivo común (*common quest*): la preocupación por la “sanación” (*recovering*) de situaciones de orden alteradas por la irrupción de factores perversos, como la enfermedad en el caso de la medicina, y el crimen en el caso del derecho. Por ello médicos y juristas aparecen unidos por el mismo empeño en restablecer situaciones ideales alteradas por la enfermedad o por la injusticia, respectivamente⁴.

Y es precisamente esta conexión funcional la que debe allanar el camino hacia una estrecha colaboración entre ambas profesiones, muy importante si se quiere que el jurista pueda desarrollar su actividad con provecho social⁵. Para ello, debe postularse el sometimiento a derecho del acto médico mediante la ruptura del principio de soberanía de los códigos deontológicos. El razonamiento es muy sencillo: los ciudadanos empiezan a exigir que las conductas de los médicos sean enjuiciadas no solo por los médicos, con criterios médicos, sino también por la sociedad con arreglo a los valores imperantes en cada momento. Todo ello sin

“What can medicine do for law?”, en *Law & Literature*, Fred B. Rothman & Co. Littleton. Colorado, 1986, pp. 70 y ss., quien afirma “[...] *There hovered over each the nimbus of a tutelage that was supernatural, if not divine*”.

⁴ No eran las únicas coincidencias entre ambas profesiones señaladas por CARDOZO. También se refería a que juristas y médicos pertenecen al mismo estrato social, lo que debe –según él– facilitar su camaradería (vid. A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 17). Pero este argumento, arcaico y clasista, se acomoda escasamente a los valores sociales comúnmente aceptados en la actualidad.

⁵ Con saludable sentido del humor, CARDOZO se pregunta en su conferencia de 1928 por qué ha sido él precisamente –juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos– el primer jurista invitado a pronunciar una conferencia en la Academia de Medicina. Para explicarlo, cuenta la historia de un moribundo al que su confesor pedía que se arrepintiese de sus pecados para librarse del infierno. Él moribundo así lo hizo pero, ante el pasmo del clérigo, también empezó a dirigirse a Satanás llamándolo “mi Señor”. El confesor le reprendió con dureza instándole a que no hiciera semejante cosa, pero el enfermo argumentó que lo hacía con la esperanza y propósito de que el diablo le tratase mejor *post mortem* si en vida le había ofrecido alguna buena palabra. Concluye CARDOZO, con agudeza, que esta prevención en cuanto a las manos en que puede uno caer en el futuro es la razón que pudo llevar a los médicos a invitarle a intervenir en su Academia, y también el motivo por el que él mismo pudo haber decidido aceptar la invitación.

perjuicio de los criterios jurídicos y científicos que informan la legislación y la jurisprudencia a través del concepto “*lex artis ad hoc*”.

De esta relación entre médicos y juristas existe testimonio histórico documentado en la época medieval. Ambos estudiaban lo que llamaban artes primas: Teología, Derecho y Medicina, y gozaban de alta consideración social. Pero también pensaban que el acto médico y oficio jurídico eran realidades escindibles, separables por su diferente materia. El jurista se ocupaba de asuntos contenciosos, mientras que el médico entra en juego en una relación no conflictiva. Las personas implicadas en la relación asistencial persiguen un mismo objetivo, que es la salud del paciente. Consecuentemente, como en el acto médico no hay conflicto subyacente, se aleja del ejercicio de las profesiones jurídicas entendidas como relaciones profesionales en las que el conflicto constituye el elemento característico y primordial.

Este peculiar entendimiento del derecho no tardó en suscitar algunos recelos en el ámbito de la medicina. Se rechazaban las profesiones jurídicas porque de alguna forma se pensaba que su praxis era opuesta al ejercicio benevolente, sacrificado y benefactor que se llevaba a cabo en la medicina tradicional. En este ámbito prevalecía un sentimiento de ayuda al enfermo. No era exactamente un ejercicio profesional, sino más bien un sentimiento humanitario derivado de la compasión que sentía el ser humano ante el sufrimiento y la enfermedad. Por esta razón surgen personas altruistas que se especializan en aliviar este sufrimiento. Así surge la relación médico-paciente como vínculo de colaboración completamente diferente de la *advocatio* en interés de parte que realiza el abogado.

En esta relación de colaboración entre médico y paciente se hace mucho hincapié. Es un tópico recurrente y así lo manifiestan las diferentes fuentes históricas. Son frecuentes las referencias a la entrega del médico, que se deriva de su condición de “ser humanitario”. Esto presupone que el médico tenía que soportar sacrificios y privaciones con la finalidad de beneficiar a sus pacientes. En los códigos deontológicos medievales se hace mención al “*sacrificio extraordinario*” que el médico debe asumir para que los pacientes estén bien atendidos. Se dice que la salud del paciente prevalece sobre las diversiones, sobre el descanso, incluso sobre la vida familiar del médico. Y también

se contemplaba otro factor en las fuentes clásicas: además del sacrificio o renuncia estaba el *riesgo*, porque la medicina comportaba un riesgo. El temor al contagio siempre está latente –y más aún en el pasado– porque la actividad curativa implica proximidad y ello supone un peligro para el facultativo. A partir de aquí, se empieza a construir lo que llamamos el *principio de confianza*.

Según el modelo tradicional, el acto médico se rige por el principio de confianza, desde cuya perspectiva, aquél no es sino un acto de beneficencia que el facultativo realiza con entrega inspirado por la idea de hacer el bien de forma altruista. La clave del acto médico no es la remuneración sino la sanación, y la naturaleza de la relación médico-paciente está impregnada del principio de confianza y no del principio mercantil de la retribución profesional. De aquí se concluye que el derecho no es la técnica más apropiada para el tratamiento del ejercicio de la medicina, a cuyo través se prestaba un servicio humanitario para aliviar la situación desgraciada del enfermo⁶. Más aún, prestigiosos autores como Pedro Laín Entralgo llegan a decir que la *excesiva* presencia de la idea de derecho en el paciente es un vicio para la relación médica ideal, incluso un peligro moral para el enfermo⁷. Imaginemos lo que ocurriría en esta época si alguien proclamara públicamente, con más o menos

⁶ Es interesante la reflexión que hace A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 19, poniendo de manifiesto que históricamente “el médico prefiere que las referencias normativas necesarias para el ejercicio de su actividad, incluso en esos campos donde puede interferir el interés social, sean aportadas por normas éticas, por normas de deontología profesional, antes que por normas jurídicas. *El médico muestra un rechazo hacia el mundo del derecho, que se presenta para él como contrario por esencia al ejercicio que practica*”. Quizá la afirmación se expresa en unos términos excesivamente generales, pero apunta hacia un sustrato sociológico indudablemente real. Determinados sectores reclaman una normativa específica y exclusivamente médica –elaborada por profesionales y para profesionales– creyendo que “la misión de la ley es controlar la actividad del facultativo mientras que la de la normativa profesional es esencialmente favorecerla” (*loc. cit.*, p. 24).

⁷ P. LAÍN ENTRALGO: *La relación médico-enfermo. Historia y teoría*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, p. 375. Para A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 22 [nota 20], la idea que subyace aquí es que “las leyes humanas son necesarias para regir los problemas de conducta social y colectiva, pero no para los de conducta moral, por ser esta antirreglamentaria, debiendo quedar a la espontaneidad”.

crudeza, que el Estado de Derecho es un peligro moral para los enfermos.

Gregorio Marañón también escribió su particular visión sobre el encuentro entre los mundos del Derecho y de la Medicina. En su criterio, al legislador le resulta muy fácil redactar normas y preceptos, sin embargo la medicina es mucho más complicada, puesto que debe dar respuesta de manera concreta a situaciones dolorosas⁸. De aquí pasaba a concluir, sin más, que “la vida caudalosa y varía de los instintos no se acomoda a los rígidos preceptos de la ley, y el médico, que no es legislador, sino médico, no puede dar la ley fría y severa como respuesta y medicina al corazón angustiado, sino que tiene que buscar soluciones humanas, para los humanos dolores, *esperando, si roza la ley, que el juez le comprenda y le perdone*”⁹ (*sic.*).

Si tomamos los anteriores razonamientos para llevarlos hasta sus últimas consecuencias, nos encontramos con que –para el modelo tradicional– la respuesta del enfermo ante el error médico, incluso ante la negligencia conceptual, tiene que ser única y unitaria: el aguante y la resignación. Es decir, en palabras del propio Gregorio Marañón¹⁰ “*el enfermo debe aceptar un margen de inconvenientes y de peligros derivados de los errores de la medicina y del médico mismo como un hecho fatal, como acepta la enfermedad misma*” (*sic.*). Si es criticable afirmar hoy día –y además, ciertamente, en interés propio– la inmoralidad del Estado de Derecho, huelga comentar el escándalo social que se levantaría si las autoridades sanitarias recomendaran al paciente la aceptación del error médico con la misma resignación con que acepta la propia enfermedad.

En el mundo actual estos planteamientos son frontalmente rechazados, atribuyéndoseles además la misma tacha de inmoralidad invocada antaño por sus defensores en bien distinto sentido. Pero debemos recordar que fueron sustentados públicamente por relevantes personalidades hasta hace no demasiado tiempo. Desde esta perspectiva, con-

viene tener en cuenta que cuando algunos juristas suscitamos el debate sobre el modelo sanitario tradicional y proponemos reemplazar éste por un modelo moderno de servicio público constitucionalizado, construido desde la óptica civil de los derechos fundamentales y libertades públicas, no lo hacemos con el propósito de agredir a ningún profesional de la Medicina o del Derecho. Únicamente nos anima el objetivo de superar definitivamente un modelo que está lastrado tanto por un fuerte y anacrónico contenido ideológico, cuanto por la peculiar y atormentada historia de España. En esta tarea, nunca se deben perder de vista los ingredientes examinados. Sólo así podremos percibir con claridad lo que nos exige la ciudadanía y establecer el punto desde el que los juristas queremos cimentar la *transición*. Y también estaremos en condiciones de debatir cabalmente hasta dónde queremos, podemos o debemos llegar unos y otros profesionales.

En el modelo tradicional, como se ha dicho, subyace la idea de que la misión de la ley es *controlar* la actividad del facultativo, mientras que la misión del código deontológico es *ayudar* al facultativo, de donde se extrae la conclusión relativa a que los códigos deontológicos no deben ser sustituidos por leyes elaboradas en el parlamento por los legítimos representantes de la soberanía popular. En mi opinión, aquí es justamente donde hay que “cortar”. No es de recibo considerar incompatible el papel de salvar vidas humanas con la existencia de un conjunto de normas jurídicas orientadas a establecer márgenes de actuación y a articular elementos de responsabilidad del profesional. No puede cuestionarse esto hoy día, y nadie debería insistir más en ello. Sí deben denunciarse algunas reacciones pendulares que se producen con alguna virulencia en forma de agresiones contra algunos profesionales de la sanidad. La autonomía del paciente significa que éste pasa a ser sujeto de derechos, y dentro de éstos se incluye la toma de decisiones relativas a su propia salud. Al paciente se le dice: “a partir de ahora es usted quien decide”; pero no puede decidir agredir al profesional, porque también es sujeto de obligaciones. La agresividad física o verbal que en ocasiones se produce contra profesionales es intolerable. Pero no es menos inadmisibles la tendencia que algunos profesionales alientan de cara a responder a la juridificación del acto médico refugiándose en prácticas de sobreabundancia de diagnósticos y pruebas previas

⁸ G. MARAÑÓN: “Vocación y ética”, en *Vocación y ética. Y otros ensayos*, Espasa Calpe, Madrid, 1981, p. 86. Asegura que “[...] el legislador lo arregla todo muy fácilmente; le basta con escribir: ‘artículo 5, esto no debe hacerse’ (*sic.*), y nada más”.

⁹ *Ibid. cit.*, p. *cit.*

¹⁰ *Cf.*: G. MARAÑÓN: “La responsabilidad social del médico”, en *Vocación y ética*, *cit.* p. 116.

(*medicina defensiva*), en las que de alguna forma se busca respuesta ante una situación de “acoso” - más imaginaria que real, como se deduce del análisis de la jurisprudencia más reciente-, derivada de la prevalencia de la norma jurídica sobre las reglas corporativas.

También es verdad que aún no se han difuminado por completo algunos atavismos de corte medieval. Cada vez es más difícil encontrar profesionales de la medicina que consideren que la responsabilidad civil patrimonial es incompatible con la actividad curativa. Pero sí está relativamente extendida la idea de que el concepto de ilicitud civil, el concepto de sanción y el concepto de responsabilidad patrimonial integran insoportablemente un elemento axiológico que incluye una gravísima descalificación moral. Para no pocos profesionales, ser declarado civilmente responsable como consecuencia de un acto determinado es infamante.

Sobre esto se ha hecho poca pedagogía. No se ha sabido explicar que el derecho privado maneja otro tipo de categorías desde hace mucho tiempo. Las *sanciones* jurídicas en el orden civil responden básicamente a criterios de reasignación de costes sociales. Dicho con otras palabras, están desligadas de cualquier idea de *reproche moral*, sobre todo desde el momento en que se teoriza el concepto de responsabilidad objetiva, en cuyo seno no hay ni un gramo de negligencia ni de reproche conductual. Las nuevas técnicas responsabilísticas diseñadas para su aplicación a sectores de riesgo cualificado se construyen, *grosso modo*, a partir de la conexión entre un acto u omisión que produce un resultado dañoso causalmente relacionado. Esto es lo que se indemniza, aunque se acredite que el profesional actuó con la debida diligencia. En los modernos sistemas jurídicos, la obligación de resarcir puede venir ligada a conductas que no son infamantes en grado alguno. Simplemente, están llamados a desempeñar una función de redistribución o ajuste de costes en función de una aplicación económicamente sensible, no digo analítica, del fenómeno jurídico.

No siempre se presta suficiente atención al hecho de que se está acometiendo el transbordo desde un sistema –que data de tiempo inmemorial- presidido por el paternalismo y la beneficencia, hacia otro sistema radicalmente distinto, gobernado por el respeto a los derechos fundamentales y

libertades públicas, que considera al paciente como sujeto de derechos. Evidentemente, todo cambio de paradigma debe sortear escollos, y éste de manera especial. Piénsese que el modelo tradicional basado en la preeminencia del facultativo, atribuye a éste una autoridad específica respecto de la que debía guardarse subordinación social: el enfermo era alguien incapaz de gobernarse así mismo, por esto necesitaba ser dirigido por el médico.

Se consideraba que el médico era moralmente superior al enfermo, por lo que le correspondía ejercer sobre él el poder y la autoridad. Hasta tal punto que algunos autores clásicos (v. gr.: Platón o Aristóteles), utilizaban la supremacía del médico para justificar la teoría del caudillaje en las sociedades políticas¹¹ y otras formas de gobierno autoritario. La mentalidad social siempre se ha sentido seducida por las más diversas religiones, por cualquier rito chamánico, por fórmulas *mágicas* de curación. En los albores del cristianismo se apuntaba una distinción básica de las enfermedades: unas eran las enfermedades crónicas y otras las enfermedades agudas. De las enfermedades crónicas se dijo hasta el siglo XVI que se caracterizaban por tener un origen conocido: los desarreglos de las costumbres. Es decir, que el enfermo crónico es tal por su condición de descerebrado que no sabe gobernarse, y necesita que el médico benefactor, desde su superioridad moral, le imponga la manera de conducirse para tratar de revertir su situación. En segundo lugar están las enfermedades agudas, que según los griegos no tienen un origen conocido sino un origen divino, por lo que el médico no puede hacer nada. Si se cura una persona aquejada de una enfermedad aguda, es debido a un milagro. La conclusión no puede ser más interesante. Quien que fallece como consecuencia de padecer una enfermedad aguda, no tiene derecho a resarcimiento a reproche moral por mala praxis: es Dios quien ha *escrito* su suerte. Y qué decir del infeliz que fallecía a consecuencia de una enfermedad crónica. Como estas dolencias presuponian un desarreglo moral, era el fallecido quien merecía reproche por no haber seguido las conductas preceptuadas por el titular del conocimiento médico.

En otros términos, si los ingredientes de este plato son la superioridad moral del médico y el

¹¹ Cfr. A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 26.

poder que éste ostenta sobre un enfermo considerado moralmente discapaz, el producto resultante sólo puede ser la *inmunidad* y, transitivamente, la *impunidad* de los profesionales de la medicina, también compartida con jueces, sacerdotes y gobernantes, que tampoco respondían de sus actos desde una perspectiva historicista.

También depende de determinadas convicciones acerca de lo que es o no es el derecho como fenómeno social y normativo. Algunos entienden el derecho, siguiendo a Santo Tomás de Aquino y la escolástica, como la recta ordenación de la razón orientada al bien común y promulgada por quien tiene autoridad, y elaboran máximas *pedagógicas* como “el derecho es la racionalidad del sabio”, o “promulga quien manda”, que tienen en común la descripción de un modelo autoritario del derecho. Otros, por el contrario, preferimos buscar modelos pactistas con soporte constitucional, más atraídos por planteamientos resolutivos y pragmáticos como los que impulsaban a Ripert cuando afirmaba que las buenas leyes no debían ser otra cosa que tratados de paz entre fuerzas rivales que, mediante transacciones honorables, buscan encontrar espacios de paz donde todos quepan con comodidad.

Desde este planteamiento que defiende el avance autoritario de los modelos sociales, se puede llegar a construcciones inaceptables. Y no basta con decir que lo insoportable hoy día es el sufrimiento a la hora de morir, cuando hay técnicas para evitarlo o atemperarlo en alguna medida. Esto es cierto, pero la realidad no se agota en dicha afirmación porque también es insoportable que se tomen medidas sobre los enfermos sin su consentimiento, o que no se permita a éstos anticipar con claridad y seguridad su voluntad en tal sentido. Con lo cual volvemos otra vez a la vieja beneficencia, a presionar a los facultativos para que hagan cosas sobre las personas sin la voluntad de las personas e, incluso, contra la voluntad de las personas, porque se busca su bienestar (“es por tu bien”). Ello puede sonar altruista, pero en el fondo es puro paternalismo de corte medieval. El modelo sanitario tiene que fundamentarse en el consentimiento constitucional y en la juridificación del acto médico como relación de prestación de servicios. El médico ya no es un predicador ético de formas de vida, como en la época tradicional. Es un ciudadano como todos los demás, que no necesita anacrónicas exenciones jurídicas para asumir

con garantías el ejercicio de su actividad profesional.

Un dato curioso que puede dar alguna pista sobre el auténtico calado de este cambio de modelo, es que las fuentes históricas excluían a los cirujanos de la impunidad que proclamaban para los médicos¹². Pero no se hacía por criterios de justicia material, sino por prejuicios sociales. Aunque los ciudadanos perciban hoy día que la cirugía es un ámbito capital de la actividad médica, en la antigüedad no gozaba de tal consideración. Se la tenía por un *arte manual* impropio de las gentes cultas, por lo que quedaba fuera de las denominadas “artes liberales” compatibles con la “limpieza de sangre”, quedando completamente desprovista de inmunidad jurídica y de cualquier clase de prevalencia moral. Pues bien, la aproximación entre medicina y cirugía como consecuencia principalmente de que los médicos¹³ deciden ampliar sus competencias profesionales para comenzar a intervenir en el campo de la cirugía, lejos de propiciar un cambio de modelo como el actual juridificando la medicina a semejanza de la cirugía, traslada, por el contrario, a la cirugía el mismo marco de impunidad de la actividad médica tradicional.

Pero la aproximación –siquiera sea por absorción– entre la medicina y la cirugía fue a largo plazo uno de los motores del cambio hacia un modelo distinto de entender las relaciones entre el médico y el paciente. Con la práctica de la cirugía por parte de los médicos empieza a observarse desde algunos sectores profesionales que el mundo de la medicina no solo se mueve por la beneficencia en la transmisión de hábitos de comportamiento sanitario, sino que también se mueve por otras cosas que son mucho más importantes como, por ejemplo, la intervención directa en la salud de las personas a través de la cirugía o de la investigación, ambos al margen del ejercicio de la medicina entendida como comunicación de buenas prácticas. Obviamente, la percepción de que la medicina ya

¹² A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 30, se refiere a la diferencia esencial existente entre la medicina antigua y la medicina moderna, considerando “un anacronismo evidente pretender que la medicina conserve su consideración moral y su exención jurídica”.

¹³ Que tenían más preparación profesional que los cirujanos y también mayor jerarquía social, como sostiene A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 31, con cita de F. GUERRA: *Historia de la medicina*, Ediciones Norma, Madrid, 1982, p. 286.

no es una mera transmisión *ex auctoritas* de hábitos de comportamiento sino que también consiste en intervenir activa y directamente para mejorar la salud -y muy especialmente a través de la cirugía- fuerza la salida a la luz de criterios nuevos como la defensa de los derechos de los pacientes¹⁴, no restringidos al plano de la salud, sino orientados además a la elaboración de un conjunto de obligaciones a cargo de los organismos sanitarios, y también de contraprestaciones que le correspondería realizar al paciente.

También es verdad que, aunque el nuevo modelo ha tardado largo tiempo en llegar, su implantación se está llevando a cabo mediante una serie de movimientos relativamente rápidos no exentos el algún caso de una cierta aparatosidad, lo que ha alimentado recelos y desconfianzas en ciertos sectores de las profesiones sanitarias. Se ha llegado a afirmar que el médico padece un sentimiento de inseguridad ante el derrumbamiento del sistema clásico en el que ha sido formado, justo en un momento en que su responsabilidad jurídica ha pasado a primer plano, lo que justifica la pérdida de su antiguo sentimiento de seguridad¹⁵ ante el derecho.

Esta pretendida inseguridad dista mucho de ser general en las profesiones sanitarias, pero produce algunas reacciones y ciertas consecuencias prácticas perceptibles por los ciudadanos: la autonormación, la protección jurídica colectiva, el aseguramiento profesional y la medicina defensiva. El médico, en definitiva, se ve forzado a actuar jurídicamente. Pero no dentro de un esquema moderno de respeto a los derechos fundamentales de las personas, sino desde la equiparación de la juridicidad del acto médico a una agresión corporativa, lo que obliga a buscar mecanismos de respeto y técnicas defensivos, incluso en el derecho, situación que -se llega a decir- puede hacer imposible la praxis médica.

En mi opinión, no es así. Desde luego no debe serlo en ningún caso, porque si bien la jurisprudencia

¹⁴ Recuérdese el viejo y muy utilizado aforismo atribuido a HIPÓCRATES: "*primum non nocere*" ("*first do no harm*", para el mundo anglosajón), que puede considerarse un precedente remoto de la lucha "interior" por el reconocimiento de derechos en el paciente.

¹⁵ Aunque ya hemos visto cómo nunca hubo tal *seguridad* ante un fenómeno ajeno a la medicina como lo fue el derecho; a lo sumo, podría hablarse de *impunidad*.

dencia en la materia nos da ejemplo de condenas judiciales en el orden civil por negligencia médica, si lo miramos de manera cuantitativa y hacemos un cálculo de los actos médicos que se llevan a cabo cada día, de los cientos de miles de actos médicos, las acciones tendentes a buscar el resarcimiento constituyen una cantidad mínima, casi insignificante, y dentro de estos que llegan los que terminan con resolución judicial condenatoria son muchísimos menos¹⁶.

3.- LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO A LAS RELACIONES SANITARIAS.

El derecho a la salud integra de alguna forma un acervo básico que la Constitución Española garantiza a los ciudadanos. En efecto el artículo 51 CE recoge el derecho subjetivo de los consumidores y usuarios a la salud y seguridad cuyo régimen de cobertura normativa y de exigibilidad determina el artículo 53 CE, conforme al cual debe necesariamente concluirse, además, que este derecho

¹⁶ Dentro de este planteamiento, los tribunales, como es lógico, no se fundamentan en los códigos deontológicos, es decir, no son los médicos los que se juzgan a sí mismos, sino que es el Derecho del Estado el que juzga a los médicos. No obstante, son los criterios médicos la clave pericial de la apreciación de la buena o mala praxis en el ámbito de la medicina, recogiendo incluso la jurisprudencia conceptos tradicionales que, como es lógico, tienen que estar fundamentados en el conocimiento médico. Consecuentemente, no habrá condena judicial individualizada en aquellos casos en que el facultativo actúe utilizando los recursos disponibles con arreglo al estado de la ciencia, es decir, cualquier límite de responsabilidad pasa por tener en cuenta que a nadie se le puede exigir más que lo que el estado de la ciencia, utilizado a través de los mecanismos técnicos de los que dispone, puede ofrecer. No cabe pues exigencia de responsabilidad más allá de lo razonable; incluso en la *lex artis ad hoc*, esta exención de responsabilidad, por ofrecer al paciente todos los conocimientos y los medios disponibles es algo incuestionable en la jurisprudencia que incluso ha reconocido como elemento similar a la fuerza mayor, lo que se llama el *enigma somático*, es decir, la situación real consistente en que, ante tratamientos iguales, organismos iguales, responde de forma desigual por razones no previamente cognoscibles. Por ello las circunstancias lesivas, incluso gravemente lesivas como puede ser un resultado de muerte, producidas no como negligencia profesional sino como consecuencia de una respuesta impredecible del propio organismo, quedarían bajo el ámbito de exención responsabilidad del *enigma somático*, que es una forma especializada de referirse al caso fortuito o, incluso más claramente, a la fuerza mayor.

constitucional a la salud tiene un carácter informador del ordenamiento jurídico.

Sentado lo anterior, podemos cuestionarnos cómo se exige el derecho constitucional a la salud. En este sentido, cabe proponer aquí una construcción singular enfocando el derecho a la salud no sólo desde el prisma tradicional del artículo 43 CE sino desde un planteamiento más ambicioso: integrando el derecho a la salud en el catálogo de los derechos básicos de los consumidores y usuarios. Desde luego, esta perspectiva coadyuva de una forma eficaz a articular reequilibrios correctores de asimetrías *ab initio*, ya que permitiría extender al paciente el amplio arsenal preventivo y reparador de la normativa de protección del consumidor y usuario y restablecer la deseable paridad posicional de la relación asistencial.

En este sentido, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU), tal y como reconoce su artículo 1, se dicta “*en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico*”. La norma, si bien de un modo criticable que ahora no es posible glosar, regula las relaciones jurídicas entre dos sujetos: consumidor y empresario. Interesa destacar que su artículo 4 considera empresario –de una forma ciertamente tautológica– “a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, *ya sea pública o privada*”. Consecuentemente, atendiendo al tenor literal del precepto, el texto legal acuña un concepto de empresario que va más allá de la configuración mercantil tradicional, ampliándolo a las personas jurídico-públicas. En este ámbito encajaría no sólo la sanidad privada en cuanto actividad empresarial sino también la sanidad pública, resultando así de aplicación al paciente el régimen de protección jurídica que la norma contiene.

De este modo, entraría en juego un principio jurídico distinto a todos los que conocíamos cuya incorporación al ámbito sanitario tiene que articularse de forma sólida. En este sentido, la extensión del Derecho de Consumo a las relaciones clínicas constituye una construcción interpretativa y exegética que exige un refuerzo jurídico-positivo.

Así las cosas, resulta preciso traer aquí el *principio de protección prioritaria* en el ámbito de los bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. Dicho principio -positivizado hoy en el artículo 9 del TRLGDCU- exige que, para tal clase de bienes o servicios, los poderes públicos desplieguen una actividad protectora prioritaria de los derechos de los consumidores y usuarios¹⁷. Obviamente, la cuestión estriba en concretar el concepto jurídico indeterminado: qué ha de entenderse por “*bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado*”. Afortunadamente, el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre¹⁸, evita subjetividades judiciales y contiene en su Anexo I un catálogo de los bienes y servicios que gozan de tal consideración normativa, encontrándose, entre otros, los “*medicamentos y productos sanitarios*” así como los “*servicios sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios*”¹⁹.

Por todo ello, podemos apuntar que, si partimos de la premisa de la consideración jurídica del paciente como consumidor, el abanico de posibilidades protectoras que ofrece el artículo 9 antes mencionado resulta extraordinariamente atractivo. En efecto, el precepto no constituye una prescripción dirigida al prestador del servicio sanitario ni al paciente sino a los poderes públicos que, de este modo, deben cambiar la tradicional neutralidad propia de planteamientos tributarios de la presunción decimonónica de igualdad de partes, para activar formulaciones que permitan restablecer desequilibrios y asimetrías materiales. Así las cosas, en las reclamaciones jurídicas de carácter patrimonial derivadas de relaciones verticales entre un empresario y un consumidor, en el sentido que

¹⁷ El artículo 9 señala que “los poderes públicos protegerán *prioritariamente* los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”.

¹⁸ Si bien dicha norma fue dictada en desarrollo de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, debe reputarse vigente. Téngase en cuenta que mediante Orden SCO/453/2008, de 14 de febrero, el catálogo fue objeto de actualización para incluir los servicios de la sociedad de la información.

¹⁹ El Anexo I cita determinados productos alimenticios y alimentarios, determinados productos no alimenticios (incluyendo, como se ha dicho, los medicamentos y productos sanitarios) y determinados servicios efectuando una sorprendente equiparación, desde la perspectiva de su ubicación sistemática, de la sanidad humana y la sanidad animal.

hemos visto, es decir, entre un prestador de servicio sanitario y un paciente, debe postularse la aplicación de un principio *pro consummitore*. Es por ello que, cuando hay una relación vertical de consumo -y la sanitaria lo es- resulta precisa *de lege data* una protección preferente de los derechos del paciente frente al prestador del servicio sanitario.

Siendo estos los parámetros del sistema, corresponde a la práctica jurídica y a la práctica médica determinar ese tratado de paz entre fuerzas rivales, que mediante transacciones honorables, buscan espacios de convivencia, en el que consiste la esencia del Derecho y al que nos referíamos en líneas anteriores. Evidentemente un sistema que se construya en contra del facultativo es un sistema abocado a fracasar rotundamente. Pero también lo hará un sistema que se construya sobre la base del sometimiento del paciente. Probablemente debamos evitar esa práctica nacional tan endémica que es el juego de los movimientos pendulares en la toma de posiciones.

En todo caso, lo importante es ver si realmente resulta posible incardinar este sistema dentro del consenso social. Evidentemente la sociedad ya no admite la situación tradicional basada en la *auctoritas* médica y, de alguna manera, una vez que se produce este deslizamiento del sistema tradicional a la moderna concepción del paciente como sujeto de derecho en situación de paridad posicional, la clave acaso pueda radicar en comprobar si la satisfacción del paciente ante el cambio de modelo se ve acompañada también de la satisfacción del facultativo. Es decir, si la profesión médica se siente cómoda dentro de un sistema que establece que, en situación de conflicto, la protección preferente va a corresponder a la contraparte. Ello va a depender en buena medida de que la jurisprudencia sea precisamente *iurisprudente*, esto es, que tenga sensatez a la hora de administrar justicia.

4. UN SUPUESTO ESPECÍFICO: LA APLICACIÓN AL ÁMBITO ASISTENCIAL DEL SISTEMA RESPONSABILÍSTICO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

Debe tenerse en cuenta que las técnicas tuitivas del Derecho de Consumo se vienen aplicando en distintas materias del ámbito sanitario. Así, a título meramente ejemplificativo y sin ánimo exhaustivo,

cabe hacer referencia a varias manifestaciones. Un primer supuesto lo encontramos en la aplicación del TRLGDCU en el ámbito de la publicidad sanitaria, particularmente en lo que se refiere al régimen sancionador previsto en el artículo 8.6 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (actualmente, artículo 5.6 tras la reciente reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre), sin perjuicio de la concurrencia con los tipos sancionadores previstos en otras leyes de naturaleza sanitaria o farmacéutica²⁰. Lo mismo cabe señalar respecto de la aplicabilidad a las controversias sanitarias del sistema arbitral de consumo previsto en los artículos 57 y 58 del TRLGDCU y en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, respecto de la cual ya nos hemos manifestado en el sentido de entender que, si bien es cierto que dicha operación ofrece dificultades técnicas no lo es menos que, en nuestra opinión, existen espacios – escasos, pero suficientes- para articular soluciones jurídicas *de lege ferenda* que permitan aplicar un instrumento de heterocomposición de naturaleza arbitral a los conflictos sanitarios.²¹

También debemos mencionar con un mayor detenimiento un supuesto específico: la aplicación a los servicios sanitarios del sistema de responsabilidad objetiva previsto en el actual artículo 148 del TRLGDCU (antiguo artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio)²². En efecto, la norma establece dos regímenes de responsabilidad. De una parte, existe un régimen general de responsabilidad subjetiva o culposa con inversión de la carga de la prueba en beneficio del usuario prevista en el artículo 147 según el cual “los prestadores de ser-

²⁰ Vid. J. CAYÓN DE LAS CUEVAS, “El régimen especial de la publicidad comercial de medicamentos: configuración normativa, modalidades y técnicas jurídicas de control” en J. TOMILLO URBINA (Dir.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, p. 174.

²¹ Vid. “Prólogo” de J. TOMILLO URBINA y J. CAYÓN DE LAS CUEVAS, en J. TOMILLO URBINA y J. CAYÓN DE LAS CUEVAS (Dir.), *La protección jurídica del paciente como consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 14.

²² Sobre dicho particular *vid.*, A. PANIZA FULLANA “Responsabilidad sanitaria y protección de los consumidores: (aplicación del artículo 28 de la LGDCU a un supuesto de responsabilidad sanitaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998)” *Revista General del Derecho*, nº 652-653, p. 75-84, así como E. GÓMEZ CALLE “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 51, nº 4, 1998 p. 1754.

vicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”. Junto a dicha regla general convive un régimen de responsabilidad objetiva previsto en el art. 148 que determina que “se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los *servicios sanitarios*, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros”.

En este sentido, la dicción literal de este último precepto apunta hacia un régimen de responsabilidad objetiva para los daños producidos por servicios sanitarios, que, por tanto, resultaría en teoría más beneficioso para el usuario, frente a la tradicional configuración subjetiva de la responsabilidad sanitaria. No obstante, la jurisprudencia se ha mostrado históricamente vacilante en esta materia. Así las cosas, es la STS (Sala de lo Civil) de 1 de julio de 1997, la que inaugura una etapa de reconocimiento de la aplicabilidad del régimen de responsabilidad de la entonces vigente Ley 26/1984. En este sentido, el fundamento de derecho cuarto de la sentencia señala que:

“Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1.º de la expresada Ley, que el recurrente en cuanto «persona física» que utiliza unos «servicios», reúne la condición de «usuario» «cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden». Conforme al sistema de «garantías y responsabilidad» que establece el capítulo VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indem-

nizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva. Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los «sometidos a su régimen» los «servicios sanitarios», conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el INSALUD. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando «por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad», hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomona aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por Ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. *Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos.* La culpa exclusiva del paciente -que en el caso no concurriría- excluiría la responsabilidad objetiva al interferir en ese conjunto de riesgos asumidos por imperio legal otros elementos adicionales de riesgo que, en sus consecuencias, económicas, no son

aceptables, y en sus consecuencias ético-jurídicas son rechazables. También, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva (no obstante, que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican. Pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los perjudicados”

Dicha línea jurisprudencial quiebra, sin embargo, a partir de la STS (Sala de lo Civil) de 26 de marzo de 2004, cuyo fundamento de derecho cuarto señaló que:

“Ciertamente son cada vez más las sentencias de esta Sala que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica o hospitalaria aplican el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo apartado 2 hace expresa mención de los «servicios sanitarios», después de que su apartado 1º establezca una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva a diferencia de la del artículo 26 de la misma Ley, razón por la cual se explica la limitación cuantitativa de las responsabilidades establecidas en el apartado 3º del mismo artículo 28.

(...) Son aplicables los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuanto la demandante es consumidora (artículo 1º), ha autorizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y siguientes). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia, o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1998, 1 y 21 de julio de 1997, 9 de junio de 1998 y 29 de junio de 1999). Con estos antecedentes, a los efectos que nos ocupan, lo que procede destacar es la declaración jurisprudencial de

las sentencias de 25 de junio y 19 de septiembre de 1996. Manifiestan que no obstante el carácter social en que se inspira la Ley 26/1984, y venir a crear «ex lege» y al amparo del artículo 1089 del Código Civil una fuente nueva de la obligación de responder por los daños ocasionados a los consumidores y usuarios, representando una variante de la responsabilidad civil por culpa extracontractual, ello no permite desvincular de manera absoluta e incondicional la aplicación de la misma de la concurrencia del factor culposo hecho mención, por lo que la responsabilidad a exigir del fabricante o suministrador no cabe fundamentarla exclusivamente en la noción de riesgo o en una presunción «ex lege» con desconexión total del resultado probatorio en cada caso, y en este aspecto, es de decir, además, que *la lectura de los artículos 25, 26 y 28 de la Ley 26/1984 y su interpretación racional y en conjunto no autoriza a prescindir del referido factor de culpa en el presunto responsable, independientemente de la existencia o no de culpa exclusiva, a su vez, en el usuario del producto*”.

Junto a esta línea de intermitente aplicación de la normativa protectora del consumidor conviven planteamientos jurisprudenciales de configuración de la obligación del facultativo como mera obligación de medios, tal y como resulta, entre otras muchas, de la STS (Sala de lo Civil) de 4 de diciembre de 2007 que señala que:

“(…) la obligación contractual o extracontractual, del médico, y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o, lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, de modo que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere tampoco la inversión de la carga de la prueba, admitida por el Tribunal Supremo para los daños con otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa, por no depender de la misma el resultado dañoso”.

No obstante, el propio Tribunal Supremo ha acuñado la denominada “*doctrina del daño desproporcionado*” como supuesto de inversión de la

carga de la prueba²³. A título de ejemplo, cabe citar la STS (Sala de lo Civil) de 19 de julio de 2007 que expresamente señaló en su fundamento de derecho quinto que:

“(…) procede aplicar la excepción de que la carga de la prueba corresponde al paciente, en consecuencia de la radical equivocación entre el diagnóstico radical informado y el resultado final, y con seguimiento de la doctrina jurisprudencial referente a que, en las coyunturas donde por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente o es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal, posición recogida, entre otras, en las SSTS de 29 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1996, 21 de julio de 1997 y 22 de mayo de 1998, afirmándose en la segunda de estas que <<no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la "lex artis ad hoc", no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios utilizados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización>>, y en idéntico sentido se resuelve en la última de las resoluciones citadas que <<si se repara en la desproporción que existe entre el diagnóstico que establece el médico y el grave resultado, se infiere estamos en presencia de uno de esos casos, en los que, conforme a la doctrina de esta Sala, corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de experiencia>>”.

Finalmente, deben tenerse en cuenta dos consideraciones adicionales a modo conclusivo. En primer lugar, conviene tener en cuenta que la jurisprudencia viene declarando que la aplicación de normativa de protección del consumidor respecto de la responsabilidad derivada de los servicios sanitarios únicamente puede proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS de 1 de julio de 1997, 5 de febrero de 2001, 5 de enero de 2007, y de 7 de mayo de 2007, entre otras). En segundo lugar, sin perjuicio de postular desde aquí un sistema que permita garantizar la plena efectividad al principio constitucional de protección del usuario, especialmente en materia probatoria, debe subrayarse el carácter extraordinariamente casuístico de la materia, circunstancia que exigirá el análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso enjuiciado.

²³ Sobre la doctrina del daño desproporcionado, *vid.* L. SARRATO MARTÍNEZ, “La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria”, *Diario La Ley*, N° 6968, Sección Tribuna, 16 Jun. 2008, Año XXIX, Ref. D-189, Editorial La Ley.

Mesas de Trabajo

LA PROTECCIÓN DEL PACIENTE ANTE EL FENÓMENO DE LAS LISTAS DE ESPERA¹

Joaquín Cayón de las Cuevas

Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria. Profesor Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DEL PACIENTE ANTE LAS DEMORAS EXCESIVAS. 2.1. Reintegro de gastos sanitarios en caso de asistencia sanitaria recibida por medios ajenos al sistema nacional de salud en los supuestos de demoras excesivas. 2.2. Responsabilidad patrimonial por daños derivados de las demoras excesivas. 2.3. Otras posibles vías alternativas de reclamación. 3. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE TIEMPOS MÁXIMOS DE RESPUESTA. 3.1. Configuración normativa de la garantía de tiempo de las prestaciones sanitarias. 3.2. Elementos subjetivos de la garantía de tiempo. 3.3. Elementos objetivos de la garantía de tiempo. 3.4. Sistemas autonómicos de garantías de tiempos máximos de respuesta. 4. CONCLUSIONES.

1. PLANTEAMIENTO

Resulta pacíficamente asumido que uno de los objetivos esenciales de un sistema sanitario público es garantizar el acceso universal y equitativo a unas prestaciones de la máxima calidad y lo más amplias posibles. En este sentido, el sistema de

listas de espera, como instrumento de entrada común a los servicios, garantiza la equidad en el acceso a la asistencia sanitaria. Desde esta perspectiva, resulta indudable que las listas de espera, en principio, pueden constituir un elemento de racionalización y planificación del acceso al sistema sanitario público, siempre y cuando resulten razonables. No obstante, cuando las demoras son excesivas se produce un sufrimiento añadido a un gran número de pacientes que puede ocasionar un deterioro de su situación clínica desgastando de forma grave la confianza de la ciudadanía en el sistema sanitario público². Así las cosas, el derecho a una

¹ Se insertan en el presente trabajo (epígrafe 4) las conclusiones derivadas de la mesa de trabajo celebrada el 11 de noviembre de 2009 en el seno del XVIII Congreso de Derecho y Salud, a partir de una exposición inicial del autor sobre los diversos problemas jurídicos que plantea el tema objeto de estudio. Los planteamientos expuestos en la intervención realizada en el Congreso (epígrafes 1 a 3 del trabajo) se encuentran recogidos de forma más amplia en J. CAYÓN DE LAS CUEVAS “Tratamiento jurídico de las listas de espera y garantías de tiempo de las prestaciones sanitarias”, en J. TOMILLO URBINA y J. CAYÓN DE LAS CUEVAS (Dir.), *La protección jurídica del paciente como consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pgs. 73-112.

² Las listas de espera *razonables* constituyen un elemento inherente a los sistemas sanitarios públicos en los que la asistencia se presta con medios propios, siendo infrecuentes en aquellos sistemas de asistencia privada y reintegro total o

asistencia sanitaria de calidad debe traducirse en la adopción de medidas que aborden de forma integral el fenómeno de las listas de espera. Sin embargo, el sistema sanitario público se sigue viendo amenazado por el fenómeno de listas de espera inasumibles socialmente, aspecto que ha sido reiteradamente puesto de relieve en los informes del Defensor del Pueblo como consecuencia del importante número de quejas recibidas. Es por ello que la doctrina más autorizada ha llegado a calificar el problema de las listas de espera como la “*asignatura pendiente*” de nuestro Sistema Nacional de Salud pues no es difícil convenir que continúa constituyendo uno de los aspectos menos satisfactorios de nuestra sanidad pública³.

Ante esta problemática situación, la posición jurídica del paciente ante las demoras en el acceso y ejecución de las prestaciones sanitarias ha sido tradicionalmente abordada en el Derecho español a través de dos mecanismos correctores claramente insuficientes: el reintegro de gastos sanitarios, cuando la asistencia sea prestada por medios ajenos al Sistema Nacional de Salud ante esperas excesivas, y la indemnización por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuando la demora haya generado un daño⁴. Junto a estas dos técnicas, resulta preciso abordar el análisis de otros procedimientos alternativos que traerían causa de la actual incardinación de las prestaciones sanitarias en el Sistema Nacional de Salud con el consiguiente abandono de su consideración como prestaciones de Seguridad Social. De este modo, postulamos aquí como consecuencia derivada de este cambio de paradigma la aplicabilidad a las demoras de las técnicas jurídico-administrativas de carácter general. Finalmente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Cali-

parcial por acto médico. En todo caso, si bien representan una manifestación de la aceptación y la consolidación social del sistema sanitario público de nuestro país, debe recordarse que el sistema también puede “morir de éxito”, especialmente si no se articulan soluciones efectivas para los supuestos asistencial y socialmente inadmisibles.

³ PEMAN GAVIN, J., “Las prestaciones sanitarias públicas: Configuración Actual y Perspectivas de Futuro”. *Revista de Administración Pública*, nº 156, 2001, pág. 140.

⁴ Como señala PEMAN GAVIN, J. la posición jurídica del ciudadano ante esta situación carece de consistencia —resulta, por el contrario, más bien precaria—, por más que el Derecho positivo le reconozca de modo inequívoco el derecho a las prestaciones sanitarias (PEMAN GAVIN, J., “Las prestaciones sanitarias públicas...” ob.cit., pág. 138).

dad del Sistema Nacional de Salud, ha abierto la puerta a otra herramienta de indudable potencialidad: el sistema de garantías de plazos máximos de respuesta, instrumento que, sin embargo, se viene desarrollando de diferente manera por las Comunidades Autónomas. Es intención del presente trabajo proceder al análisis separado de cada uno de los remedios comentados.

2. MECANISMOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DEL PACIENTE ANTE LAS DEMORAS EXCESIVAS

2.1. Reintegro de gastos sanitarios en caso de asistencia sanitaria recibida por medios ajenos al sistema nacional de salud en los supuestos de demoras excesivas.

Como resulta conocido, el reembolso de gastos sanitarios en el ordenamiento jurídico español descansa sobre un principio general: la asistencia sanitaria se presta por los centros e instituciones del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, no admitiéndose el reintegro de gastos médicos salvo excepciones legal o reglamentariamente establecidas⁵. No existe pues, como regla general, un derecho de opción para el particular entre medicina pública o privada, sino que el reembolso de los gastos generados por la asistencia en esta última tendrá un carácter excepcional a justificar ante los Tribunales⁶, tal y como resulta del artículo

⁵ Para una profundización de conjunto, *vid.* las monografías de CANTERO RIVAS, R. y ESTAÑ TORRES, M.C., *El reintegro de gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1998 y de POLO SÁNCHEZ, M.C., *Reintegro de gastos médicos y Estado del Bienestar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

⁶ CAPILLA BOLAÑOS, J.A. “La casuística de los reintegros de los gastos médicos”. *Actualidad Laboral*, nº 34, 1996, pág. 658. BLASCO LAHOZ, J.F., “El reintegro de gastos médicos: un concepto elaborado por los órganos jurisdiccionales”, *Aranzadi Social*, nº 11, 2004 (Westlaw [BIB 2004/1570](#)), SEMPERE NAVARRO A.V., “Alcance actual de la obligación de reintegrar los gastos por asistencia sanitaria” *Aranzadi Social*, vol. I, 1997, paraf. 14 (Westlaw [BIB 1997/806](#)), RUBIO SANCHEZ, F., “Estudio de algunos supuestos de reintegro de gastos por prestaciones sanitarias externas al Sistema Nacional de Salud”, *Aranzadi Social*, Vol. II, 1999, paraf. 38 (Westlaw [BIB 1999/1540](#)) y ARETA MARTÍNEZ M. “Sobre el carácter excepcional del reintegro de gastos sanitarios por el Sistema Nacional de Salud y la inclusión o no de la asistencia sanitaria pública en el Sistema de Seguridad Social: comentario de la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 16 de marzo de 2007 (AS 2007, 3164)”, *Aranzadi Social*, nº 5, 2007, págs. 1292-

102.3 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (precepto vigente al no resultar derogado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), del artículo 17 de la Ley 14/1986, de 14 de abril, General de Sanidad, y finalmente, del artículo 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

La excepción a esta reiterada regla general de prestación de la asistencia por medios propios encuentra actualmente su concreción reglamentaria en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, cuyo artículo 4.3 determina que la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Al margen queda lógicamente lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte, o bien en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero⁷.

1303. En contra, AMEZQUETA ZUNZARREN, J.M. quien considera que “el citado principio general debería ser corregido porque las reclamaciones de reintegro de gastos médicos no tienen un fin lucrativo, en la medida en que el beneficiario únicamente podrá conseguir el reintegro de unos gastos que ha abonado o deba abonar, y no otras compensaciones, no suponiendo aquél una ganancia o beneficio para el que lo solicita, sino simplemente el mantenimiento de un nivel económico del que ya se disfrutaba”, en “Asistencia sanitaria con medios ajenos a la Seguridad Social: Los reintegros de gastos médicos”, *Actualidad Laboral*, nº 2, 1991, pgs. 313 y 314.

⁷ El precepto reglamentario sustituye la previsión del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (artículo 5.3) del que ya había desaparecido como supuesto de reintegro la denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida, consagrado en el antiguo Decreto 2766/1967 (artículo 18). Concretamente, el mencionado artículo 5.3 disponía que “en

De este modo, en determinados casos, cabe entender que el exceso en la espera puede generar una urgencia vital, de modo que cabría subsumir la demora desproporcionada en el presupuesto legitimador de la institución del reintegro⁸. Sin embargo, dichos casos son obviamente extraordinarios, quedando fuera aquéllos que no presenten la necesaria vinculación con la urgencia vital. Ahora bien, fuera del supuesto de la urgencia vital, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo, no cabe acudir al mecanismo del reintegro de gastos⁹, sin perjui-

los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”. Desde un punto de vista jurisprudencial, cabe significar que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la cuestión relativa al reintegro de gastos médicos generados al margen del sistema sanitario público. Así, por todas, cabe traer aquí a colación la STS, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2007 (RJ 2008, 694), paradigma de la doctrina del Alto Tribunal en la materia. En este sentido, conforme a la regulación vigente y a la doctrina de la Sala, en la actualidad son cuatro los requisitos exigidos para que proceda el reintegro de gastos por asistencia sanitaria ajena al sistema público. Dos de ellos tienen carácter positivo: que se trate de urgencia inmediata y que sea de carácter vital; los otros dos son requisitos negativos, consistentes, en primer lugar, en que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública y, en segundo lugar, que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción. Si bien la sentencia mencionada no viene a interpretar el régimen contenido en el vigente RD 1030/2006 sino el del derogado RD 63/1995, hemos de señalar que resulta perfectamente extensible a aquél al no haber diferido la regulación de los requisitos del presupuesto habilitante del reintegro.

⁸ Según DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E. “la lista de espera concurrente con una situación de urgencia vital justifica el recurso a la asistencia externa, pero entonces estamos ante un supuesto mixto en el que probablemente debe primar la denegación si la espera es anormal”, en “El reintegro de gastos de la asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 44, 2003, pág. 26.

⁹ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que existe alguna doctrina de suplicación que, con posterioridad a la entrada en vigor del RD 63/1995 mantuvo la subsistencia de la desaparecida denegación injustificada como supuesto autónomo de reintegro. Es el caso, entre otras, de la STSJ de Murcia de 17-4-2000 (AS 2000/1038), STSJ de Cataluña de 8-3-2001 (AS 2001/2009) y STSJ de Madrid de 20-11-2001 (AS 2002/659), alguna de ellas con invocación de la STS de 8-11-1999 (RJ 1999/9416), en la que se afirmaba la vigencia de la denegación injustificada en el caso de reintegro por error de diagnóstico, aún a pesar de su desaparición del RD 63/1995, por considerar este supuesto de creación jurisprudencial. No

cio del especial régimen del reintegro en el Derecho comunitario que no es posible glosar aquí¹⁰. Así las cosas, entendemos que la regulación jurídico-positiva y la interpretación jurisprudencial de tales requisitos permite afirmar que el reintegro de gastos como consecuencia de demoras excesivas en la atención sanitaria pública constituye una *vía insuficiente* para abordar el problema de las esperas, en la medida en que el reconocimiento de la procedencia del reembolso de los gastos se vincula a la concurrencia de la urgencia vital.

2.2. Responsabilidad patrimonial por daños derivados de las demoras excesivas.

Una segunda vía empleada jurisprudencialmente para permitir el resarcimiento de tales gastos en medios ajenos al Sistema Nacional de Salud es la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, reconocida constitucionalmente en el artículo 106 de nuestra Carta Magna y generosamente regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pú-

obstante, como afirman DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E. se trata de una sentencia de interés jurisprudencial limitado pues tiene por objeto la declaración de improcedencia de un recurso por falta de contradicción, “El reintegro de gastos...”, ob.cit., pág.15. En el mismo sentido crítico, GUERRERO ZAPLANA, J., en *Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria*, 4ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 202, califica estas soluciones jurisprudenciales de voluntaristas dado que tampoco se fundamentan en razonamiento legal alguno, limitándose a señalar la antecitada STSJ de Murcia de 17-4-2000 (AS 2008/1038) que “la denegación de asistencia debe seguir subsistiendo mientras no exista previsión legal al respecto”.

¹⁰ En el ámbito del Derecho comunitario, la base normativa sobre la que se asienta el régimen de reintegro de gastos médicos en el caso de tratamientos transfronterizos derivados de demoras en el Estado de origen, viene constituida por el artículo 22 del Reglamento CEE 1408/1971, del Consejo, de 14 de junio de 1971 (modificado y actualizado por el Reglamento CEE 118/97, del Consejo, de 2 de diciembre de 1996) y en el artículo 49 del Tratado de la Comunidad Europea, cuya interpretación ha sido tratada en la importante *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de mayo de 2006* (TJCE 2006, 141), recaída en el Asunto *Watts*¹⁰, que constituye un destacado hito en la doctrina de la Gran Sala en relación con el alcance y extensión del derecho al reintegro de gastos médicos ocasionados por la asistencia sanitaria prestada en un Estado miembro de la Unión Europea distinto del de residencia, como consecuencia de no recibir en el Estado de origen tratamiento médico en un plazo razonable de tiempo.

blicas y del Procedimiento Administrativo Común¹¹. Conforme a la citada regulación, se reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Incluso, a mayores, la propia Ley 30/1992 contiene una cláusula específica de atribución competencial en el caso de daños causados por la asistencia prestada por las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas (Disposición Adicional Duodécima).

Pues bien, teniendo en cuenta que la lesión puede producirse por acción u omisión, un importante sector doctrinal entiende que la responsabilidad patrimonial es la institución a través de la cual cabría una subsistencia práctica del reintegro por denegación indebida de la asistencia –en la que cabe incardinar la demora-, al margen de la concurrencia de urgencia vital¹². Ello trae como lógica

¹¹ Desarrollada mediante Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. Sobre las características generales, requisitos y elementos de la responsabilidad de la Administración Sanitaria, *vid.* SEGURA GARCÍA, B, Responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria, en LARIOS RISCO, D. (Coord.), *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 380-385.

¹² DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E. ob.cit., pág. 19, GUERRERO ZAPLANA, J., ob.cit., pág. 212, CANTERO RIVAS, R. y ESTAÑ TORRES, M.C., ob.cit. pág. 24, y DÍAZ AZNARTE, M.T., “Las prestaciones médico-sanitarias (II)” en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Comares, Granada, 2007, pág. 274. Particularmente nos adherimos a dicha posición con un importante matiz: el reintegro tiene como efecto el reembolso, hasta determinado límite, del gasto producido; por el contrario, la indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial tiene un contenido diferente que incluye el daño material y, en su caso, el daño moral, calculándose con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables (artículo 141.2 de la Ley 30/1992). En otras palabras, la Administración indemniza, no reembolsa. Por ello, no se trataría tanto de que el reintegro por denegación indebida de la asistencia se

consecuencia el conocimiento de tal clase de asuntos por la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como quieren expresamente tanto la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (artículo 9.4) como la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 2.e)¹³.

Hemos de resaltar que, en nuestra opinión, incluso los supuestos de reintegro de gastos por demoras en las que concurra urgencia vital deberían resultar de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁴. En efecto, el reintegro

incardine dentro del instituto de la responsabilidad, como de que tal denegación -si produce un daño- resulta indemnizable por resultar imputable al funcionamiento de la Administración. Nótese cómo ni reembolsar equivale técnicamente a indemnizar ni el fundamento del extinto reintegro por denegación indebida de asistencia coincide con el de la responsabilidad patrimonial.

¹³ La redacción actual de ambos preceptos trae causa de la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, efectuada en el ánimo de dejar definitivamente zanjada la atribución de la responsabilidad de las Administraciones Públicas al orden contencioso-administrativo. La competencia del orden contencioso-administrativo ha sido confirmada incluso por el *Auto 49/2002, de 20 diciembre, de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo* (JUR 2009, 12652) que atribuye a dicho orden jurisdiccional, en detrimento del social, una solicitud de reintegro de gastos de un tratamiento de fertilidad privado realizado tras cuatro años en lista de espera, momento en que la mujer superaba los 40 años. El Alto Tribunal argumenta que “aunque la indemnización reclamada por los demandantes al Ministerio de Sanidad y Consumo se limitaba al importe de lo satisfecho en una Clínica Ginecológica por un primer ciclo de reproducción asistida, que no les fue prestado en un Hospital del INSALUD, donde, después de cuatro años, fueron llamados a consulta, no se trata meramente de reclamar el reintegro de unos gastos médicos que no fueron realizados por la referida Institución Pública Sanitaria sino de ser indemnizados por un defectuoso funcionamiento de la Administración sanitaria al tenerles en una lista de espera a pesar de conocer la edad de la mujer, para después negar la asistencia debido a que ésta había ya cumplido los cuarenta años, por lo que realmente se está ante una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”.

¹⁴ En el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A. “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (Apunte para un estudio)”. *Aranzadi Social*, nº 5, 2004, pág. 70, que atribuye al peso de la tradición y a la inercia el hecho de que la jurisdicción social siga conociendo de los litigios derivados de la prestación de asistencia sanitaria a los trabajadores y otros beneficiarios, en la práctica y en su casi totalidad, promovidos para obtener el reintegro de gastos por prestación de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital a cargo de entes distintos del Sistema Nacional de Salud. Por el contrario, si bien constituye una tesis minoritaria, DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E., ob.cit. pág. 20, aunque asumen que el conoci-

de gastos médicos fue tradicionalmente conocido por la jurisdicción social en atención a la circunstancia de encontrarnos dentro del ámbito prestacional de la Seguridad Social [artículo 38.a) LGSS], por lo que la jurisdicción natural era la social a tenor de lo previsto en el artículo 2.b) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, tal y como argumentó la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8182). Sin embargo, hemos de tener en cuenta que en la actualidad las prestaciones sanitarias ya no lo son del Sistema de Seguridad Social, sino del Sistema Nacional de Salud¹⁵. Si ello es así, y teniendo además en cuenta

miento de los supuestos de denegación injustificada de asistencia, desde el punto de vista literal, se atribuye al contencioso-administrativo defienden que “si nos atenemos a la letra de los arts. 9.4 LOPJ y 2.e) LJCA, hay pocas dudas al respecto (...). Si examinamos la finalidad de la reforma de 1998/1999, podría obtenerse otra conclusión. Lo que pretendió la reforma fue eliminar la caótica “multiplicidad” de jurisdicciones en las reclamaciones por daños producidos por la prestación deficiente de la asistencia sanitaria. Pero la denegación de la asistencia sanitaria no equivale a una prestación deficiente de ésta, ni lo problemas que suscita son los mismos (...). Cabría sostener, por tanto, que la denegación injustificada en cuanto pleito típico de Seguridad Social sigue siendo competencia del orden social”. Además, critican *de lege ferenda* que la atribución al contencioso-administrativo supondría una dualidad jurisdiccional: orden social para la urgencia vital y orden contencioso-administrativo para la denegación injustificada de asistencia. Por nuestra parte, coincidimos con ellos en lo indeseable de la dualidad jurisdiccional, pero creemos que la solución al problema apuntado consiste precisamente en despojar al orden social del conocimiento de los reintegros por urgencia vital y atribuirlos a la jurisdicción contencioso-administrativa y nunca la solución inversa. Unidad jurisdiccional sí, pero en sede contencioso-administrativa. Con independencia de lo anterior, como señala certeramente LANTARÓN BARQUÍN, D. en *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007, pág. 282, “el mantenimiento de la ausencia del supuesto en el actual RDCS (léase RD 1030/2006) nos distancia irremisiblemente de la consideración del silencio legal como olvido”.

¹⁵ En efecto, entendemos que el derecho a las prestaciones sanitarias no descansa en el artículo 41 CE sino en el artículo 43 CE precisamente como consecuencia de la universalización del derecho a la asistencia sanitaria -operación reforzada por la Ley 16/2003- y del título jurídico aplicable para su exigencia que no es ya la condición de asegurado del beneficiario sino la de ciudadano. Precisamente por ello, el título competencial que puede invocar el Estado para legislar en materia sanitaria ya no es el artículo 149.1.17ª CE sino el más limitado artículo 149.1.16ª CE. Como corolario de lo anterior, la asistencia sanitaria ya no se financia con cotizaciones de los

afiliados a la Seguridad Social sino presupuestariamente a través de los tributos de los ciudadanos. Este tránsito de un Sistema de Seguridad Social a un Sistema Nacional de Salud es asumido por la mayor parte de la doctrina administrativista e, incluso, laboralista, si bien, posiblemente, no se han extraído aún todas las consecuencias jurídicas derivadas de esta importante transformación. VIDA FERNÁNDEZ, J. explica el proceso de transformación gradual arriba consignado en “Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios”, capítulo del libro de PAREJO ALFONSO, L., PALOMAR OLMEDA, A. y VAQUER CABALLERÍA, M. (Coords.). *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 39 a 42. La doctrina administrativista mantiene de forma prácticamente unánime esta posición: DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “Igualdad, derechos de los pacientes, y cohesión del Sistema Nacional de Salud” en PAREJO ALFONSO, L., PALOMAR OLMEDA, A. y VAQUER CABALLERÍA, M. (Coords.), ob.cit., págs. 20 y 21, TORNOS MAS J., “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”. *Derecho y Salud*, Vol. 10, 2002, pág. 4. y BELTRÁN AGUIRRE J.L., en varios artículos: “Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: Cuestiones en torno a la igualdad”. *Derecho y Salud*, Vol. 10, 2002, pág. 25; “Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”. *Derecho y Salud*, Vol. 11, 2003, pág. 129; y “¿Sistema Nacional de Salud o Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social?”. *Derecho y Salud*, Vol. 15, Extraordinario Foro SESPAS-AJS, 2007, pág. 34. La misma posición mantiene la mayoría de la doctrina laboralista desde la conocida toma de postura de ALONSO OLEA, M., en su manual *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1999, págs. 19-20. Así, sostiene esta concepción, que aquí compartimos, DE LA VILLA GIL, L.E. “El modelo constitucional de protección social”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2004, págs. 593 y ss y MONTOYA MELGAR, A., ob.cit., pág. 67. En cualquier caso creemos que cualquier polémica sobre el particular debe entenderse definitivamente superada desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2004, de 25 de mayo (RTC 2004/98) cuyo Fundamento Jurídico 5º señala que “rechazada la posibilidad de incardinar la controversia planteada en el título competencial antes apuntado, es preciso analizar si es posible encuadrarla dentro del título –también esgrimido por el Abogado del Estado– relativo al régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17ª CE). Tal posibilidad, sin embargo, ha de ser rehusada, pues en tanto que el precepto aquí impugnado se refiere a la fijación del sistema de financiación pública de una de las prestaciones (los medicamentos) proporcionadas por el «Sistema Nacional de Salud», nuestro control de la constitucionalidad determina que el marco conceptual y competencial específico aplicable aquí sea el de la «sanidad» (art. 149.1.16ª CE) y no el de la «Seguridad Social» (art. 149.1.17ª CE). Más adelante precisa que “a pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17ª CE)” para acabar concluyendo que “en suma, la

que los Servicios de Salud no participan de la naturaleza de Entidades Gestoras de la Seguridad Social¹⁶, no existe razón alguna para atribuir al orden social una materia ajena al régimen de Seguridad Social. Por ello, entendemos que esta es una más de las consecuencias derivadas del tránsito del Sistema de Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud, en este caso de orden procesal¹⁷.

cuestión debatida se encuadra en el ámbito material correspondiente a la «sanidad» (art. 149.1.16ª CE)”.

¹⁶ Así lo considera, obiter dicta, el conocido Auto 8/2005, de 20 de junio, de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo (RJ 2005/4466) que, precisamente por dicho motivo, declara competente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las controversias que se suscitan con el personal estatutario de los servicios de salud. Concretamente señala que “en definitiva, desde el punto de vista subjetivo, de la condición de personal de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social se ha pasado a la de personal al servicio de la Administración sanitaria (Servicio Nacional de Salud), que aglutina tanto al antiguo personal estatutario como al personal funcionario sanitario que presta servicios en distintas instituciones sanitarias, afectando a los elementos personales de la relación; y en el aspecto objetivo, de la prestación sanitaria de la Seguridad Social se da el paso al reconocimiento del derecho a la protección integral de la salud, a través de las medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios al efecto (art. 43 CE y 45 LGS). Estas modificaciones, resultan suficientemente significativas, para entender superada la situación o relación jurídica contemplada en el art. 45.2 de la LGSS de 1974, que se tuvo en cuenta al efectuar la atribución a la Jurisdicción Social de la competencia para resolver los litigios surgidos en el ámbito de aquella relación, atribución de competencia que pierde así su objeto, justificación, vigencia y aplicabilidad en el ámbito del nuevo Sistema Nacional de Salud y la relación jurídica funcional que une al personal sanitario con dicha Administración, de acuerdo con el Estatuto Marco” (Fundamento de Derecho Tercero).

¹⁷ VIDA FERNÁNDEZ, J., en “Las carteras de servicios: concreción, racionalización y articulación del contenido de las prestaciones sanitarias”, *Derecho y Salud*, Vol. 13, 2005, pág. 20, alaba la consecuencia procesal descrita señalando que “con ello se favorece la unidad de jurisdicción en lo relativo a las prestaciones sanitarias de las que, hasta ahora, ha venido conociendo el orden social. La escisión definitiva del Sistema de Seguridad Social que supone la LCCSNS favorece la concentración del control de las actuaciones de las Administraciones Públicas con respecto a las prestaciones sanitarias en el orden contencioso-administrativo. De este modo se termina con el desajuste que supone el sometimiento a procesos de características distintas y la consideración por parte de los jueces desde parámetros diferentes como son los propios de lo contencioso-administrativo y de lo social. Esta situación, que exige una revisión integral de la jurisdicción competente en la normativa estatal e incluso en la autonómica, se ha mantenido, más que otra cosa, por la inercia de la tradición” (pág. 20).

2.3. Otras posibles vías alternativas de reclamación.

Sentada la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de las solicitudes de reintegros de gastos médicos, procede determinar el procedimiento de reclamación administrativa y judicial que permita tal reembolso en caso de urgencia vital. Efectivamente, el reintegro y la responsabilidad patrimonial responden a fundamentos diferentes. En la primera de las instituciones no tiene que mediar necesariamente un daño: la misma urgencia vital es presupuesto habilitante del reembolso que se justifica en la imposibilidad material, debida al estado del paciente, de ser atendido en un centro sanitario público. Por el contrario, la responsabilidad patrimonial exige un daño efectivo¹⁸. Así las cosas cabe preguntarse, como decíamos, por el procedimiento sustitutivo del viejo procedimiento de reintegro de gastos médicos. En este sentido entendemos que puede perfectamente articularse, sin más, como un procedimiento administrativo ordinario, iniciado mediante solicitud del interesado en los términos de los artículos 70 y siguientes de la Ley 30/1992. Agotada la vía administrativa, el particular podría interponer el oportuno recurso contencioso-administrativo frente a la eventual denegación expresa o presunta del reembolso invocando como título jurídico de la pretensión el reconocimiento del derecho que realiza el antes mencionado artículo 4.3 del RD 1030/2006, que, recordémoslo, no debe reputarse una norma de Seguridad Social sino una disposición sanitaria en la medida en que constituye el desarrollo normati-

vo parcial de la Ley 16/2003, de Calidad y Cohesión del Sistema Nacional de Salud¹⁹.

Finalmente, cabe plantearse si en los supuestos de espera, con o sin urgencia vital, el paciente podría interponer el recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad de la administración. Obviamente, en este caso no se persigue reembolso alguno sino tan sólo recibir la asistencia debida. En este sentido, el artículo 25.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, declara admisible el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, “en los términos establecidos en esta Ley”. Dichos términos son concretados en el artículo 29.1 que dispone que “cuando la Administración, *en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación* o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”.

Como es lógico, el problema que presenta la aplicabilidad del precepto a las demoras radica en el presupuesto de la norma, en el caso que nos ocupa, la existencia de una “*disposición general que no precise de actos de aplicación*”. En este sentido, no debiera descartarse la aplicabilidad del precepto procesal cuando la demora persistiera una vez transcurrido el plazo máximo de respuesta fijado normativamente por la respectiva Comunidad Autónoma. En tal supuesto, creemos que no resultaría descabellado entender que nos encontramos ante una disposición general (la norma autonómica de fijación de plazos máximos de respuesta, a la que más tarde haremos referencia) que

¹⁸ GUERRERO ZAPLANA, J., *op.cit.*, distingue los supuestos en los que la tardanza en la demora provoca un daño – que generan sin duda responsabilidad–, de los supuestos en los que la reclamación se funda en el daño que se pueda haber ocasionado a consecuencia, precisamente, de haber incluido a un determinado paciente en lista de espera, concluyendo que “cuando en un funcionamiento normal de la Administración se produce una lista de espera (fenómeno que se debe considerar asumible) que retrasa una determinada asistencia un determinado período de tiempo que no se considera excesivo ni desproporcionado y, además, se encuadra al paciente dentro del grupo de espera más adecuado en atención a la naturaleza de su patología, podría entenderse que estamos ante una prestación asistencial que produce un daño que carece de la nota de antijuridicidad pues dicho retraso en la prestación de la asistencia médica debe ser soportado por el paciente afectado” (págs. 185 y 186).

¹⁹ El artículo 8 de la Ley 16/2003 prevé una cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud cuya concreción reglamentaria viene constituida por el RD 1030/2006. En el mismo sentido, el artículo 20.2 de la Ley determina que en el seno del Consejo Interterritorial se acordará la cartera de servicios correspondiente al catálogo de prestaciones que se aprobará mediante Real Decreto.

no precisa de actos de aplicación al resultar de eficacia directa e inmediata. En cualquier caso, habría que estar obviamente a los términos de cada norma y a su concreta configuración que, como veremos, difieren en la mayor parte de las Comunidades Autónomas. Todo ello se entendería, lógicamente, sin perjuicio de la posibilidad alternativa del usuario de acogerse al sistema de garantías de su Servicio de Salud y ejecutar la garantía acudiendo a un centro privado, siendo ulteriormente reembolsado por los gastos. Como hemos señalado, la alternativa que aquí planteamos sería eficaz sólo para aquéllos ciudadanos que, aún habiendo transcurrido los plazos máximos, desean ser atendidos en la sanidad pública, supuesto por otra parte muy habitual en la práctica cotidiana.

3. EL SISTEMA DE GARANTÍAS DE TIEMPOS MÁXIMOS DE RESPUESTA.

3.1. Configuración normativa de la garantía de tiempo de las prestaciones sanitarias.

Una vez descrita someramente la situación normativa y jurisprudencial del régimen jurídico del reembolso de gastos médicos, ya sea por la vía del reintegro ya por la vía de la responsabilidad patrimonial, ya por los otros mecanismos procedimentales que aquí hemos planteado, procede hacer referencia a un cuarto remedio específico. Se trata del sistema de garantías de tiempos máximos de respuesta implantado en buena parte de las Comunidades Autónomas.

Debe señalarse que nada se decía en el ordenamiento español sobre plazos máximos de demora en el acceso a la asistencia hasta que la Ley 16/2003 reguló, sin bien con carácter general, seis grandes garantías de las prestaciones sanitarias, entre las que se incluye la garantía de tiempo²⁰. Nótese que la técnica legal empleada va más allá del mero enunciado indicativo de los derechos del usuario, al tratar precisamente de establecer una herramienta de garantía de los mismos que asegure el correcto desenvolvimiento de las prestaciones. En este sentido, las garantías de las prestaciones sanitarias constituyen un instrumento tuitivo del

usuario que tiene sus paralelismos con las técnicas de protección de los consumidores y usuarios.

Así las cosas, resulta fundamental diferenciar, de una parte, el derecho a recibir las prestaciones sanitarias en un plazo máximo, y de otra, la garantía en caso de incumplimiento de tal plazo. En este sentido, la Ley 16/2003 reconoce al usuario el genérico derecho a recibir asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de residencia en un plazo máximo (artículo 4.b). Cuestión distinta es la garantía de tiempo regulada, de forma ciertamente tibia, en el artículo 25.1, en el que se establece que “en el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante Real Decreto. Las Comunidades Autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco”. La primera cuestión que llama la atención en el precepto es el modesto papel reservado al Consejo Interterritorial que no puede fijar los tiempos máximos sino, tan sólo, los “criterios marco” a los que deben ajustarse las Comunidades Autónomas. Cabe destacar que hubiera resultado perfectamente posible que la Ley hubiera atribuido al Estado la competencia de fijación, no ya de los confusos “criterios marco”, sino de los plazos máximos, sin perjuicio de que cada Comunidad Autónoma, en el ejercicio de su competencia, pudiera optar por reducirlos. Ello hubiera sido perfectamente coherente con la técnica empleada respecto a la extensión de la cartera de servicios: coexiste un mínimo común prestacional en el conjunto del Sistema Nacional de Salud fijado por el Estado (cartera de servicios comunes) y la posibilidad de ampliación de dicho contenido por las Comunidades Autónomas (carteras de servicios complementarias)²¹. No se entiende por qué se empleó esta satisfactoria configuración para el contenido de las prestaciones y se prescindió de la misma para sus garantías. Todo ello hubiera resultado además plenamente respetuoso con el alcance constitucional del título que sobre legislación básica en materia sanitaria ostenta el Estado (artículo 149.1.16ª CE) pues, en ningún caso, se estaría

²⁰ Los artículos 23 y siguientes de la Ley 16/2003 regulan las garantías de accesibilidad, de movilidad, de tiempo, de información, de seguridad y de calidad.

²¹ El artículo 7.2 de la Ley 16/2003 dispone que “las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras de servicios, que incluirán cuando menos la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud”.

agotando la materia al resultar posible que la legislación autonómica de desarrollo fijara plazos aún menores²². Se trataría en definitiva de una fórmula que permitiría conciliar el principio de igualdad y el principio de autonomía. Si bien el concepto de autonomía implica en sí mismo desigualdad, la misma puede ser parcialmente corregida en sus aspectos fundamentales²³, razón por la que creemos que la fijación de plazos máximos comunes sería incluso uno de los supuestos en los que se encontraría plenamente justificada la invocación estatal del artículo 149.1.1ª CE, si se entendiera que la apelación al artículo 149.1.16ª CE resultara insuficiente²⁴.

²² Las Comunidades Autónomas podrían de este modo llevar a cabo una política propia en materia de plazos máximos, respetando así el criterio que sobre el alcance de lo básico determinó la Sentencia de Tribunal Constitucional 50/1999, de 6 de abril (RTC 1999/50) citando, a su vez la Sentencia de Tribunal Constitucional 147/1991: “(...) la definición de las bases en el ámbito de la legislación compartida tiene por objeto crear un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación”.

²³ La posibilidad que apuntamos se enmarca en la doctrina constitucional sentada en la STC 37/1987, de 26 marzo, (RTC 1987/37), cuyo Fundamento Jurídico 10 señala que “el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una *igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales*” (La cursiva es nuestra).

²⁴ El polémico precepto atribuye al Estado competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Téngase en todo caso en cuenta que, como señala MARTÍN REBOLLO, L. “el recto entendimiento de este precepto no es cuestión pacífica y tampoco acabada” (*Leyes Administrativas*, 14ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 191. En todo caso, el artículo 149.1.1ª CE ha sido expresamente invocado por el Estado en la Ley 16/2003 (Disposición Final Primera) aunque esta circunstancia tam-

Otro aspecto importante del frugal diseño de la garantía de tiempo en la Ley 16/2003 radica en el alcance de la intervención del Consejo Interterritorial en la fijación de los criterios marco, prevista tanto en el artículo 25 como en el artículo 71.1.d). No acaba de quedar claro en el texto legal si el órgano realmente competente para fijar los criterios marco es el Consejo Interterritorial, debiendo limitarse el Real Decreto ulterior a ratificarlos formalmente, o si, por el contrario, el acuerdo del Consejo Interterritorial constituye un mero trámite previo, descansando la competencia real en el Gobierno de la Nación que podría apartarse incluso del acuerdo del Consejo Interterritorial²⁵. En este sentido, si se sostiene la competencia estatal para fijar los mencionados criterios marco, no acaba de entenderse la referencia a que “en el seno del Consejo Interterritorial *se acordarán (...)*”. No faltan en la literatura jurídica autores que entienden que el Consejo es un órgano estatal²⁶, pero acaso hubiera resultado más eficaz prescindir de la polémica sobre la compleja naturaleza jurídica del mismo por la vía de declarar competente para la

co constituye un argumento sólido pues se cita igualmente, de forma manifiestamente incorrecta, el artículo 149.1.17ª relativo al régimen económico de la Seguridad Social.

²⁵ Desde luego, esta última era la opción que lucía en el texto del Proyecto de Ley que atribuía al Consejo Interterritorial un mero papel consultivo pues se señalaba que “mediante Real Decreto, *previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, se establecerá el marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Las comunidades autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 126-1, 13 de diciembre de 2002). BELTRÁN AGUIRRE, J.L. en “Anotaciones...”, ob.cit., pág. 130, sostiene la primera de las opciones planteadas señalando que tanto en los artículos 25 como 27.3 de la Ley de Calidad y Cohesión, “se reconoce al Consejo Interterritorial auténtica capacidad de decisión, de manera que el Ministerio de Sanidad y Consumo se limita a asumir esa decisión plasmándola en el correspondiente Real Decreto de carácter básico” “Anotaciones...”, ob.cit., pág. 130.

²⁶ TORNOS MAS J., ob.cit., pág. 10. señala que “el Consejo Interterritorial no es una Conferencia Sectorial, un lugar de encuentro entre Gobierno central y Comunidades Autónomas para tratar de articular fórmulas de colaboración. El CI es un *órgano de la Administración central* en el que se concreta la función de coordinación del Estado”. BELTRÁN AGUIRRE, J.L. en “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: fundamentos del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 10, nº 2, 2002, pág. 140, se adhiere a tal posición, si bien matiza que se trataría de “un órgano estatal, no un órgano de la Administración estatal”.

fijación de los criterios marco al Gobierno de la Nación, sin perjuicio de la preceptiva consulta al Consejo. En todo caso, entendemos que existe en la Ley 16/2003 manifiesta contradicción interna en la regulación del Consejo pues, si bien se le atribuyen en determinados supuestos decisiones ejecutivas, como parece suceder en el caso que nos ocupa, la propia Ley señala de forma expresa que sus funciones “se ejercerán sin menoscabo de las competencias legislativas de las Cortes Generales y, en su caso, normativas de la Administración General del Estado, así como de las competencias de desarrollo normativo, ejecutivas y organizativas de las Comunidades Autónomas” (artículo 71.1 *in fine*) y, sobre todo, que “los acuerdos del Consejo se plasmarán a través de *recomendaciones* que se aprobarán, en su caso, *por consenso*” (artículo 73.2), aspecto este reiterado nuevamente en el artículo 71.1 cuando señala que el Consejo “*conocerá, debatirá y, en su caso, emitirá recomendaciones*”. Se trata, como puede verse, de preceptos que parecen atribuir al Consejo una naturaleza de órgano meramente deliberante²⁷.

²⁷ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., considera al Consejo un órgano deliberante señalando en “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”, Documentos de trabajo (Laboratorio de Alternativas), nº 89, 2006, que “ni tales recomendaciones (que, por lo demás, deben ser adoptadas necesariamente por consenso) pueden sustituir la voluntad normativa del Gobierno, de manera que se presenten como normas del Estado lo que no son sino acuerdos del Consejo Interterritorial, ni, como queda explicado, proceder a su bloqueo” (pág. 45). Más adelante, el autor defiende que la Ley “ha sido concebida pensando en una actuación del Consejo preferentemente deliberativa, aunque dicha intervención aboque a consecuencias dictaminadoras preceptivas y aun determinadoras de la resolución en que el procedimiento finalice” (pág. 46). Por su parte, VAQUER CABALLERÍA, M. en “La coordinación y el Consejo Interterritorial de Salud” en PAREJO ALFONSO, L., PALOMAR OLMEDA, A. y VAQUER CABALLERÍA, M. (Coords.). *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 132 y 133, entiende excluidos del régimen del consenso dos tipos específicos de acuerdos que también puede adoptar el Consejo y que la Ley diferencia formal y expresamente de las recomendaciones: los acuerdos de cooperación para llevar a cabo actuaciones sanitarias conjuntas (artículo 72 de la Ley 16/2003) y el Reglamento interno del Consejo (artículo 73.1). Las peculiares características de funcionamiento del Consejo han llevado a autoras como ALVAREZ GONZÁLEZ, E.M., a sostener críticamente que “tal y como lo ha regulado el legislador, parece que su existencia tiene una importancia relativa, y difícilmente va a servir para conseguir un sistema sanitario público armónico, cohesionado y de calidad” (“El sistema

Debe finalmente dejarse constancia de la existencia, al menos, de criterios normativos comunes en materia de información de listas de espera. Tales criterios se han determinado en el Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, de medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera en el Sistema Nacional de Salud, que fija una serie de criterios, indicadores y requisitos mínimos y comunes en materia de tratamiento de las listas de espera con el fin de posibilitar el análisis de los resultados y necesidades y garantizar al ciudadano una información transparente y uniforme. La norma exige en su artículo 1.2 la adopción de cuatro tipos de medidas: a) la implantación de un sistema de información en materia de listas de espera para consultas externas, pruebas diagnósticas/terapéuticas e intervenciones quirúrgicas en el Sistema Nacional de Salud; b) la definición de los criterios e indicadores básicos, mínimos y comunes para una adecuada indicación y priorización de los pacientes en lista de espera en el Sistema Nacional de Salud²⁸; c) la información que deba facilitarse a los ciudadanos en materia de listas de espera; y d) las garantías de información sobre demora en el acceso a consultas externas, pruebas diagnósticas/terapéuticas e intervenciones quirúrgicas en el Sistema Nacional de Salud. El RD 605/2003 contiene una curiosa paradoja: si bien su entrada en vigor es posterior a la Ley 16/2003, su aprobación es anterior a la misma por lo que difícilmente puede considerarse en sentido estricto una norma de desarrollo reglamentario, cuando la ley

nacional de salud como sistema: realidad y carencias”, *Derecho y salud*, Vol. 15, 2007, pág. 18).

²⁸ La priorización es una importante medida en materia de gestión de listas de espera, que no se rige necesariamente por el viejo brocardo jurídico-registral “*prior tempore, potior iure*” (el primero en el tiempo tiene mejor derecho) sino también en función de criterios explícitos relacionados con la gravedad del proceso, la probabilidad de mejora y las circunstancias sociales del paciente. Por ello el artículo 3.1 del RD 605/2003 determina que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud establecerá criterios de priorización de pacientes, rigiendo - hasta que tales criterios queden aprobados- los contenidos en el Anexo III del propio Real Decreto. Sobre priorización en listas de espera, *vid.* ABAD ROMERO, P., ÁLVAREZ GARCÍA B., RODRÍGUEZ MÍGUEZ E. y RODRÍGUEZ SAMPAYO A., “Preferencias sociales en las decisiones públicas: priorización de pacientes en listas de espera quirúrgicas”, *Hacienda Pública Española*, nº 179, 4/2006, págs. 113-134.

desarrollada aún no existía²⁹. Con independencia de lo anterior, la norma merece una valoración positiva en cuanto reacción frente a eventuales intentos autonómicos de “maquillaje” de sus listas de espera bajo el expediente de la utilización de criterios propios para la medida de las mismas. Siendo esta su principal virtud, lo que no es poco, debe también subrayarse que no se trata en ningún caso de un remedio normativo de carácter reparador frente a las demoras: el RD 605/2003 se limita a permitir que las listas se midan bajo criterios y definiciones comunes y que resulten conocidas por los ciudadanos. Por ello, más que una garantía de tiempo, el conjunto normativo constituye más bien una manifestación de la garantía de información prevista en el artículo 26.1 de la Ley 16/2003, como, por otra parte, reconoce la propia disposición reglamentaria al rubricar sus artículos 4 y 5, respectivamente, como “garantías de la información que debe facilitarse a los ciudadanos” y “garantías de información sobre demoras máximas en el acceso a consultas externas, pruebas diagnósticas/terapéuticas e intervenciones quirúrgicas no urgentes en el Sistema Nacional de Salud”.

3.2. Elementos subjetivos de la garantía de tiempo.

a) *El garante*: Las seis garantías legales establecidas en la Ley 16/2003 son aplicables al conjunto de centros del Sistema Nacional de Salud, pero, además dos de ellas –la garantía de seguridad y la garantía de calidad– resultan exigibles tanto a centros públicos como a centros privados (artículo 29). Consecuentemente, la garantía de tiempo no resulta de aplicación a los centros privados, en el bien entendido de que el concepto de “centros privados” a estos efectos no debe entenderse como equivalente a centros de personificación jurídico-privada, ni siquiera a centros de titularidad privada, sino a centros no integrados en el Sistema Nacional de Salud. En efecto, forman parte del Siste-

ma Nacional de Salud los centros personificados bajo alguna de las formas de Derecho Privado (sociedad mercantil o fundación privada en mano pública) vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas³⁰. De la misma forma, el dato de la titularidad formal no es determinante para la concurrencia de la posición de garante toda vez que entendemos que los centros de titularidad privada pero concertados con las Administraciones Públicas deben prestar las mismas garantías que los centros de titularidad pública. En este sentido, esta extensión constituye el corolario del progresivo deslizamiento del concepto de sanidad pública que originariamente descansaba en la naturaleza jurídico-administrativa del prestador del servicio

³⁰ En este sentido, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud permite que “en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho” (artículo 1.1). En desarrollo de la facultad concedida al Gobierno, la Ley ha sido objeto de desarrollo mediante Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, que permite la gestión del SNS mediante cuatro fórmulas organizativas: dos de derecho público (consorcios y fundaciones públicas sanitarias) y dos de derecho privado pero de titularidad pública (fundaciones privadas en mano pública y sociedades mercantiles estatales). En todo caso, cualquier duda que existiera al respecto queda claramente disipada con la lectura del propio artículo 8 del RD 29/2000 que dispone que “el Instituto Nacional de la Salud (léase hoy Servicio de Salud autonómico o INGESA) garantizará, en todo caso, que la atención sanitaria que se preste en todos los centros sanitarios, con independencia de que tengan personalidad jurídica, se efectúe con el alcance y en los términos previstos en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”. Obviamente, si bien es cierto que el RD 63/1995 -ya derogado- no regula ninguna garantía de tiempo, la remisión ha de interpretarse necesariamente en el sentido de que las garantías son exactamente iguales a las que puedan existir en cualquier centro sanitario público, como corolario lógico de la pertenencia de este tipo de entidades al Sistema Nacional de Salud. Asimismo, el artículo 9 del RD 29/2000 regula las garantías de los ciudadanos disponiendo que el extinto Instituto Nacional de la Salud, en el ámbito de sus competencias, garantizará asimismo el respeto y la protección de todos los derechos reconocidos legalmente a favor de los ciudadanos, estableciendo procedimientos y órganos que faciliten la exigencia y el cumplimiento de los mismos. Para el estudio sobre las nuevas formas de gestión, puede consultarse la monografía de DOMINGUEZ MARTÍN, M. *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2006.

²⁹ En efecto, mientras la Ley 16/2003 tiene por fecha el 28 de mayo de 2003, el RD 605/2003 fue aprobado cinco días antes, esto es, el 23 de mayo de 2003. Sin embargo, la Ley entró en vigor el día 30 de mayo (al día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* que tuvo lugar el 29 del mismo mes -Disposición Final 6ª-), mientras que el Real Decreto lo hizo el 6 junio (al día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* que tuvo lugar el 5 de junio -Disposición Final 3ª).

para más adelante pivotar sobre la nota de la titularidad pública al margen de la personificación. Hoy en día, determinados ordenamientos autonómicos prescinden incluso de ambos criterios para extender el concepto a los centros concertados, de modo que la nota delimitadora de la frontera entre lo público y lo privado resultaría ser la fuente de financiación³¹. Al margen del planteamiento anterior, la aplicación del régimen legal de garantías de tiempo a los centros concertados deriva también de la propia condición del concierto como modalidad del contrato de gestión de servicio público³², razón por la que el artículo 90.6 de la Ley General de Sanidad establece que en cada concierto que se establezca, además de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, quedará asegurado que la atención sanitaria que se preste a los usuarios afectados por el concierto será la misma para todos, sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios.

b) *El titular de la garantía*: Dicha cuestión nos remite a la determinación de la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública que el artículo 3.1 de la Ley 16/2003 atribuye a los siguientes sujetos: a) todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros

en España y su integración social; b) los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación; y c) los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos. En relación con la cuestión de los extranjeros debe señalarse que el mencionado artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000 reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles a los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente³³. En cuanto a los extranjeros residentes ilegales, el precepto reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en tres casos: urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa; personas menores de dieciocho años; y mujeres embarazadas, durante el embarazo, parto y postparto. Atendiendo a este ámbito subjetivo de aplicación del derecho a la asistencia sanitaria pública, la garantía de tiempo tiene lógicamente como titular al beneficiario de la prestación sanitaria garantizada.

3.3. Elementos objetivos de la garantía de tiempo.

De acuerdo con el tenor literal del artículo 25.1 de la Ley 16/2003 la garantía de tiempo recaería en principio sobre el conjunto de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, cuya ordenación se contiene en los artículos 11 y siguientes del texto legal. Se trata de la prestación de salud pública, de atención primaria, de atención especializada, de atención sociosanitaria, de atención de urgencia, farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario. Debe tenerse en cuenta no obstante, la exclusión normativa de la

³¹ Cabe citar, *ad exemplum*, la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria cuyo artículo 8.2 establece que “el Sistema Sanitario Público de Cantabria podrá incluir entre los servicios sanitarios que presta a los destinatarios de la presente Ley, los desarrollados en los establecimientos sanitarios de otras Administraciones públicas o de ámbito privado, cuando sean financiados por el Gobierno de Cantabria, en los términos que prevean los respectivos acuerdos, convenios, conciertos, o cualquier otro instrumento admitido en Derecho”, o la reciente Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia, cuya Disposición Adicional Primera determina que “el sistema sanitario público impulsará la planificación sanitaria y la optimización de los recursos asistenciales, materiales y humanos, a través de la Red sanitaria de utilización pública de la Región de Murcia, en la que se integrarán los centros y establecimientos sanitarios de titularidad pública y aquellos de titularidad privada que, mediante los instrumentos jurídicos establecidos legalmente, establezcan vinculación con el Servicio Murciano de Salud para la prestación de asistencia sanitaria pública, garantizando así la calidad y homogeneización de la atención de cobertura pública”.

³² Artículo 253.c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

³³ Como apunta PEMAN GAVIN, J., en “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”. *Derecho y Salud*, Vol. 18, 2008, pág. 53, el legislador orgánico resuelve la cuestión “en términos ciertamente abiertos al no exigir que los extranjeros tengan una situación de residencia legal en España para beneficiarse de la asistencia sanitaria pública: basta al efecto tan sólo el empadronamiento en alguno de los municipios españoles”. En el mismo sentido, KAHALE CARRILLO, D.T., “La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España” *Derecho y Salud*, Vol. 15, nº 1, 2007, pág. 108.

garantía de tiempo para determinadas prestaciones, tales como la prestación farmacéutica ya que, de acuerdo con el artículo 16 se rige por su normativa específica, actualmente constituida por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Otro tanto cabría decir de la prestación de atención sociosanitaria, cuya vigencia como prestación del Sistema Nacional de Salud es cuanto menos dudosa desde la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia³⁴. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que, tanto la fijación de criterios comunes en materia de información por el RD 605/2003, como la fijación de plazos máximos de respuesta por la normativa autonómica, se han centrado exclusivamente en la prestación de atención especializada, por ser ésta la que tradicionalmente ha generado demoras no razonables en el Sistema Sanitario Público. Concretamente, tanto el RD 605/2003 (artículo 2.4) como las normas autonómicas se centran en tres supuestos: consultas externas, pruebas diagnósticas y terapéuticas e intervenciones quirúrgicas.

Finalmente, la configuración normativa del elemento objetivo de la garantía temporal se cierra con la exclusión por el artículo 25.2 de la Ley 16/2003 de las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos -cuya realización dependerá de la disponibilidad de tales órganos- así como de la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe. Desde el punto de vista de los criterios de información, el artículo 1.3 del RD 605/2003 reproduce tales exclusiones añadiendo las consultas externas, pruebas diagnósticas/terapéuticas e intervenciones quirúrgicas de carácter urgente -lo que resulta lógico dado el carácter teóricamente incompatible entre la urgencia y la demora: en la atención urgente no hay, no debiera haber, listas de espera-. Finalmente, si bien se trata de una declaración que entendemos ociosa por obvia, el precepto estatal señala expresamente como excluidas “las actividades sanitarias no contempladas en la legis-

³⁴ El desconcierto sobre el sistema en el que procede encuadrar la prestación de atención sociosanitaria se ha visto también incrementado con la aprobación del RD 1030/2006 que ha derogado, como es lógico, el anterior RD 63/1995, salvo en su Disposición Adicional Cuarta, que se declara vigente “en tanto se desarrolla el contenido de la cartera de servicios de atención sociosanitaria”.

lación vigente como prestaciones básicas y comunes del Sistema Nacional de Salud”.

3.4. Sistemas autonómicos de garantías de tiempos máximos de respuesta.

La práctica totalidad de las Comunidades Autónomas han aprobado su normativa específica para asegurar a los pacientes tiempos máximos de respuesta y acceso a determinadas prestaciones de atención especializada no urgente así como un sistema de garantías para el caso de superación de tales plazos³⁵. Dichos sistemas sustancialmente consisten en que, transcurrido el plazo máximo de respuesta sin que se haya dispensado la prestación, se reconoce al paciente el derecho a recibir, previa autorización, la asistencia sanitaria en un centro privado, cuya facturación, hasta determinado límite, es soportada por el correspondiente Servicio Autonómico de Salud. Ahora bien, las disposiciones autonómicas reguladoras del sistema de garantías constituyen un abanico de extraordinaria variedad, difiriendo en las prestaciones garantizadas, en los tiempos máximos fijados³⁶ e incluso en el

³⁵ Existen Comunidades Autónomas que, a la fecha de elaboración del presente trabajo, no tienen un sistema normativo de garantías de tiempos máximo de respuesta propiamente dicho, como es el caso del Principado de Asturias, y de la Comunidad de Madrid en la que los plazos constituyen objetivos institucionales encuadrados en el Plan Integral de Reducción de las Listas de Espera y fijados por la Unidad Central de Gestión de la Lista de Espera, creada por Decreto 62/2004 de 15 de abril.

³⁶ REY DEL CASTILLO, J., advierte en las Comunidades Autónomas “una tendencia clara a la competición, en términos de mejorar las garantías establecidas en otros servicios próximos” (“¿Son los servicios regionales de salud en España la garantía de la protección sanitaria universal?”, *Revista de Administración Sanitaria*, Vol. 5, nº 1, 2007, pág. 52). Por el contrario, nosotros entendemos que dicha circunstancia debe necesariamente ser asumida en virtud del principio de autonomía proclamado en los artículos 2 y 137 CE y que, como decíamos antes, implica necesariamente desigualdad precisamente como consecuencia derivada de la posibilidad de ejecutar políticas propias y de priorizar objetivos específicos. Como señala BELTRÁN AGUIRRE J.L., en “Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos”. *Derecho y Salud*, Vol. 2, 2002, pág. 89, “la uniformidad absoluta del *quantum* prestacional sanitario para toda la población, chocaría frontalmente con la esencia de nuestro Estado autonómico, que permite diferentes *status* del ciudadano derivados del legítimo ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias”. Sin perjuicio de lo anterior, debemos insistir en que el necesario respeto al principio de autonomía no empece la posibilidad jurídica de fijar en la legislación básica

rango formal de la norma reguladora de la materia. Respecto a las prestaciones garantizadas, sólo una parte de las Comunidades Autónomas las extienden a la clásica trilogía de consultas externas, pruebas diagnósticas y terapéuticas e intervenciones quirúrgicas³⁷. Las restantes Comunidades únicamente establecen un sistema de garantías respecto de la lista de espera quirúrgica, tradicionalmente la más preocupante. Debe advertirse en todo caso que es frecuente que la normativa autonómica de desarrollo no garantice todos los procesos asistenciales. Finalmente, en cuanto al rango normativo empleado para regular el sistema de garantías, la variedad es desconcertante pues se utiliza la Ley³⁸, el Decreto³⁹ e incluso la Orden⁴⁰.

Si bien coexisten tanto regulaciones completas que articulan un verdadero sistema como otras, más parcas en su contenido, que se limitan a disciplinar los aspectos básicos del reintegro, podemos tratar de glosar con carácter general los sistemas autonómicos implantados a partir de cuatro cuestiones fundamentales, sin perjuicio de las singularidades de cada norma autonómica.

En primer lugar, los sistemas definen el *ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de las garantías*. En cuanto a los beneficiarios de las garantías, algunas Comunidades exigen, además de residir en el territorio respectivo y de estar inscrito en el Registro de Pacientes en Lista de Espera, ser titular de la tarjeta sanitaria individual del correspondien-

te Servicio de Salud, lo que no se compadece con el ámbito subjetivo de la garantía temporal de la Ley 16/2003. En efecto, la tarjeta no debe concebirse como un documento con eficacia constitutiva del derecho a la asistencia sanitaria pública sino meramente acreditativo⁴¹. En otras palabras, existen titulares de tal derecho que carecen de tarjeta sanitaria -especialmente en los supuestos legales de asistencia sanitaria a los extranjeros residentes ilegales- que, en atención a dicha titularidad, deben ser también considerados beneficiarios de las garantías en relación con sus propios procesos. En cuanto al ámbito objetivo, cada Comunidad define, a los efectos de su norma, lo que ha de entenderse por consultas externas, pruebas diagnósticas y terapéuticas e intervenciones quirúrgicas. En este sentido, consideramos que, sin perjuicio de resultar recomendable, tales definiciones no tienen que ser necesariamente coincidentes con las previstas en los Anexos del RD 605/2003, toda vez que lo son a los únicos efectos de las garantías de tiempos máximos, mientras que las definiciones contenidas en la citada norma - según declara su propia Disposición Adicional Segunda- se establecen a los efectos de los datos que forman parte del Registro del Sistema Nacional de Salud.

En segundo término, las normas autonómicas regulan igualmente la fijación de los *plazos máximos de respuesta*, señalándose en la inmensa mayoría de los casos en días. Debe advertirse en este punto que, salvo que se haga referencia expresa a días naturales, los días habrán de entenderse hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos, pues no dejan de resultar plazos administrativos sujetos, por ello, al artículo 48.1 de la Ley 30/1992⁴². El inicio del plazo

un plazo máximo de respuesta común en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, que pudiera ser objeto de reducción potestativa por las Comunidades Autónomas, pues como se infiere de la STC 37/1987 anteriormente citada, la autonomía no es incompatible con una "igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales".

³⁷ Andalucía, Castilla-La Mancha, Cantabria, Extremadura, Baleares, Navarra, Rioja y Murcia.

³⁸ Castilla-La Mancha (Ley 24/2002, de 5 de diciembre), Cantabria (Ley 7/2006, de 15 de junio), Extremadura (Ley 1/2005, de 24 de junio), Navarra (Ley 14/2008, de 2 de julio) y Murcia (Ley 3/2009, de 11 de mayo).

³⁹ Andalucía (Decreto 209/2001, de 18 de septiembre, y Decreto 96/2004, de 9 de marzo), Aragón (Decreto 83/2003, de 29 de abril), Baleares (Decreto 83/2006, de 22 de septiembre), Castilla y León (Decreto 68/2008, de 4 de septiembre), Cataluña (Decreto 354/2002, de 24 de diciembre), Galicia (Decreto 104/2005, de 6 de mayo), País Vasco (Decreto 65/2006, de 21 de marzo), Rioja (Decreto 56/2008, de 10 de octubre) y Valencia (Decreto 97/1996, de 21 de mayo).

⁴⁰ Canarias (Orden de 15 de mayo de 2003 y Orden de 26 de diciembre de 2006).

⁴¹ El artículo 57 de la Ley 16/2003 define la tarjeta sanitaria individual, como "el documento administrativo que acredita determinados datos de su titular", estableciendo el artículo 2 del Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual, que "las Administraciones sanitarias autonómicas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria emitirán una tarjeta sanitaria individual con soporte informático a las personas residentes en su ámbito territorial que tengan acreditado el derecho a la asistencia sanitaria pública". Ello plantea la cuestión de los extranjeros residentes ilegales, quienes, sin embargo, en determinados supuestos sí gozan del derecho a la asistencia sanitaria pública aún careciendo de tarjeta sanitaria.

⁴² El precepto dispone que "siempre que por Ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles,

máximo se suele computar desde la inscripción del paciente en el Registro de Pacientes de Lista de Espera, que constituye objeto frecuente de regulación en las disposiciones autonómicas. Al igual que se ha señalado para la definición de las prestaciones, este Registro de Pacientes en Lista de Espera se entiende solamente a efectos de las garantías y podrá coincidir o no con los Registros que preceptivamente deben disponer las Comunidades de acuerdo con el RD 605/2003, esto es, el “Registro de pacientes pendientes de consultas externas y pruebas diagnósticas/terapéuticas” y el “Registro de pacientes pendientes de intervención quirúrgica programada”, cuyos requisitos y criterios aparecen previstos respectivamente en los Anexos I y II de la mencionada norma.

En cuanto al *funcionamiento del sistema de garantías*, transcurrido el tiempo máximo de respuesta, el paciente podrá solicitar el reconocimiento del derecho a la garantía de atención sanitaria especializada, que se instrumenta a través de la expedición por el Servicio de Salud de un certificado de garantía. Si la persona usuaria no hubiera obtenido asistencia dentro del plazo máximo de respuesta, podrá requerir la atención en un centro sanitario privado que se autorice al efecto. El Servicio de Salud estará obligado al pago de los gastos derivados de dicha atención sanitaria con sujeción a las cuantías máximas que se acuerden. En definitiva, la fórmula elegida para hacer efectiva la garantía consiste en el reintegro total o parcial, según los casos, de los gastos derivados por la asistencia sanitaria prestada en los centros privados. Debe tenerse en cuenta que el certificado de garantía suele tener una vigencia temporal, transcurrida la cual sin que la persona interesada haya hecho uso de su derecho, el Servicio de Salud quedará exonerado del pago de los gastos en el supuesto de que la atención sanitaria se llegase a prestar posteriormente por un centro privado. En cualquier caso, debe quedar claro que el paciente que no ejecuta la garantía dentro de su plazo de vigencia, no debe desaparecer de la lista de espera. De lo contrario, los sistemas de garantías únicamente servirían como instrumentos de “maquillaje” de las listas de espera, especialmente si tene-

mos en cuenta la constatación sociológica de que un importantísimo número de pacientes prefiere ser atendido en la sanidad pública aún a costa de la demora. Nunca el rechazo a la garantía debe suponer la exclusión del usuario de la lista de espera.

Finalmente, las normas autonómicas regulan las *causas de extinción de la garantía*⁴³. Debemos insistir nuevamente en que una cuestión es la extinción o pérdida de la garantía y otra muy distinta la baja del usuario en los Registros de Pacientes en Lista de Espera previstos en el RD 605/2003.

Con todo, debe señalarse que las Comunidades Autónomas no sólo han diferido en la regulación de los plazos y de sus garantías sino también en la solución práctica del fenómeno de las esperas. En este sentido, caben dos posturas extremas: concentrar el esfuerzo presupuestario en la concertación privada⁴⁴ e incluso en la autoconcertación⁴⁵, con el

⁴³ Así, suelen mencionarse la satisfacción de la demanda de atención sanitaria especializada; el establecimiento de la contraindicación o no necesidad de la atención sanitaria especializada; la falta de asistencia injustificada a la cita programada; el no haber sido localizado para recibir la asistencia tras haberlo intentado de modo fehaciente; la cancelación del asiento a solicitud expresa del interesado; el fallecimiento del interesado o el rechazo por parte del paciente -dentro del plazo máximo de respuesta que se fije para cada proceso- de la oferta de un centro asistencial público o concertado distinto del de referencia. En este último supuesto, el paciente no debe sufrir ninguna demora añadida en el centro sanitario correspondiente para la atención sanitaria especializada que motivó su ingreso en el Registro.

⁴⁴ Un análisis sobre la concertación como mecanismo de reducción de las listas de espera puede encontrarse en GONZÁLEZ-BUSTO MÚGICA, B. y LÓPEZ BAYÓN, S., “La subcontratación de actividad sanitaria como mecanismo para la reducción de listas de espera”, *Dirección y organización: Revista de dirección, organización y administración de empresas*, nº 25, 2001, págs. 89-96, quienes afirman que “el objetivo que debe plantearse el sistema sanitario, no es la total eliminación de las listas de espera, ya que éstas cumplen una doble función. Por un lado desincentivar la demanda oculta de servicios sanitarios y, por otro lado, facilitar la planificación de tareas. Por ello en adelante se hará referencia al objetivo de reducción y no de supresión de las listas de espera” (pág. 89, nota 2).

⁴⁵ Eufemismo que viene referido a lo que se conoce en el argot sanitario como “peonadas”. La autoconcertación constituye el recurso a los profesionales del propio Servicio de Salud que realizan la asistencia fuera de su jornada ordinaria mediante una retribución adicional extraordinaria con el fin de atender la demanda asistencial pendiente y así reducir las listas de espera. En muchas de las Comunidades Autónomas existen programas de autoconcertación, algunos de ellos publicados incluso en su diario oficial, si bien los instrumen-

excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se señalen por días naturales, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones”.

fin de lograr que no se llegue a superar nunca el plazo máximo de espera o bien, destinar el presupuesto a la financiación del propio sistema de garantías, asumiendo que siempre podrán existir demoras no razonables. Probablemente, la reducción significativa de las demoras venga dada por la combinación de medidas de distinto tipo, si bien el recurso a la autoconcertación debiera emplearse sólo con carácter subsidiario y para eliminar cotas coyunturales de crecimiento realmente insoportables. La implantación de un sistema de garantías de tiempos máximos es una medida más, que persigue no tanto terminar con las listas de espera sino garantizar el derecho de los pacientes a ser atendidos en un determinado plazo, con el objetivo adicional de constituirse como un elemento integrador de las distintas acciones llevadas a cabo para el abordaje de las demoras en atención especializada. Este carácter integrador viene dado por dos circunstancias decisivas. En primer lugar, se articula, por medio de una norma jurídica vinculante que plasma el derecho de los ciudadanos a no esperar más que los plazos previstos y el correlativo deber de la Administración sanitaria de proporcionar la asistencia en tiempo o, en su defecto, de asumir los gastos de la atención sanitaria privada. En segundo término, las normas sobre garantías de tiempos máximos, a través de los sistemas de información que regulan, deben coadyuvar a identificar problemas estructurales y organizativos, detectar cuellos de botella, planificar la gestión y la distribución de recursos e informar a la población y al resto de las Administraciones de los datos exactos y actualizados sobre listas de espera y del establecimiento de procedimientos de priorización. Con independencia de todo ello, resulta preciso articular construcciones normativas que permitan la exigibilidad real y efectiva del derecho subjetivo a

tos de aprobación de los mismos –Acuerdos, Resoluciones– revelan la ausencia de carácter normativo y su mera naturaleza de actos generales (*v.gr.* Acuerdo del Consell de la Generalitat Valenciana de 13 de mayo de 2008, por el que se establece el Programa de Autoconcertación para la reducción de la lista de espera quirúrgica del sistema sanitario público de la Comunidad Valenciana- DOCV de 13 de mayo de 2008-; Resolución del Servicio Aragonés de Salud de 16 de mayo de 2008, por la que se establecen instrucciones para realizar la actividad de autoconcierto –BOA de 3 de junio de 2008-). Los programas de autoconcertación, cuando tienen carácter estructural y permanente, resultan criticables por su carestía y por constituir un incentivo a la disminución del rendimiento quirúrgico durante la jornada ordinaria con el fin de mantener la pervivencia del propio programa.

los plazos máximos, reforzando de este modo la posición jurídica del paciente, término que, recordémoslo, en el ámbito sanitario no viene referido al que tiene paciencia sino al que padece.

4. CONCLUSIONES ⁴⁶

Primera.- El concepto mismo de “lista de espera” no es necesariamente negativo. En efecto, las listas de espera, en principio, pueden constituir una herramienta de racionalización y planificación del acceso al sistema sanitario público, siempre y cuando resulten razonables. Por ello, las demoras se convierten en un problema cuando devienen excesivas, produciendo, además del eventual deterioro de la situación clínica del paciente, una grave pérdida de la confianza de la ciudadanía en el sistema sanitario público. Son por ello, la “*asignatura pendiente*” de nuestro Sistema Nacional de Salud, que también puede “*morir de éxito*”, especialmente, si no se articulan soluciones efectivas para los supuestos asistencial y socialmente inadmisibles.

Segunda.- Ante el fenómeno de las listas de espera excesivas, la posición jurídica del paciente ha sido tradicionalmente abordada en nuestro ordenamiento jurídico a través de dos mecanismos correctores claramente insuficientes: el reintegro de gastos sanitarios, en supuestos de asistencia prestada por medios ajenos al Sistema Nacional de Salud, y la indemnización por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuando la demora haya generado un daño. Junto a estas dos técnicas, resulta preciso abordar el análisis de otros procedimientos alternativos que traerían causa de la actual incardinación de las prestaciones sanitarias en el Sistema Nacional de Salud con el consiguiente abandono de su consideración como prestaciones de Seguridad Social.

Tercera.- En relación con la garantía de tiempo de las prestaciones sanitarias y los plazos

⁴⁶ Como coordinador de la mesa de trabajo dedicada a las listas de espera en el XVIII Congreso de Derecho y Salud, quisiera agradecer la activa participación de todos los congresistas y, en especial, las sugestivas y valiosas reflexiones que, sobre el resultado del debate mantenido, me ha hecho llegar Nuria GARRIDO CUENCA, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha y conocida experta en el ámbito jurídico-sanitario, con la que ha sido un auténtico placer profesional contrastar criterios en la materia.

máximos de respuesta, hubiera resultado perfectamente posible que la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud hubiera atribuido al Estado la competencia de fijación, no ya de los confusos “criterios marco”, sino de los plazos máximos comunes al conjunto del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de su reducción potestativa por cada Comunidad Autónoma. Como hemos señalado, si bien el concepto de autonomía implica en sí mismo desigualdad, la misma puede ser parcialmente corregida en sus aspectos fundamentales, razón por la que creemos que la fijación de plazos máximos comunes sería incluso uno de los supuestos en los que se encontraría plenamente justificada la invocación estatal del artículo 149.1.1ª CE, si se entendiera que la apelación al artículo 149.1.16ª CE resultara insuficiente.

Cuarta.- Las disposiciones reguladoras del sistema de garantías de plazos máximos de respuesta de las diferentes Comunidades Autónomas se caracterizan por su heterogeneidad, difiriendo en las prestaciones garantizadas, en los tiempos máximos fijados e incluso en el rango formal de la norma reguladora de la materia. En todo caso, cabe insistir en que el paciente que no ejecuta la garantía autonómica dentro de su plazo de vigencia, no debe desaparecer de la lista de espera a los efectos del RD 605/2003. De lo contrario, los sistemas de garantías actuarían como meros instrumentos de “maquillaje” de las listas de espera, sobre todo, desde la consideración sociológica y estadística de la nada infrecuente preferencia por la sanidad pública, aún a costa de la demora.

Quinta.- Las Comunidades Autónomas también difieren en muchos casos en la solución práctica del fenómeno de las esperas. Sin perjuicio de la necesaria implementación de criterios de priorización, sea cual fuere la política seguida, lo cierto es que debe procurarse una financiación suficiente y adecuada para garantizar un auténtico derecho subjetivo del paciente a recibir las prestaciones sanitarias en un plazo máximo, de modo resulte exigible administrativa y judicialmente y no resulte condicionado por las disponibilidades presupuestarias.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ÁMBITO SANITARIO PÚBLICO

F. Javier Sánchez-Pego

Magistrado Emérito del Tribunal Supremo

1.- PLURALIDAD DE RELACIONES DE SERVICIO Y DISPERSIÓN TERRITORIAL DE LA NEGOCIACIÓN.

Antes de abordar otros temas cuyo análisis puede considerarse más interesante, por su actualidad, me parece útil hacer referencia a la bien conocida pluralidad de relaciones de servicio en la Administración pública sanitaria, y secundariamente a su regionalización, en cuanto circunstancias condicionantes de la negociación colectiva sectorial.

La E de M de la Ley 52/2003, de 16 de diciembre, que aprobó el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (EMPE) hace notar la diversidad de las relaciones jurídicas del personal encuadrado en dichos servicios, con alusión a su origen normativo: “La Ley General de Sanidad establece que en los servicios de salud se integrarán los diversos servicios sanitarios públicos del respectivo ámbito territorial. Tal integración se realiza con las peculiaridades organizativas y funcionales de los correspondientes centros, entre ellas el régimen jurídico de su personal, lo que motiva que en los servicios de salud y en sus centros sanitarios se encuentre prestando servicios personal con vinculación funcionarial, laboral y estatutaria.” Se produce así una diversificación de la negociación colectiva que recaba una atención superior a la que correspondería a relaciones de

servicio homogéneas y que puede ser causa de desigualdades no siempre justificables.

Además, las transferencias de la Administración sanitaria estatal a las Comunidades Autónomas han tenido como primera consecuencia la dispersión territorial de la negociación colectiva. El EMPE instauró, como paliativo de la disgregada actuación de las mesas sectoriales de negociación de cada servicio de salud (art. 79), un Foro Marco para el Diálogo Social, “a fin de negociar los contenidos de la normativa básica relativa al personal estatutario... en todo aquello que no afecte a las competencias de la Comunidades Autónomas y sin perjuicio de los asuntos atribuidos a la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado” (art. 11). A la diversificación funcional se añade, por lo tanto, la dispersión autonómica, que puede no sólo determinar adicionales diferencias jurídicas injustificadas, sino también dificultar la movilidad voluntaria del personal.

Pero es que ni siquiera en todas las Comunidades Autónomas tiene carácter estatutario el personal de los centros e instituciones sanitarias gestionados directamente por la Administración, ya que Cataluña ha optado preferentemente por el régimen laboral y Navarra por el funcionarial común, aunque en ambos casos con ineludibles particularidades y respeto a situaciones anteriores a las transferencias. Para ese personal sanitario funcionario o

laboral el EMPE se declara norma meramente supletoria y de aplicación condicionada en los términos de su art. 2.3.

Por otra parte, los titulados universitarios en formación, con la adicional denominación de residentes, son sujetos de una relación laboral especial regulada por el RD 1146/2006, de 6 de octubre, dictado en cumplimiento de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

A toda la expuesta complejidad ha de añadirse aún la dimanante de la gestión administrativa mediata o indirecta de los servicios de salud. El RD 29/2000, de 14 de enero, dictado para la aplicación de las Leyes 15/1997, de 25 de abril (nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud), y 50/1998, de 30 de diciembre (de Medidas Fiscales..., cuyo art. 111 regula las fundaciones públicas sanitarias), enumera las siguientes modalidades de prestación indirecta de los servicios públicos de salud, con sus respectivas relaciones jurídicas de personal: a) Fundaciones sanitarias constituidas conforme a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, cuyo personal es laboral. b) Consorcios, en los que el convenio con la Administración puede establecer cualquiera de las tres relaciones de servicio. c) Sociedades estatales, cuyo personal es laboral. d) Fundaciones públicas sanitarias, cuyo personal es estatutario.

La coexistencia de las relaciones de empleo funcional y laboral en la Administración pública es objeto de atención especial en la E de M y a lo largo del articulado de la Ley 7/ 2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Concretamente su art. 8 contiene un concepto amplio de los empleados públicos, al asignar tal condición a “quienes desempeñen funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales” y los clasifica en: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, y personal eventual.

2.- LA DUALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU ATENUACIÓN.

La garantía constitucional de los convenios colectivos laborales (art. 37.1 CE) y el origen meramente legal de la negociación colectiva de los fun-

cionarios obedece a razones y tiene consecuencias que han sido objeto de bien conocido análisis doctrinal. Los acuerdos del personal funcionario han de ser aprobados por la Administración; en cambio, los convenios colectivos poseen fuerza vinculante inmediata, esto es, carácter normativo propio. Se trata de negociaciones colectivas distintas, cuya diferenciación viene fundada en la que existe entre las relaciones jurídicas laboral y funcional.

Pero cuando el empleador es la Administración pública y los servicios se prestan para atender intereses generales, se atenúan las diferencias entre los asalariados laborales y los funcionarios, esencialmente porque la estabilidad en el empleo de aquéllos se aproxima a la de éstos y porque los convenios colectivos han de someterse a determinadas limitaciones que impone el interés público. Ello da lugar a que desde las normas legales y la negociación colectiva se procure el acercamiento, y se imponga a veces la coordinación, entre la regulación de ambos tipos de prestaciones de servicios para las Administraciones públicas.

En el articulado del EMPE sólo se hace mención directa a la negociación colectiva laboral en la regulación del “Foro Marco para el Diálogo Social”, al referirse a la relación laboral especial de residencia. Indirectamente se ocupa de ella la E de M, al aludir en el último párrafo de su apartado IV a la regulación de la jornada y los descansos del personal. Este asunto es, precisamente, uno de los que mayor atención obtienen en la ya citada norma rectora de aquella relación laboral especial y en los acuerdos colectivos (curiosamente, no siempre convenios) entre algunos servicios autonómicos de salud y la representación sindical del personal de la misma. Concretamente he visto al respecto el Acuerdo del Servicio Andaluz de Salud fechado el 14 de febrero de 2007 y el del Servicio Navarro de Salud publicado el 30 de enero de 2008.

El EBEP (de cuya aplicabilidad a la negociación del personal estatutario trataré a continuación) establece Mesas Generales de Negociación tanto en la Administración General del Estado como en las Comunidades Autónomas, añadidas a las que se refieren solamente a funcionarios, en las que se negociarán temas comunes al personal funcionario, estatutario y laboral (arts. 36. 1 y 3 y 38.8). Ya la Ley 21/2006, de 20 de junio, que modificó la 9/1987, de 12 de junio, sobre órganos de representación y negociación colectiva del personal al ser-

vicio de las Administraciones Públicas, había establecido la apertura a una negociación conjunta sobre determinadas materias comunes.

Expondré luego esta cuestión de la negociación colectiva mixta o conjunta del personal funcionario-estatutario y laboral, que me parece una de las de mayor actualidad e interés entre las que pueden ser analizadas en este foro.

3.- LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL ESTATUTARIO TRAS EL EBEP.

a) Las Mesas de Negociación.

El art. 78 del EMPE se remite a las normas generales de la negociación funcional contenidas en la Ley 9/1987, con las peculiaridades que el propio EM establece. Puesto que dicha Ley ha sido derogada y sustituida por el EBEP, esta norma será la aplicable como general y supletoria.

Según sus arts. 34 al 36, en síntesis, la negociación colectiva de los funcionarios (y, por tanto, del personal estatutario) se estructura a través de las Mesas Generales de Negociación que han de existir en la Administración General del Estado y en cada una de las Comunidades Autónomas y entidades locales, pudiendo constituirse Mesas Sectoriales por y bajo la dependencia de la respectiva Mesa General. En cada uno de dichos ámbitos territoriales existirá además (como ya quedó dicho) una Mesa General de Negociación para la de todas las materias comunes al personal funcionario, estatutario y laboral. Y, sobre todas ellas, se constituye una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, que abarca también a todo tipo de personal, con el específico objeto de negociar las normas estatales básicas y el incremento presupuestario anual de las retribuciones.

Interesa destacar que el peso de la negociación colectiva en el sector sanitario público, y por lo tanto en materia de personal estatutario, recae sobre las Mesas Sectoriales autonómicas, debido a las especiales características de este personal y a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Carece de relevancia alguna que la constitución de tales Mesas haya pasado a ser potestativa, por decisión de la correspondiente Mesa General de Negociación (art. 34.4 del EBEP), frente a la obligatoriedad con que la establecían tanto

el art. 31.1 de la Ley 9/1987 como el art. 79.2 del EMPE, puesto que continúan y van a continuar constituyéndose. Es notable, no obstante, la imprevisión del posible carácter sectorial de la negociación conjunta sobre las materias comunes al personal funcionario-estatutario y laboral, atribuida únicamente a las aludidas Mesas Generales específicas (art. 34.5), cuya omisión debiera ser subsanada por el legislador. Entre tanto, y por todo ello, resulta oportuno defender el mantenimiento del Foro Marco para el Diálogo Social, regulado en el art. 11 del EMPE, en cuanto sirve para negociar las especialidades básicas del personal estatutario de los servicios de salud y del de relación laboral especial de residencia en lo que no afecte a las competencias de las Comunidades autónomas y a las de la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado.

b) Legitimación sindical para participar en la negociación.

Es importante resaltar también, aunque sea muy claro en la literalidad legal, que la negociación colectiva corresponde exclusivamente a las Mesas que la Ley establece y que únicamente están legitimados para formar parte de ellas en representación del personal los sindicatos más representativos en el ámbito territorial (y además sectorial, en su caso) de que se trate, tal como establecen expresa y detalladamente los preceptos reguladores de cada una de las Mesas. Nunca son interlocutores sociales los representantes unitarios (delegados y juntas de personal), a diferencia de la negociación de los convenios colectivos, ni los sindicatos carentes de la representatividad exigida. Concretamente el art. 33.1 del EBEP dispone que estarán legitimados para participar en las Mesas de Negociación los sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad autónoma, en su caso, así como los que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal en el ámbito específico al que se refiera la Mesa (lo que tiene especial interés para las Mesas sectoriales). Se trata, pues, de una negociación rigurosamente sindicalizada, y además en los estrictos términos que establece la ley.

En este punto debe razonarse la ausencia de legitimación de un comité de huelga para negociar

un acuerdo colectivo funcional que ponga fin a la misma, conforme a lo que establece el art. 8.2 del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo. Salvo, naturalmente, que en el comité estuviesen representados los sindicatos que pueden formar parte de la Mesa de negociación correspondiente a los ámbitos de la huelga. Ello es así porque la citada norma de rango legal está dirigida únicamente a las relaciones laborales, y, coherentemente, el pacto de fin de huelga tiene la misma eficacia que un convenio colectivo. No es posible extender interpretativamente esta eficacia a un acuerdo funcional, en primer lugar porque la legitimación para negociar acuerdos es más estricta que la exigida para los convenios, como se ha visto, y en segundo lugar, porque los acuerdos requieren la aprobación expresa y formal por el órgano competente de la Administración pública, a cuya aprobación no es equiparable la mera adopción del acuerdo si se atiende al texto y significación del art. 38.3 del EBEP. Tal vez pudiera opinarse que el criterio expuesto es demasiado restrictivo en cuanto a la solución de la huelga de funcionarios; pero debe tenerse en cuenta que se trata de un derecho fundamental que debe ser regulado por ley orgánica (art. 81 CE), bien lejos de poder serlo por interpretaciones “contra lege” de una norma preconstitucional.

c) Contenido de la negociación y principios a que se somete.

En cuanto al contenido de la negociación, es particularmente amplio porque, además de las materias enumeradas genéricamente en el art. 37 del EBEP y en el art. 80.2 del EMPE, a lo largo del articulado de esta última Ley se establece la obligatoriedad de someter a previa negociación cuestiones concretas tan importantes como la planificación de las necesidades de personal en cada servicio de salud (art. 12.1), los planes de ordenación de recursos humanos (art. 13.2), las condiciones y procedimiento de selección, promoción interna y movilidad (arts. 29.1 y 36), los criterios generales de la carrera profesional (art. 40.1) y, en general, cuantas normas hayan de dictarse en desarrollo de la estatutaria básica (art. 3).

Esa obligatoriedad de negociación previa a las normas que hubieran de dictarse sobre las referidas materias no significa, sin embargo, que haya de llegarse a un acuerdo y que, si no se obtiene, hayan

de someterse a arbitraje las discrepancias. Ha de insistirse en que la eficacia de los acuerdos requiere la aprobación formal y expresa por el órgano administrativo competente (art. 38.3 del EBEP), lo que autoriza a subrayar que la aludida obligatoriedad se refiere a la negociación, no al acuerdo, de modo que si éste no se alcanza la Administración recupera su plena facultad normativa. Por eso la mediación y el arbitraje se configuran en el art. 45 del EBEP como métodos potestativos y de concordante adopción para la solución de conflictos. Puede llegarse a considerar, incluso, que no existe una delimitación precisa entre la negociación funcional y una consulta a los interlocutores sociales previa a la norma. La guía interpretativa para la adecuada respuesta a las cuestiones anotadas debe buscarse en el principio de buena fe rector de la negociación, que conduce al otorgamiento de acción impugnatoria de la norma reglamentaria que hubiera sido dictada tras haber negociado la Administración con manifiesto ánimo de no llegar al acuerdo, o en sentido diverso al obtenido, sin causa razonable que justifique tal actuación.

Y ya que he mencionado uno de los principios a que ha de someterse la negociación colectiva de los funcionarios públicos, parece oportuno hacer constar que el art. 32 del EBEP enuncia como tales los de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad (en el sentido expuesto), buena fe negociadora, publicidad y transparencia.

4.- LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL EN EL SECTOR SANITARIO PÚBLICO.

a) Normativa aplicable.

Art. 32 del EBEP: “La negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación.”

El consiguiente sometimiento a cuanto dispone el Título III del Estatuto de los Trabajadores, y concretamente su art. 87, determina la posible negociación de convenios de centro de trabajo, para la que están legitimados los representantes unitarios de los trabajadores, a diferencia de lo que ocurre con el personal funcionario y estatutario. El

problema que pueden ofrecer estos convenios es el de la desigualdad en las condiciones de trabajo pactadas respecto de los demás trabajadores del sector público, en nuestro caso el sanitario. Para los convenios sectoriales de un determinado ámbito territorial, la legitimación por parte de los trabajadores será la de carácter sindical en los términos que establece el citado precepto, pero en ellos será problemática la representación de la Administración, en cuanto no integrante de las asociaciones empresariales a que se refiere el art. 87.3 ET.

El RD 1146/2006, que regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, como fue dicho, se remite a lo que determine el convenio colectivo en la importante materia de jornada, pero regirá supletoriamente la fijada para el personal estatutario de la correspondiente especialidad, aunque con ciertas salvedades (art. 5). La legislación laboral es supletoria, en cambio, para otras cuestiones, como fiestas, permisos y vacaciones (art. 6). El problema será conciliar las condiciones de trabajo de este personal con el estatutario para la adecuada ordenación de los servicios en el mismo centro.

b) Anotación crítica sobre el sistema legal y contenido de la negociación.

La opinión doctrinal generalizada es que el legislador debió establecer expresamente las peculiaridades de la negociación colectiva laboral en el sector público, lo que no ha hecho porque son insuficientes y esporádicas las que contiene el EBEP. Únicamente estará limitada la negociación laboral en el sector público, incluido el sanitario, por lo que hubiera sido acordado en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas (especialmente el incremento presupuestario anual de las retribuciones), así como en las Mesas Generales para la negociación de materias comunes al personal funcionario, estatutario y laboral (art. 36 EBEP). También han de considerarse excluidas de la negociación laboral la mayor parte de las materias que lo están de la funcional y la estatutaria conforme a los arts. 37.2 EBEP y 80.4 EMPE (cuando menos, las potestades organizativas de las Administraciones públicas, los derechos de los ciudadanos y usuarios de los servicios públicos, y cuestiones sobre el personal directivo y poderes de dirección), por aplicación del principio de imperatividad legal.

c) Principios rectores de la negociación laboral y su adaptación al sector público.

Las anteriores observaciones conectan con la procedencia de conciliar en estos convenios colectivos tanto los principios rectores de la negociación funcional, puesto que regulan relaciones de servicio público, como las normas del E T. Pero no sólo los preceptos integrantes de su Título III (arts. 82 a 92), referentes a la negociación, sino también los principios comunes de aplicación que establece el art. 3.3 de dicho ET y los criterios doctrinales elaborados para determinar las funciones que pueden cumplir en relación con la norma legal: suplementariedad, complementariedad, y supletoriedad o subsidiariedad. Aunque tales criterios son adaptables a los acuerdos y normas resultantes de la negociación colectiva funcional, su origen y su desenvolvimiento pertenecen al ámbito de las relaciones laborales.

El art. 3.2 del ET somete la aplicación de las normas legales y reglamentarias al principio estricto de jerarquía normativa, de modo que estas últimas desarrollan los preceptos de rango superior pero no pueden establecer condiciones de trabajo distintas de las leyes a desarrollar. Pero los convenios colectivos no vienen legalmente sometidos a dicho principio estricto, sino que, según el art. 3.3, se aplicarán en cuanto establezcan condiciones más favorables para el trabajador en su conjunto y respecto de los conceptos cuantificables, tras haber respetado en todo caso los mínimos legales de Derecho necesario. Estos preceptos han devenido oscuros e insuficientes por falta de adaptación a nuevos acontecimientos normativos, entre los que son destacables la desaparición de las reglamentaciones y ordenanzas laborales y la regresión de la regulación legal en beneficio de la convencional colectiva. De ahí que la doctrina se haya ocupado de idear criterios que permitan entender las relaciones actuales entre la normativa estatal y la convencional colectiva. Aunque se trate de una elaboración controvertible, como toda otra doctrinal, la más extendida y aceptable me parece la que corresponde a las funciones de los convenios que anteriormente he enunciado.

Y ya que lo he hecho, diré, en muy apretada síntesis, en qué consiste cada una de tales relaciones o funciones. Se produce la relación de “suplementariedad” cuando la ley fija derechos susceptibles de ser superados en beneficio del trabajador

mediante la norma colectiva, que actuará entonces como suplemento del mínimo legal. Es la función clásica del convenio. Pero otras veces la ley se abstiene de regular una materia y se remite a lo que se establezca por convenio colectivo, de modo que éste cumple una función de “complementariedad” de la ley, porque la complementa para integrar su incompleta regulación. Finalmente, la relación es de “subsidiariedad” u “supletoriedad” cuando es la ley la que se sitúa en tal posición subsidiaria respecto de lo que se haya convenido colectivamente, de modo que el precepto legal sólo se aplicará en el caso de que el convenio se haya abstenido de regular una determinada materia.

La cuestión se complica en los convenios colectivos del sector público, ya que han de respetar normas imperativas que limitan derechos, y que, con acogida legal genérica en los principios de legalidad y de cobertura presupuestaria (art. 32 del EBEP, ya aludido), han dado lugar en la doctrina iuslaboralista a los denominados “máximos de Derecho necesario”. Son paradigmáticos al respecto los límites al crecimiento salarial o al incremento de plantillas en el sector público, impuestos periódicamente por Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Es éste uno de los puntos de proximidad entre las negociaciones colectivas funcionarial y laboral en el sector público, y que contribuye a la conveniencia de fomentar la negociación conjunta que trataremos seguidamente.

5.- NEGOCIACIÓN CONJUNTA DE PERSONAL FUNCIONARIO-ESTATUTARIO Y LABORAL.

a) Regulación legal.

La Ley 21/2006, de 20 de junio, introdujo esta negociación mixta o conjunta al añadir una nueva disposición adicional 6ª a la Ley 9/1987, que instituye la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas y las Mesas Generales de Negociación para las materias comunes a las tres clases de personal de cada una de las Administraciones en que han de constituirse, que son la estatal, la autonómica y la municipal. Su regulación ha sido acogida en el art. 36 del EBEP, como ya quedó dicho.

Están legitimados para formar parte dichas Mesas los sindicatos más representativos a nivel

estatal o autonómico, según los casos, conforme a los arts. 6 y 7 de la LOLS, teniendo en cuenta los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos unitarios de representación funcionariales y laborales, en el conjunto de las Administraciones Públicas, y además podrán participar también en las Mesas autonómicas y locales los sindicatos que reúnan estas dos condiciones: formar parte de la Mesa General de las Administraciones Públicas y haber obtenido el 10 por 100 de los representantes unitarios de personal funcionario o laboral en el ámbito de que se trate.

Entre las condiciones de trabajo que enumera el art. 37 del EBEP como objeto expreso de negociación y en otros preceptos, específicamente del EMPE, existen algunas materias que pueden tener alcance común al personal funcionario y laboral.

Parece indudable, según el texto del art. 38.8 del EBEP, que la negociación conjunta dará lugar a pactos o acuerdos, no a convenios colectivos, aunque se establezca que lo acordado tendrá la consideración y los efectos de los pactos o acuerdos para el personal funcionario y los previstos en el art. 82 (por error material se dice el 83) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, de los convenios colectivos, para el personal laboral. Dicho precepto es insuficiente y causará problemas, porque para que un convenio colectivo lo sea con las garantías jurídicas que exige su carácter normativo ha de ser publicado y hacerse posible su impugnación como tal. Pero difícilmente podrá darse cumplimiento a los requisitos condicionantes de la validez de los convenios colectivos que establece el art. 90 del ET, ni ser ejercitada la acción que da lugar al proceso impugnatorio ante el orden jurisdiccional social regulado en los arts. 161 al 164 de la LPL, si de trata de una resolución administrativa que aprueba un acuerdo y si no se presenta para su registro y publicación como convenio y para poder ser impugnado de oficio, en su caso, ante y por la autoridad laboral.

b) Jurisprudencia sobre la legalidad anterior a la Ley 21/2006.

Antes de ser previstos normativamente, fueron adoptados con alguna frecuencia acuerdos y convenios colectivos mixtos o conjuntos para personal funcionario y laboral, principalmente en el ámbito de la Administración local. La jurisprudencia ha venido

atribuyendo generalmente al orden jurisdiccional contencioso administrativo la competencia sobre la acción impugnatoria de los mismos y ha declarado la nulidad de esos acuerdos o convenios que comprendan conjuntamente ambas clases de personal.

La sentencia de la Sala 3ª del TS de 22 de octubre de 1993 acepta la competencia y anula el acuerdo municipal que había aprobado un convenio colectivo unitario para todo su personal funcionario y laboral. En el mismo sentido se han pronunciado otras sentencias de la misma Sala, entre las que resulta notable la de 1 de septiembre de 2004 porque, pese a haber sido formalizados separadamente un acuerdo para los funcionarios y un convenio colectivo para los empleados de régimen laboral del mismo ayuntamiento, la sentencia resuelve la nulidad del acuerdo municipal que había aprobado uno y otro, por entender que se trataba de un solo acto administrativo cuya finalidad era la de asignar conjuntamente a todo el personal incrementos retributivos superiores a los legalmente autorizados. Opino que la decisión competencial es errónea en cuanto al convenio colectivo del personal laboral, porque basta que sea formalmente un convenio y que se refiera sólo a trabajadores de régimen laboral para que la competencia corresponda al orden jurisdiccional social.

La doctrina de la Sala 4ª del TS ha sido también constante en negar la competencia del orden jurisdiccional social para el conocimiento de controversias sobre acuerdos colectivos que abarcan personal funcionario y laboral, por entender que tienen carácter administrativo. La sentencia de 24 de enero de 1995, referente a un Acuerdo del Servicio Vasco de Salud que incluía tanto a funcionarios-estatutarios como a asalariados laborales, declaró que este tipo de acuerdos mixtos no puede ampararse en la doctrina del contenido separable, a efectos competenciales, porque lo que se cuestiona es que un acuerdo de estas características pueda tener el carácter de convenio colectivo y que, por ello, sea impugnabile en cuanto tal ante la Jurisdicción social, pero no tiene dicho carácter el acuerdo contemplado. Es decir, precisamente lo contrario de lo que debiera resultar de lo dispuesto en el art. 38.8 del EBEP.

En el expuesto criterio insiste la sentencia de la misma Sala de 12 de junio de 2007, sobre Acuerdo General mixto o conjunto para el personal de Correos y Telégrafos de 26-5-05, así como la reciente de 10 de febrero de 2009, referente a la impugnación de un

Acuerdo adoptado por la Mesa General de la Función Pública el 16-12-2003 acerca de la composición de la Comisión de Control del Plan de Pensiones de la Administración General del Estado. Estas dos últimas sentencias incluyen razonamientos sobre la nulidad de estos acuerdos mixtos o conjuntos según la doctrina de la Sala de lo contencioso administrativo, lo que no debieron hacer porque lo que ambas sostienen y resuelven es, precisamente, la falta de jurisdicción del orden social para adoptar esa decisión. Además, no puede dejar de sorprender que, tras haber extralimitado su razonamiento a esa antigua nulidad de todos los acuerdos o convenios mixtos, ninguna de tales dos sentencias haga alusión a las normas legales que han venido a autorizar la negociación conjunta de las materias comunes al personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas, puesto que la Ley 21/2006 es anterior en un año a la primera de ambas sentencias y el EBEP lo es en casi dos años a la segunda, aunque no fuesen aplicables a los supuestos enjuiciados.

c) La necesaria ampliación de las normas sobre la negociación conjunta.

No hay todavía jurisprudencia interpretativa de las normas vigentes sobre esta negociación que aglutina al personal funcionario-estatutario y al laboral en las materias comunes de su prestación de servicios como empleados públicos. Los criterios que puedan adoptarse son difícilmente previsibles, precisamente porque la escueta regulación legal de esa posible negociación común no abre la puerta a diáfanas interpretaciones que permitan dispensar adecuadamente la tutela judicial efectiva en las controversias a que la misma diere lugar.

Procede concluir, por todo ello, en la necesidad de perfeccionar y de ampliar las normas legales sobre la negociación conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas y, entre tanto, tratar de elaborar alguna doctrina válida acerca de las difícilmente solubles cuestiones jurisdiccionales y procesales que se han esbozado. La importancia de tales cuestiones reside en su afectación al aludido derecho fundamental de la tutela judicial.

CONCLUSIONES

(La negociación colectiva en el ámbito sanitario público)

1.- La pluralidad de relaciones de servicio (funcionarial, estatutaria y laboral), la territorialidad consecuente a las transferencias autonómicas y la diversidad de métodos de gestión (directa e indirecta) de los Servicios Públicos de Salud confieren especial complejidad a la negociación colectiva en este ámbito, cuya excesiva dispersión puede dar lugar a desigualdades injustificadas.

2.- La negociación colectiva laboral y la del personal funcionario-estatutario difieren a partir de su diverso origen, respectivamente constitucional y legal, correspondiente a la dispar naturaleza de las relaciones de servicio. Pero esta disparidad se atenúa cuando el empleador laboral es la Administración pública. Ésta es una de las razones por las que debe ser fomentada la negociación colectiva conjunta en las materias comunes, atribuida a las Mesas Generales que establece el art. 36.3 del EBEP.

3.- Aunque la norma rectora de la negociación colectiva del personal estatutario siga siendo el Estatuto Marco de 2003 (EMPE), la remisión de su art. 78 a la legalidad de la negociación funcionarial con carácter supletorio determina en gran medida la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 (EBEP), como así ocurre en la importante materia de Mesas de Negociación y de procedimiento.

4.- La negociación en el ámbito funcionarial-estatutario corresponde exclusivamente a las Mesas que la ley (EBEP) establece. La participación social en ellas es estrictamente sindical y en los precisos términos de representatividad exigidos para cada una. Se excluyen, pues, las organizaciones sindicales carentes de ella y los representantes unitarios, a diferencia de la negociación laboral. Tampoco puede conferirse legitimación negociadora a un comité de huelga, salvo que en el mismo estén presentes los sindicatos legitimados para formar parte de las Mesas del ámbito correspondiente a la huelga. Y debe recordarse que los acuerdos requieren aprobación administrativa expresa y formal.

5.- La negociación colectiva de los empleados públicos contratados laboralmente se rige por la legislación laboral (art. 32 EBEP), pero es lo cierto que el contenido de los convenios se somete a limitaciones comunes a toda la función pública. El precepto de carácter general citado debió ser algo más explícito. Los convenios colectivos poseen

fuerza vinculante (normativa) por sí solos (“ex” art. 37.1 CE), a diferencia de los acuerdos funcionariales.

6.- La negociación colectiva en el ámbito sanitario público gravita principalmente sobre las Mesas sectoriales autonómicas. Debiera serles asignada la negociación conjunta sobre materias comunes al personal funcionario-estatutario y laboral.

7.- Se considera importante la ampliación y el perfeccionamiento de las normas rectoras de dicha negociación conjunta sobre materias comunes a ambos tipos de empleados públicos. El art. 38.8 del EBEP es insuficiente y hasta erróneo, entre otras causas porque la negociación conjunta no produce convenios colectivos en sentido formal, lo que plantea importantes problemas de acceso a la tutela judicial.

LA PRESCRIPCIÓN ENFERMERA

Feli Lois Cámara

*Subdirectora de Desarrollo y Calidad Asistencial
Servicio Cántabro de Salud Santander*

PRESENTACIÓN

Hace unos días, la Comisión de Sanidad del Congreso de los Diputados aprobó sin ningún voto en contra una Proposición de Ley de modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (conocida popularmente como Ley del Medicamento). Dicha modificación vendría a regular la prescripción enfermera, o, lo que es lo mismo la “indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos” por parte de estos profesionales, lo que supone la modificación del artículo 77.1, el apartado 3 de la disposición adicional sexta y la disposición adicional duodécima.

Cabe destacar que el texto definitivo aprobado, es fruto del consenso y el diálogo entre los diferentes grupos parlamentarios del Congreso y las profesiones sanitarias.

Estas últimas seguirán trabajando con el Ministerio de Sanidad y Política Social y las CC.AA en el posterior desarrollo del nuevo texto normativo.

La modificación de la Ley del Medicamento respaldada desde el Congreso de los Diputados, establecerá que las /os enfermeras /os de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar – es decir prescribir – la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspon-

diente orden de dispensación – documento conocido también popularmente como receta –.

Asimismo, la Proposición de Ley aprobada, establece que el Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros, en el marco de:

- Los principios de la atención integral de salud.
- La continuidad asistencial, mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial de elaboración conjunta.
- Acuerdos entre las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros.
- La validación de los mismos por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Para el desarrollo de este último apartado, se establece que “El Ministerio de Sanidad y Política Social con la participación de las organizaciones colegiales, referidas anteriormente, acreditará con efectos en todo el Estado, a los enfermeros para las actuaciones previstas en este artículo”.

Esta referencia, sin duda viene a llenar de coherencia y sentido común, el vacío normativo generado a raíz de la entrada en vigor de la mencionada Ley, que sin querer reconocer la realidad social, competencial e histórica que en nuestra sanidad venía ocurriendo, se enfrenta por un lado a planteamientos de la Ley 44/2003 de 21 de no-

viembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS) y a las tendencias desarrolladas a tal efecto en diferentes países.

De todas formas y deseando dar un poco de luz y conocimiento a como llega a gestarse esta posibilidad sobre la prescripción enfermera, me van a permitir que me remonte a no hace mucho tiempo: otoño de 2006 y año 2007.

También, que a partir del proyecto que ahora les presento explicarles que el porqué, no sólo significa la normalización de cientos de acciones, si no además como a través de éstas las enfermeras y enfermeros actuamos sobre la calidad de la asistencia y la seguridad de los pacientes.

Es decir, el tema de esta Mesa de Trabajo se va a presentar desde diferentes perspectivas:

- El enfoque planteado en el documento elaborado en la Comunidad de Cantabria, pionero en el diseño y la estrategia a seguir.
- El marco de actuaciones por donde debe desplegarse.
- Las posibilidades de convertir una tendencia en una realidad con objetivos multidisciplinares, medibles y evaluables, en un marco competencial diseñado para favorecer la adecuada calidad y seguridad, en la accesibilidad de los pacientes y en los resultados asistenciales.

Con esta presentación deseo reconocer la colaboración y participación de los profesionales de medicina y enfermería, presentes en esta sala algunos de ellos, autores del documento, que con visión de equipo apuestan por el futuro de un modelo asistencial, centrado en el paciente y desarrollado a través del consenso y la protocolización basada en la evidencia.

INTRODUCCIÓN

En nuestra Comunidad, decidimos constituir un Grupo Asesor formado por profesionales de enfermería y médicos, con el objetivo de elevar a la Consejería de Sanidad y Consumo una serie de propuestas consensuadas, sobre como consideramos la prescripción terapéutica y de cuidados.

Un documento, razonado y tendente al crecimiento de la calidad asistencial en base a unos

critérios de resultado para lograr la seguridad clínica de los pacientes, teniendo en cuenta que en el ámbito de las profesiones sanitarias, cada vez se comparten más espacios competenciales y aumenta el funcionamiento del trabajo en equipo entre profesionales.

Por lo tanto, teniendo como objetivo fundamental la seguridad y el beneficio de los pacientes, proponemos este documento, desde el reconocimiento de que el ejercicio de la práctica profesional de las enfermeras y el enfermeros, en sus distintas modalidades de cuidados generales o especializados, implica necesariamente la utilización de medicamentos y productos sanitarios, además de desear que su utilización se ejecute de forma ordenada mediante los procedimientos y requisitos necesarios.

También pretende revisar y normalizar las actuaciones en este ámbito, de los profesionales de enfermería y que desde siempre han sido ejecutadas por los mismos, en nuestro Sistema Sanitario. Actualmente, es un tema que a nivel internacional ha despuntado en algunos países con fuerza y éxito, y que en otros lo intenta más tímidamente, pero que en conjunto supone la aceptación de que existe un elemento nuevo y enriquecedor que ya forma parte del desarrollo de la enfermería como disciplina académica y como profesión.

Según publicaciones emitidas por el Consejo Internacional de Enfermería, respecto a la prescripción enfermera que se estaba estableciendo en varios países en las últimas dos décadas, se constata que:

- se ha producido un aumento del número de países que ya han establecido la prescripción enfermera;
- que hay un creciente interés para autorizar la prescripción en otros países;
- que se han sucedido cambios muy significativos en el rol de los enfermeros, muy innovadores y ampliados, y
- la autoridad para prescribir se considera como un avance de la profesión y un rol avanzado.

MARCOS CONCEPTUALES

A efecto de este documento proponemos que se tenga en cuenta la terminología del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y de la

Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, que dicen lo siguiente en cuanto a:

Prescribir. (Del lat. *praescribere*).

1. tr. Preceptuar, ordenar, determinar algo.
2. tr. Recetar, ordenar remedios.

Recetar.

1. tr. Prescribir un medicamento, con expresión de sus dosis, preparación y uso.

Medicamento. (Del lat. *medicamentum*).

1. tr. Sustancia que, administrada interior o exteriormente a un organismo animal, sirve para prevenir, curar o aliviar la enfermedad y corregir o reparar las secuelas de esta.

La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios dice:

Producto sanitario.

Cualquier instrumento, dispositivo, equipo, material u otro artículo, incluidos los programas informáticos necesarios para su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos, solo o en asociación con otros, con fines de:

- diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad,
- diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia,
- investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico,
- regulación de la concepción,

y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios.

Accesorio.

Un artículo que, sin ser un producto sanitario, es destinado específicamente por el fabricante a ser utilizado de forma conjunta con un producto para que este último pueda utilizarse de conformidad con la finalidad prevista para el producto por su fabricante.

Responsabilidad significa: Cumplir con el compromiso profesional adquirido y responder de los actos derivados de dicho compromiso (asumir la responsabilidad)

Por lo tanto, el acto responsable es aquél que se lleva a cabo tras:

- Un análisis de la situación de los hechos
- Una valoración de las opciones para solucionarlo
- Teniendo siempre en cuenta la previsión de las consecuencias

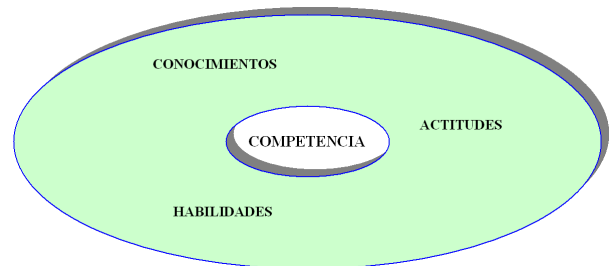
Características del acto responsable:

- No puede imponerse desde fuera pero **debe exigirse cuando se actúa dentro de un ámbito profesional** y dentro de las competencias correspondientes al título o cargo que se ocupa
- **Es único y adaptado** a la situación concreta de cada paciente

Conceptos tratados sobre la responsabilidad profesional,

Aspectos competenciales de médicos y enfermeras.

El término competencia engloba los conocimientos, las habilidades o destrezas y las actitudes que capacitan para una determinada actividad.



Competencia profesional médica,

Según la Ley 29/2006: Los profesionales autorizados para la prescripción deben ser los que poseen los **conocimientos clínicos** suficientes para ello. Una vez iniciado un tratamiento, es imprescindible **evaluar la respuesta** del paciente y **seguir su evolución** hasta la resolución del proceso que lo motivó.

Por lo tanto, el proceso de la prescripción no es un hecho puntual que termina en el momento que el médico toma la decisión de prescribir.

COMPETENCIA PROFESIONAL ENFERMERA

El tema de la competencia profesional enfermera en este ámbito, está íntimamente ligado al de

la seguridad y la gestión de riesgos en el uso de fármacos y productos sanitarios. Entre la facultad absoluta y la nula de prescribir, hay estadios intermedios que probablemente sean los que más problemas de accesibilidad y discontinuidad solucionen a los pacientes y cuidadoras.

El reconocimiento preciso como consecuencia de la prescripción en enfermería, se tiene que amparar en las competencias adquiridas mediante los pertinentes programas de formación, como sucede en los diferentes países donde ya se reconoce dicha facultad y los profesionales enfermeros la aplican.

En nuestro país el currículo formativo básico en los programas universitarios de formación enfermera ya contempla farmacología, nutrición y dietética, como materias muy relacionadas dentro del proceso enfermero, con la prescripción.

Dichos planes de estudios permiten y garantizan, pues, una amplia formación en farmacología avalando de este modo la competencia enfermera específica para la prescripción muy por encima de la formación que, en esta materia, adquieren otros titulados.

Por lo tanto, la normativa que ahora se discute, debe estar basada en el reconocimiento de la cualificación enfermera, así como su acreditación pertinente.

PRESCRIPCIÓN ENFERMERA Según algunos autores, se entiende la Prescripción Enfermera como “cualquier cuidado directo que la enfermera realiza en beneficio del paciente”. Ese cuidado directo incluye:

1. Los tratamientos iniciados por la enfermera. Intervenciones y actividades producidas por la valoración de necesidades de los pacientes y los diagnósticos enfermeros.
2. Los tratamientos iniciados en función del diagnóstico médico. Actividades derivadas y colaborativas.
3. La realización de actividades diarias esenciales para el cliente. Intervenciones que tienen que ver directamente con la independencia y autonomía del paciente.

Por lo tanto, entendemos como Prescripción Enfermera:

La capacidad del enfermero/a, en el marco de la dirección, evaluación y prestación de los cuidados de enfermería, de “seleccionar, guiados por el criterio profesional, diferentes materiales, productos-dispositivos y medicación encaminados a satisfacer las necesidades de salud del usuario y la población, apoyados por el juicio clínico enfermero y administrados en forma de cuidados”.

TIPOS DE PRESCRIPCIÓN.

Podemos distinguir tres modelos diferentes de prescripción enfermera:

Prescripción independiente o autónoma.

Es el modelo en el que la enfermera realiza la valoración del paciente, emite un juicio clínico o diagnóstico enfermero de su estado de salud, planifica los cuidados necesarios y determina el tratamiento, iniciando la prescripción correspondiente.

Esta prescripción se realiza como consecuencia de la aplicación de Planes de Cuidados Estandarizados, desarrollados con metodología enfermera, que son la manera de planificar los cuidados requeridos por grupos de personas en la misma situación de salud. La normalización de los cuidados a través de esta modalidad de planes de cuidados estándar representa los cuidados mínimos que el personal de enfermería oferta a grupos específicos (Recién nacidos, Puérperas, Ancianos, Úlceras por presión, Alzheimer, ACVA, etc.).

En este modelo existe un listado de fármacos y productos sanitarios de libre elección entre los que la enfermera escoge los más adecuados para el restablecimiento de la salud del paciente.

A continuación se detallan algunos ejemplos de prescripción independiente (véase Tabla 1 en Anexo).

LISTADO DE MEDICAMENTOS (PRESCRIPCIÓN INDEPENDIENTE)

En este listado se detallan de manera genérica los fármacos que podrían prescribir libremente las enfermeras de acuerdo a su competencia profesional y en el marco de los planes de cuidados.

- Analgésicos.
- Anestésicos locales.
- Desinfectantes y antisépticos.
- Eliminación de tapones de cera óticos.
- Fármacos anticonceptivos.
- Fármacos antihelmínticos.
- Fármacos para el cuidado oral.
- Fármacos para pediculosis.
- Laxantes.
- Productos tópicos.

LISTADO DE PRODUCTOS SANITARIOS (PRESCRIPCIÓN INDEPENDIENTE)

Al igual que en el caso de los fármacos, en el siguiente listado se detallan de manera genérica los productos sanitarios susceptibles de ser prescritos libremente por la enfermería en el contexto de los planes de cuidados.

- Catéteres urinarios y accesorios.
- Catéteres vasculares y accesorios.
- Productos para la anticoncepción.
- Productos para el cuidado de estomas.
- Productos para el cuidado de heridas.
- Tiras reactivas y materiales para el cuidado de la diabetes.
- Vendajes.

Prescripción colaborativa individualizada / dependiente / semiautónoma / complementaria.

Es la prescripción que realiza la enfermera como colaboradora de un prescriptor independiente.

Se realiza como consecuencia de la atención, seguimiento y control en la evolución de patologías crónicas diagnosticadas y tratadas, facilitando el acceso del paciente a la medicación indicada y prescrita por el médico. La enfermera puede prescribir, ajustando las dosis y modificándolas en función de la situación y evolución de la patología del paciente.

Fundamentalmente esta prescripción se da en la atención al paciente crónico, favoreciendo la accesibilidad a los medicamentos y productos sanitarios prescritos por el médico para su control.

A continuación se detallan algunos ejemplos de prescripción colaborativa individualizada (véase Tabla 2 en Anexo).

Prescripción colaborativa estandarizada / protocolizada.

Es la prescripción que realiza la enfermera en situaciones clínicas determinadas dentro de los términos de un protocolo de actuación, consensuado con el equipo multidisciplinar para la atención de la salud de la población.

Pueden estar realizados por grupos consultivos relevantes, sociedades científicas y constituir verdaderas guías de práctica. Son instrucciones escritas específicas para la atención y administración de medicamentos en una situación clínica identificada, realizándolo de manera protocolizada, prescribiendo los fármacos consensuados en el equipo según la valoración del estado de salud del paciente y la clínica que éste presenta.

La delimitación de los fármacos y productos sanitarios requiere la elaboración de un listado consensuado de patologías y situaciones clínicas que pueden ser protocolizadas para su atención por la enfermera.

A continuación se detallan algunos ejemplos de prescripción colaborativa estandarizada (véase Tabla 3 en Anexo).

Los listados de fármacos y productos sanitarios pueden ser mucho más amplios, puesto que la prescripción enfermera colaborativa, ya sea individualizada (dependiente) o estandarizada (protocolizada) permitiría regularizar el rango de fármacos y productos sanitarios que actualmente la enfermería está utilizando de manera rutinaria y legalizar las actuaciones de ello derivadas.

Como ejemplo se pueden poner las actuaciones en Soporte Vital Avanzado (SVA), donde en los algoritmos de SVA traumatológico, cardiológico, adulto y pediátrico se determinan claramente los fármacos usados y sus dosis. Estas actuaciones están consensuadas internacionalmente por organismos de reconocido prestigio como el ILCOR (International Liaison Committee on Resuscitation), la ERC (European Resuscitation Council) o la AHA (American Heart Association).

Prescripción colaborativa estandarizada / protocolizada institucional

ACTUALIDAD. Aprobación de la Proposición de Ley de modificación de la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios.

Exposición de motivos:

“Por otra parte, en los equipos de profesionales sanitarios los enfermeros desarrollan una labor esencial como elemento de cohesión de las prestaciones de cuidados a los usuarios de los servicios sanitarios, orientados a la promoción, mantenimiento y recuperación de la salud así como a la prevención de enfermedades y discapacidades. El ejercicio de la práctica enfermera, en sus distintas modalidades de cuidados generales o especializados, implica necesariamente la utilización de medicamentos y productos sanitarios.”

Modificaciones al apartado 1 del art. 77,

“Los enfermeros, de forma autónoma, podrán indicar, usar y autorizar la dispensación de todos aquellos medicamentos no sujetos a prescripción médica y los productos sanitarios, mediante la correspondiente orden de dispensación.”

“El Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica por los enfermeros,

En el marco de los principios de atención integral de salud y para la continuidad asistencial:

- a) Mediante la aplicación de protocolos y guías de práctica clínica y asistencial, de elaboración conjunta,
- b) Acordados con las organizaciones colegiales de médicos y enfermeros y validados por la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud.

El Ministerio de Sanidad y Política Social con la participación de las organizaciones colegiales, referidas anteriormente, acreditará con efectos en todo el Estado, a los enfermeros para las actuaciones previstas en este artículo.”

Modificaciones de la disposición adicional duodécima,

"Disposición adicional duodécima. De la regulación de la participación de los enfermeros en

el ámbito de los medicamentos sujetos a prescripción médica.

El Gobierno regulará la indicación, uso y autorización de dispensación de determinados medicamentos sujetos a prescripción médica, por los enfermeros, en el ámbito de los cuidados tanto generales como especializados y fijará, con la participación de las organizaciones colegiales de enfermeros y de médicos, los criterios generales, requisitos específicos y procedimientos para la acreditación de dichos profesionales, con efectos en todo el territorio del Estado, en las actuaciones previstas en el artículo 77.1.”

CONCLUSIONES

- Se necesita un cambio en nuestras actitudes para romper con el estancamiento y enfrentarse con valentía a estrategias y tendencias de futuro, asumiendo el riesgo por el compromiso y la responsabilidad, que puede adquirirse.

- Es necesario asegurarnos de que contamos con el APOYO de todos, y su COMPLICIDAD, para lograr el éxito.

- Es preciso cambiar la estrategia de la organización, favoreciendo la participación de los profesionales para fomentar la implicación y asunción de responsabilidades por parte de las personas de la organización y para lograr:

1. La efectividad y eficacia de iniciativas, ligadas a la participación y el consenso.
2. Que los proyectos puedan adaptarse perfectamente a nuevas tendencias como:
 - Calidad
 - Eficiencia y Rentabilidad del Sistema de Salud y...A cambios que continuamente se producen en nuestro contexto sanitario y científico que exigen flexibilidad, interacción, confianza e innovación.

En definitiva tener la Visión de lograr, que las personas que integran la organización:

1. Trabajen con espíritu integrador y transversal,
2. Se coordinen y colaboren en desarrollar,

SERVICIOS EXCELENTES

ANEXO

Tabla n° 1

Situación	Medicación/Producto	Intervención de enfermería	Justificación
Úlceras por presión	Apósitos:	<ul style="list-style-type: none"> · Prevención de úlceras por presión · Cuidados de las úlceras por presión 	Prevenición o tratamiento ante el riesgo o falta de integridad cutánea
	<ul style="list-style-type: none"> · Hidrocolooides · Alginatos · Hidrogeles · Siliconas · Poliuretanos · Hidrocelulares 		
Situación	Medicación/Producto	Intervención de enfermería	Justificación
Estreñimiento	Supositorios glicerina Micalax Enema	Manejo del estreñimiento/ impactación	Se recomienda su uso en la consulta de enfermería y visita domiciliaria

Tabla n° 2

Situación	Medicación/Producto	Intervención de enfermería	Justificación
Pacientes crónicos	Respiratorios	Manejo del asma	La enfermera ajusta las dosis una vez instaurado el tratamiento
	Inhaladores (cámaras)		
	Oncológicos	Fisioterapia respiratoria	En muchos casos desde la consulta de enfermería se facilitan las recetas de continuidad de tratamiento
	ADO	Manejo de sedación	
	Insulinas	Manejo de hiperglucemia	
	Mórficos (oral, parche)	Regulación hemodinámica	
Antihipertensivos			
Situación	Medicación/Producto	Intervención de enfermería	Justificación
Dolor de origen traumático	Analgésicos AINE	Administración de analgésicos Manejo del dolor	En pacientes traumáticos, el dolor supone un riesgo sobre todo si existen TCE o traumatismo raquímedular en las que es conveniente tener al paciente en condición relajada y tranquila para no agravar sus lesiones ni empeorar su estado hemodinámico (taquicardia por dolor)

Tabla nº 3

Situación	Medicación/Producto	Intervención de enfermería	Justificación
Accidentados Politraumatizados	Elementos de rescate, extricación, movilización e inmovilización de accidentados.	Inmovilización Proteger al paciente de nuevas lesiones, secundarias al rescate y transporte, evitar el empeoramiento de las ya existentes	
	Sedantes Analgésicos Mórficos Benzodiacepinas Hipnóticos Miorrelajantes Anticolvunsivantes Vasopresores Diuréticos osmóticos		
Situación	Medicación/Producto	Intervención de enfermería	Justificación
Compromiso vital inmediato PCR	Catecolaminas Simpaticomiméticos Alcalinizantes Antiarrítmicos Vasopresores Vasodilatadores Sedantes Antitérmicos	Resucitación Administración de la medicación en función de la situación (algoritmos de SVA)	La premura en la administración mejora la supervivencia La adrenalina en SVA como en una reacción anafiláctica grave, edema de glotis, broncoespasmo, etc puede evitar la muerte

LOS DERECHOS DEL PACIENTE EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: CONEXIONES ENTRE EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA. DECÁLOGO DE UN ENCUENTRO

Lourdes López Cumbre

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria*

Se exponen a continuación en forma de decálogo las Conclusiones de la Mesa Uno que, con el título genérico “*La protección del paciente*” y con el específico “*Los derechos del paciente en situación de dependencia: conexiones entre el Sistema Nacional de Salud y el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia*”, fue desarrollada el día 11 de Noviembre de 2009 en Santander y en el marco del XVIII Congreso de Derecho y Salud, agradeciendo la invitación a los organizadores y la participación a quienes intervinieron en la misma.

Primera.- La inconclusa capacidad integradora de la Ley 39/06. Convendría efectuar una valoración integradora de la Ley 39/2006, 14 de diciembre (BOE, 15) de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia considerando que en ella se encuentran reflejados, sin una clara delimitación competencial, los tres ámbitos propios de la protección social espa-

ñola como son la Seguridad Social, la Sanidad y la Asistencia Social. La Ley 39/06 no pretende tanto definir la naturaleza jurídica de la protección - quizá por las dificultades competenciales apuntadas- como garantizar la misma. Para ello dispone una cobertura dirigida a toda persona que por razón de edad, discapacidad o enfermedad sufre una alteración en su autonomía física, psíquica, mental, intelectual, sensorial, precisando la ayuda de un tercero para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Establece la misma un derecho subjetivo, universal, de carácter público, con una atención integral e integrada que abarca medidas de prevención, rehabilitación, estímulo, requiriendo el desarrollo en el entorno habitual de vida del dependiente, garantizando la calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios con la colaboración de servicios sociales, sanitarios y, especialmente, con la participación de la familia o del entorno en tal misión, con una financiación pública pero con

participación privada y con el apoyo decisivo y determinante de las CCAA.

Esa valoración integral se encuentra reforzada en la necesidad de conseguir una gestión asimismo basada en la colaboración de las distintas Administraciones. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante, SAAD) exige la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y garantiza una participación básica de la Administración General del Estado. Dicho Sistema deberá responder a una acción coordinada y cooperativa de la Administración General del Estado y de las CCAA, contemplando medidas en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia. La cooperación y coordinación entre el Estado y las CCAA resulta clave en el éxito de esta nueva protección admitiéndose, en su caso y por la experiencia ya demostrada, la de las entidades locales. A través de este Sistema de Dependencia se garantizan las condiciones básicas y el contenido común de la ley, se encauza la colaboración y participación de las distintas Administraciones Públicas y se optimizan los recursos públicos y privados disponibles. Un Sistema que, en definitiva, constituye una red de utilización pública integrada por centros y servicios tanto públicos como privados que no alteran, en principio, su régimen jurídico de titularidad, administración o gestión como consecuencia de tal integración. Para su articulación se crea el denominado Consejo Territorial como instrumento de cooperación integrado por el representante de aquel Ministerio que tenga las competencias en la materia, un representante de cada una de las CCAA y un número de representantes de los distintos Departamentos Ministeriales. En todo caso, la composición será tal que obtengan mayoría los representantes de las CCAA. Fijará dicho Consejo el marco de cooperación interadministrativa y lo hará mediante Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las CCAA. En cumplimiento del mismo y a título de ejemplo, el más reciente de la Comunidad Autónoma de Cantabria es el contenido en la Resolución de 7 de enero de 2010 (BOE, 8 de febrero) de la Secretaría General de Política Social y Consumo del Ministerio de Sanidad y Política Social que establece el Convenio por el que se desarrolla el Marco de Cooperación Interadministrativa aprobado el 15 de abril de 2009 y recogido en la Resolución de 21 de mayo de 2009 (BOE, 5 de junio). Aun cuando la

organización y supervisión de las actividades de este Convenio sean competencia de la Comunidad de Cantabria, ésta deberá informar a la Comisión de Seguimiento creada entre el Ministerio y la CCAA. A nivel nacional, cabe destacar el acuerdo alcanzado por el Consejo Territorial sobre los “*objetivos y contenidos comunes*” en cuanto a la información de la que dispone el SAAD para su tratamiento con la debida protección (Resolución de 4 de noviembre de 2009, BOE, 27).

Segunda.- Déficit en la gestión de la protección sociosanitaria. Con todo, en esa comprensión integradora de la norma destaca la obligación por parte de las CCAA de establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria y su responsabilidad en la creación de los órganos de coordinación que procedan para garantizar una atención efectiva para el dependiente, *ex art. 11.1.c)* de la Ley 39/06. Ante la ausencia de una regulación específica sobre la prestación sociosanitaria conviene tener en cuenta los antecedentes sobre la materia. Sin duda, el esfuerzo que han venido realizando las CCAA con anterioridad a la vigencia de la Ley 39/06 en el ámbito de la asistencia social y de los servicios sociales se revela como el más próximo a una protección integral para la dependencia. Ayudas, asistencia, establecimientos, residencias, cuidadores, etc, han sido suministrados por redes locales o autonómicas como ponen de manifiesto las distintas leyes autonómicas en la materia. Por utilizar el ejemplo de Cantabria, ésta disponía de un Plan de Atención Sociosanitaria, eje de la aplicación de la Ley 6/01, 20 de noviembre (BOC, 28) de atención y protección a las personas en situación de dependencia en Cantabria -hoy completada por la Ley 2/07, 27 de marzo de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria (BOC, 3 de abril) y por la Ley 3/09, 27 de noviembre (BOC, 23 de diciembre) por la que se crea el Instituto Cántabro de Servicios Sociales- antecedente básico en la aplicación de la Ley 39/06. La Ley 6/01 de Cantabria considera prestaciones sociosanitarias las “*atenciones recibidas por una persona dependiente en los diferentes niveles con carácter preventivo, rehabilitador, ocupacional, educativo y sociocultural*” siempre que no estén comprendidas en el catálogo del Sistema Nacional de Salud (art. 5). En esta línea, el citado Plan de Atención Sociosanitaria se caracterizaba por tener un talante integral (en la medida

en que respondía a todas las necesidades de las personas mayores, aumentando la eficacia y la eficiencia de la red social y sanitaria) y multidisciplinar (puesto que significaba una práctica cotidiana en la comunicación entre los diferentes profesionales que intervienen), inserto en la Comunidad (atendía a las circunstancias geográficas, demográficas y culturales de la Comunidad), rehabilitador activo (con el fin de mantener al mayor en las mejores condiciones físicas y cognitivas), sectorizado, flexible y permeable (en la medida en que se establecían circuitos de comunicación entre los diferentes profesionales para ubicar a los usuarios en el recurso adecuado) y, finalmente, basado en una gestión por demanda del usuario (entendiendo ésta como la necesidad real del mayor, respetando el derecho a la propia determinación y a su libertad de elección). Como en el resto de planes desarrollados en las Comunidades Autónomas perfilaba un conjunto de objetivos generales, desmembrados en otros de carácter específico, que se plasmaban en un calendario de actuaciones en el que se recogían las distintas fases de desarrollo. Igualmente, primaba el interés por mantener a la persona mayor en su domicilio y en condiciones óptimas y la potenciación del apoyo de las redes naturales de atención a las personas dependientes, aunque con otros objetivos añadidos como el de promover la participación y la integración de los mayores en la sociedad y el acceso a los servicios sociales, impulsar la utilidad de la experiencia y el conocimiento de los mayores, fomentar las medidas necesarias para que el mayor no sea dependiente, dotar de una atención adecuada a las personas que por sus características precisaran cuidados institucionales, proteger los derechos de los mayores, racionalizar el gasto social y, en definitiva, garantizar una atención integral al mayor. Para lograr el primer objetivo se proponía potenciar los servicios de atención a domicilio, los centros de atención diurna, los programas de respiro, así como las ayudas económicas que garantizaran la habitabilidad de las viviendas y el suministro de información sobre los recursos existentes. En cambio, la ayuda a los cuidadores informales supondría implicar el fomento de los programas formativos e informativos, facilitar el apoyo de profesionales, promover los cambios necesarios en la normativa laboral a efectos de conciliar la vida familiar y laboral y promover ayudas económicas directas o indirectas a las

familias. A tal fin se disponía la creación de una serie de recursos sociosanitarios específicos de atención a las personas mayores tales como: a) unidades de convalecencia o de media estancia cuyo objetivo era el de restablecer las funciones o las actividades deterioradas por procesos agudos, en una estancia de una duración media de treinta días aproximadamente, pasados los cuales sin objetivar una clara mejoría, el paciente será evaluado en aras a decidir su continuidad en este recurso o su derivación a otro más adecuado; b) hospital de día geriátrico como centro diurno interdisciplinar dirigido a ancianos frágiles o pacientes geriátricos habitualmente con incapacidad física o psíquica que precise tratamientos específicos pero que pueden permanecer en sus domicilios; c) hospital de larga estancia el que realizar actividades de enfermería y rehabilitación a pacientes mayores con pluripatología que precisen cuidados de forma continua y no puedan ser realizados en otros recursos sociales sanitarios, siendo la estancia media de ciento sesenta días; d) unidades de larga estancia o asistidas como unidades residenciales asistidas de las residencias; e) unidad funcional del ictus como establecimiento que se encarga de la asistencia médica aguda y de la investigación en enfermedades cerebrovasculares; y f) finalmente se preveía la potenciación de las unidades de observación y tratamientos de pacientes dirigidas a la población mayor que requiera un ingreso corto, de dos o tres días, para controlar reagudizaciones en su patología crónica. Para la adecuada coordinación de profesionales se disponía de la articulación de unos organismos específicos encargadas de desarrollar y controlar este Plan como el Consejo Autonómico del Plan de Acción Sociosanitaria, la Comisión Sociosanitaria de Área, los Equipos de Apoyo a la Atención Primaria y el Equipo Técnico de Control de Calidad, así como la institución de las figuras del Responsable del Programa del Mayor en cada centro de salud y del Consultor en Geriátrica en los Hospitales de Agudos. El Consejo Autonómico del Plan de Acción Sociosanitaria se presentaba como el órgano superior en materia de responsabilidad de todos los programas sociosanitarios de la Comunidad, mientras que la Comisión Sociosanitaria de Área se constituiría en cada uno de los centros de atención primaria con el objeto de optimizar los recursos existentes, formando parte de la misma los profesionales de los distintos centros y servicios pertenecientes al Plan y los diferentes agentes sociales implicados en el campo social y sanitario.

Constituyendo el anterior un ejemplo más de lo que las diferentes Comunidades Autónomas han venido efectuando con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/06, la regulación estatal no ha sido tan clara en relación a este tipo de prestación en la que se combinan recursos sanitarios y de asistencia social. La mención que el art. 55.1 de la Ley General de Seguridad Social (RD-Legislativo 1/94, de 20 de junio, BOE, 29, en adelante LGSS) realiza a la asistencia social cuando establece que *“la Seguridad Social, con cargo a los fondos que a tal efecto se determinen, podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones”*, sirve de base jurídica a esta práctica. Como sirve asimismo la universalizada cobertura de la asistencia sanitaria introducida por la Ley 14/86, 25 de abril (BOE, 29) General de Sanidad por cuanto el RD 63/95, 20 de enero (BOE, 10 de febrero) de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud primero y el RD 1030/06, 15 de septiembre (BOE, 16) por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización en los que se reconocen, entre la cartera de servicios comunes de atención primaria, las *“atenciones y servicios específicos relativos...a la tercera edad”* (Anexo II.6), desarrollando en el apartado 6.5. todas las actividades que requieren la atención en personas mayores así como la *“atención a la salud mental en coordinación con los servicios de atención especializada”* (Anexo II.8) siendo importante destacar cómo el art. 14.2 Ley 16/03, 28 de mayo (BOE, 29) de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, además de la asistencia sanitaria prevista para todos los ciudadanos contempla una atención socio-sanitaria específica para el *“cuidado destinado a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones y sufrimientos y facilitar su inserción social”*. Las prestaciones incluirán, tanto los cuidados sanitarios de larga duración como la atención sanitaria

de convalecencia o la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable, dentro de lo que se denomina atención sociosanitaria y que será llevada a cabo por las CCAA. Conviene advertir que, aunque el RD 65/95 ha sido derogado por el RD 1030/06, este último mantiene la vigencia de la DA 4ª de aquél (*“la atención a los problemas o situaciones sociales o asistenciales no sanitarias que concurren en las situaciones de enfermedad o pérdida de la salud tendrán la consideración de atenciones sociales, garantizándose en todo caso la continuidad del servicio a través de la adecuada coordinación por las Administraciones públicas correspondientes de los servicios sanitarios y sociales”*) en tanto se desarrolla *“el contenido de la cartera de servicios de atención sociosanitaria”* (Disposición Derogatoria Única del RD 1030/06). Esto significa que recayendo sobre la CCAA la competencia en materia de sanidad y de servicios sociales, la coordinación sobre este tipo de prestación debiera ser más sencilla que si se exigiera una integración con otros servicios del Estado.

Pues bien, siendo así que las CCAA tienen competencias tanto en Sanidad como en Asistencia Social, lo que debiera ser considerado una ventaja en la gestión de la prestación, la concurrencia de ambos ámbitos en la protección por dependencia no ha dado buenos resultados por el momento sino que, bien al contrario, han demostrado no tener una buena combinación. La primera universal, financiada básicamente por impuestos y establecida como un derecho subjetivo; la segunda, discrecional, configurada como una expectativa de derechos y financiada en función de las disponibilidades presupuestarias autonómicas o locales. Ahora, la Ley 39/06 les obliga a reunir esfuerzos y a generar una protección integral, creando un derecho subjetivo y optando por dos tipos de prestación: la de servicios como principal y la económica como residual –bien que en la práctica esta calificación haya sido invertida y se persiga más la prestación económica que la de servicios-. El catálogo dispuesto por la ley en su art. 15 es un catálogo de servicios sociales (teleasistencia, ayuda a domicilio, atención en el hogar, cuidados personales, servicios en centros de día y de noche, atención residencial, etc). Una fórmula que permite aprovechar la estructura de la red de servicios sociales existente en cada CCAA. Sin embargo, dicha red no puede funcionar si no es mediante la atención

sanitaria pues si el dependiente es básicamente la persona anciana, enferma o discapacitada la prestación sanitaria deviene imprescindible. Comoquiera que la misma se halla universalizada y, por tanto, garantizada parece que no es necesario tenerla en cuenta como una prestación propia sino partir de su previa existencia. Mas, en la práctica, se trata de una atención especializada que se superpone a estos otros servicios sociales generando una disfunción, cuando no una duplicación de recursos, no bien gestionados. Quizá el problema radique en que todas las prestaciones que concurren en este sistema de dependencia debieran despojarse de su naturaleza tradicional, poniéndose al servicio de la necesidad a cubrir, esto es, la dependencia del ciudadano. No en vano, la protección por dependencia conlleva no sólo la pensión del dependiente sino la cobertura sanitaria y los costes de hostelería o alojamiento, una extraña reunión de prestaciones de Seguridad Social, Sanidad y Asistencia Social que aún no ha logrado la ansiada integración prevista en la norma legal y que genera una cierta impresión de improvisación en la aplicación de la misma, dañando las expectativas y los derechos de la ciudadanía.

Tercera.- Antecedentes en Seguridad Social de la protección por dependencia. Ciertamente la descripción de la situación objetiva de cobertura no constituye novedad alguna para nuestros sistema de protección social. España ratifica en 1928 el Convenio núm. 17 de la OIT en el que se establece, entre las indemnizaciones por accidentes de trabajo, *“una indemnización suplementaria a las víctimas de accidentes que queden incapacitadas y necesiten la asistencia constante de otra persona”* (art. 7). A partir de aquel momento (Ley 4 de julio de 1932, Gaceta, 7, Decreto de 8 de octubre de 1932, Gaceta, 12 y Reglamento de 31 de enero de 1933, Gaceta, 2 de febrero), las normas sobre accidentes de trabajo recogerían esta ayuda destinada a las personas dependientes o la sustitución de la misma por el internamiento del sujeto dependiente en un establecimiento sanitario (OM 17 de octubre de 1945, BOE, 21). Sirva este recordatorio histórico para afirmar que la necesidad de una ayuda en personas dependientes no es nueva. Han cambiado algunos factores que han revitalizado su planteamiento: a) su dimensión; debido especialmente al envejecimiento poblacional; b) su importancia social; ha dejado de ser un problema exclusiva-

mente de la familia para ser aceptado como un problema de la sociedad; c) su naturaleza; por cuanto comienza a considerarse como un riesgo susceptible de protección por el Estado de bienestar social. Pero nuestro país lleva dispensando medidas de protección a la dependencia desde la aprobación de la Ley General de Seguridad Social de 1974 (Decreto 2065/74, de 20 de mayo, BOES 20 y 22 de julio). No en vano, el modelo español de protección de la dependencia constituye un híbrido en el que se mezcla la cobertura de la Seguridad Social contributiva, la protección no contributiva en determinadas prestaciones, la cobertura universal en los servicios sociosanitarios, la protección a través de los servicios sociales y las bonificaciones fiscales por atención a dependientes. En general, destacan las prestaciones o pensiones de Seguridad Social y entre las más sobresalientes cabe distinguir el complemento en la gran invalidez tanto en su modalidad contributiva como no contributiva, las prestaciones familiares en una modalidad y en otra, las pensiones a favor de familiares o el incremento de los complementos para mínimos cuando se tiene cónyuge a cargo, entre otras.

Y es que ha sido principalmente el ámbito de la Seguridad Social el que ha dado cobertura a la invalidez permanente (arts. 136 y ss LGSS), prevista para aquellas situaciones en las que el trabajador no puede continuar con su actividad habitual como consecuencia de unas lesiones invalidantes susceptibles de determinación objetiva con un reconocimiento oficial mediante el procedimiento legalmente establecido. Se trata de lesiones previsiblemente definitivas que suponen reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva que disminuyen o anulan su capacidad laboral y que, en su grado de gran invalidez, requieren de la concurrencia de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida por lo que se prevé un 50% más de pensión. Entiende el Tribunal Supremo por acto esencial *“el que se dirige a satisfacer una necesidad primaria e ineludible para poder subsistir fisiológicamente o para ejecutar los actos indispensables a la dignidad, higiene y decoro que corresponde a la convivencia humana”*; debe tratarse *“de una imposibilidad –y no solo de una mera dificultad- de realizar los actos esenciales”*; la ayuda, además, *“ha de ser continuada no espo-*

rádica o transitoria, sino que ha de prestarse con cierta habitualidad; el incremento de la pensión va destinado a neutralizar el exceso del gasto que implica la ayuda de un tercero y no puede confundirse con la pensión de incapacidad” [SS.TS 16 en.01, Ar. 2508]. Es, con todo, la prestación económica destinada al gran inválido una de las manifestaciones más claras de dedicación del sistema de Seguridad Social al régimen de la dependencia. El art. 139.4 LGSS establece un incremento del 50% para que el inválido pueda remunerar “a la persona que le atienda”. Es en este ámbito, a diferencia del resto de las prestaciones a las que a continuación se alude, en el que la familia (hijos, otros familiares, etc) ha quedado sustituida por el recurso a “cualquier otra persona que atienda”, sin que para ello se exija vínculo familiar alguno. A diferencia de la protección anterior cuando de se trata de proteger la invalidez en su modalidad no contributiva el recurso a los vínculos familiares deviene imprescindible. Al igual que en la modalidad contributiva, también el art. 145.6 LGSS señala que las personas afectadas por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75% y “que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, tendrán derecho a un complemento equivalente al 50% del importe de la pensión”. En este último caso, se exige además una edad mínima de 18 años para acceder a la prestación -lo que se entiende justificado por el hecho de que los menores ya están cubiertos por la vía de las prestaciones familiares- y una edad máxima de 65 años -pues, a partir de la misma y si se cumplen los requisitos- procederá acceder a la jubilación, no así a la invalidez. Pero, además, y de acuerdo con el art. 144 LGSS, la pensión procederá cuando el beneficiario carezca de rentas o ingresos suficientes. Si convive con otras personas en una misma unidad económica, este requisito se entenderá cumplido cuando la suma de todos los integrantes de aquella sea inferior a un límite establecido por la ley. Existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado. Incluso si la relación fuera entre ascendientes o descendientes en primer grado, el límite de recursos sería distinto.

La familia se convierte también en el referente de otro tipo de prestaciones dispensadas en el ámbito de la Seguridad Social y también relacionadas con la protección por dependencia. Así, la LGSS destina el Capítulo IX de su Título II a las “prestaciones familiares”. Y la dicción es correcta pues, a diferencia de lo que ocurría en épocas pasadas, ya no se trata de prestaciones “por hijo a cargo” sino de “prestaciones familiares” en una consideración mucho más acorde con dos instituciones íntimamente vinculadas, la dependencia y la conciliación de la vida laboral y de la vida personal. Por eso la protección se desarrolla en torno a dos sujetos de la familia, los hijos y “otros familiares”. De entre todas ellas (arts. 180 y ss LGSS), destaca en relación a este análisis, la protección no contributiva por hijo a cargo y que consiste en una asignación económica por cada hijo menor de 18 años o cuando, siendo mayor, esté afectado por una minusvalía en un grado igual o superior al 65% a cargo del beneficiario cualquiera que sea la naturaleza legal de la fijación de aquéllos, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar permanente o preadoptivo (arts. 182 y ss LGSS). Estas asignaciones por hijo a cargo serán distintas (art. 182.bis LGSS) según que el hijo o menor acogido a cargo sea menor de 18 años y esté afectado por una minusvalía igual o superior al 33%; cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años y está afectado por una minusvalía en un grado igual o superior al 65%; o cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años, está afectado por una minusvalía en un grado igual o superior al 75% y como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesita el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. Por su parte, el art. 176 LGSS alude también a las “prestaciones en favor de familiares” previstas para “aquellos otros familiares o asimilados” que demuestren dependencia económica del causante fallecido, en cuyo caso tendrán derecho a pensión o subsidio por muerte de éste. En todo caso, se reconocerá derecho a pensión a los hijos o hermanos del beneficiario de pensiones contributivas de jubilación o invalidez siempre que hayan convivido con el causante y a su cargo, sean mayores de 45 años, solteros, divorciados o viudos, acrediten dedicación prolongada al cuidado del causante y carezcan de medios propios de vida. Quienes se encuentren en situación legal de desempleo tendrán, respecto de sus ascendientes o

descendientes, los mismos derechos que los que les corresponderían de estar disuelto el matrimonio. Se trata de una prestación “*en compensación para quien, después de haber dedicado su vida a la atención de otra persona, se encuentra, al fallecer ésta, en el desamparo económico más absoluto...recibiéndose la protección en función de las necesidades derivadas del defecto de ingresos producido como consecuencia de la muerte del causante*” (S.TC 3/93). Por lo demás, el art. 177 LGSS establece una indemnización a tanto alzado en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional para “*el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho y los huérfanos*”. Cuando no existieran otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia, el padre o la madre que vivieran a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tengan, con motivo de la muerte de éste, derecho a las prestaciones anteriores recibirán esta indemnización. Dos datos vinculan esta prestación con la dependencia. El hecho de que se recoja una dependencia económica y una dependencia funcional. La prestación surge para familiares que convivieran con el causante y a su cargo. La indeterminación de este rasgo ha hecho que los Tribunales tiendan a valorarlo de forma análoga al nivel asistencial de desempleo con el mismo umbral de pobreza requerido para este último y teniendo en cuenta no sólo las rentas individuales del beneficiario sino las de la unidad familiar o la de todos aquellos parientes sobre los que exista obligación de alimentos. Por lo demás, se requiere la acreditación de una dedicación prolongada al cuidado del causante. Resquicio del pasado, este requisito pone de manifiesto la auténtica naturaleza de esta prestación. Basada antaño en la necesidad de que las hijas o hermanas del causante se dedicaran a su cuidado, renunciando a cualquier expectativa profesional – en caso de tenerla- y prevista esta prestación precisamente para sustentar la necesidad económica surgida como consecuencia del fallecimiento del causante, hoy se trata de una exigencia difícilmente admisible tanto para el varón como para la mujer pero sobre todo para aquél, quien, por su actividad profesional, mal podrá cumplir con esta dedicación prolongada al cuidado del causante.

Cuarta.- La dependencia como un riesgo propio y autónomo. Sin embargo, con ser éstas situaciones de riesgo ya conocidas y atendidas por el ámbito de la Seguridad Social, con la Ley 39/06

adquieren una nueva dimensión. El riesgo de la dependencia se “independiza” y se constituye como un riesgo social propio, autónomo, único que requiere de un tratamiento homogéneo y distinto al hasta ahora dispensado. Se trata de un nuevo riesgo social propio de las sociedades modernas o post-modernas que demanda un espacio de protección diferenciado. Así, en contra de lo que ocurre en la invalidez, aquí lo relevante no es tanto la incapacidad para el trabajo como la incapacidad para la supervivencia por lo que no va destinado a los trabajadores sino a los ciudadanos. Por lo demás, el riesgo puede surgir en todo momento y no antes de los 65 años como ocurre en la invalidez. Por otra parte, en esta última el cálculo de la pensión se efectúa sobre un porcentaje derivado del grado de incapacidad y no sobre las necesidades reales del dependiente como hace la Ley 36/90. De ahí que la dependencia haya adquirido rasgos mucho más autónomos a los ya conocidos y en función de la dimensión del riesgo por el envejecimiento de la población, del cambio del modelo tradicional de familia en el que la incorporación masiva de la mujer al trabajo ha transformado la estructura social, el incremento de los factores de riesgo y precariedad laboral que agudizan y aceleran las incapacidades tales como un entorno perjudicial para la salud, la aparición de nuevos riesgos psicosociales, situaciones como la descentralización productiva, la subcontratación, la escasa cualificación, la integración de la inmigración o el aumento desmedido de los accidentes de tráfico - muchos en jornada laboral, por tanto, accidentes de trabajo-, factores todos ellos que sobredimensionan la necesidad de proteger el riesgo de dependencia. Había que aludir, por último, a la reducción de la mortalidad como consecuencia de la mejora en la atención sanitaria y a la aparición de un mayor número de enfermedades crónicas no mortales o a la mejora de las nuevas tecnologías aplicadas a los cuidados preventivos, curativos o diagnósticos que mejoran la calidad de vida y la prolongan.

Aunque basado en necesidades ya cubiertas como se expusiera, este riesgo nace con un defecto de técnica jurídica por cuanto no se ha querido precisar la naturaleza del mismo. Su inclusión en el sistema de Seguridad Social se resiente si se tiene en cuenta que no encaja claramente ni en el nivel contributivo –no se ha establecido con la fórmula de cotización a cargo de empleador y trabajador ni es un riesgo derivado directamente de la actividad laboral- ni en el nivel no contributivo

(jubilación, incapacidad, hijo a cargo) o asistencial (desempleo) –por cuanto no se prevé para personas con insuficiencia de recursos sino con carácter universal para todo ciudadano-. Tampoco se trata de una prestación del Sistema Nacional de Salud destinada a la protección de la salud y a la atención sanitaria pues, aun cuando esta atención se considere necesaria, en el dependiente se valora el grado y nivel de dependencia respecto de otros para realizar las actividades diarias cotidianas, al margen de los requerimientos sanitarios. No tiene, en fin, tampoco los rasgos característicos de la asistencia social prevista, como se ha descrito, en el art. 55 LGSS para las personas que carecen de los recursos indispensables para hacer frente a las situaciones de riesgo –pues la cobertura es universal- ni se centra exclusivamente en los servicios sociales que, con carácter complementario a las prestaciones básicas de la Seguridad Social, recoge el art. 53 LGSS. Deliberadamente la Ley 39/06 señala en su art. 1 que se trata de un derecho subjetivo de ciudadanía en el que sobresalen tres rasgos: el carácter público de la prestación, la universalidad en el acceso a la misma y una atención integral e integrada (art. 3 Ley 39/06). Es cierto que, descartada su pertenencia al nivel contributivo de la Seguridad Social y alejada del sentido de las prestaciones sanitarias, el engarce mejor se encuentra o en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social o entre las prestaciones de asistencia social. Pues bien, la experiencia ha demostrado que para responder a las decisiones del Tribunal Constitucional, el legislador ha tenido que marcar expresamente la integración de la modalidad no contributiva dentro del sistema de Seguridad Social como lo hiciera en la Ley 26/1990 tras decisiones como la de la S.TC 76/86 en la que se precisaba que la diferencia entre la Seguridad Social y la Asistencia Social dependía del carácter contributivo o no de la prestación. Sin embargo, la Ley 39/06 no contempla como no contributiva esta prestación sino, bien al contrario, exige la participación en su financiación de los beneficiarios según su capacidad económica. Podría considerarse, no obstante, que como las pensiones no contributivas de nuestro sistema se establecieron para quienes no hubieran cotizado nunca al mismo o lo hubieran hecho insuficientemente, estos últimos sí habrían contribuido económicamente al sostenimiento de la prestación, de algún modo y de forma similar a la que ahora se prevé en la prestación por

dependencia. Pero las diferencias son contundentes. Quienes han cotizado al sistema pero lo han hecho insuficientemente se han estado beneficiando del mismo respecto de otro tipo de prestaciones cuando se hallaban en activo. Ahora, la protección por dependencia prevé una financiación *a posteriori*, no *a priori*, cuando el gasto ya ha sido efectuado y en función del mismo. No se oculta, pese a todo, cómo la falta de una consideración expresa por parte del legislador como una prestación no contributiva dificulta su engarce en el esquema de la jurisprudencial constitucional apuntada.

Conviene, no obstante, subrayar un matiz. El hecho de que el SAAD prevea prestaciones en especie y prestaciones económicas hace que estas últimas se integren en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas (DA 5 Ley 39/06) establecido por el sistema de Seguridad Social, gestionado por el INSS y destinado a la inscripción de las prestaciones sociales de contenido económico, por lo que en el subconsciente del legislador está presente una prestación próxima a la Seguridad Social. De hecho, ésta debiera haber sido su ubicación más idónea, bien que en su nivel no contributivo si se perseguía el rasgo de universalidad de la misma, tras haber descartado el legislador una prestación del nivel contributivo y ante la grave indefinición e imprecisión de la que en la actualidad se resiente en nuestro país el sistema de Asistencia Social. Tan sólo el elemento del copago contrastaría en dicho nivel si no fuera porque el nivel no contributivo del sistema de Seguridad Social español se caracteriza por no exigir cotizaciones previas para acceder a la prestación –como ocurre en esta protección por dependencia- no por el hecho de que, surgido el gasto del servicio correspondiente, el beneficiario deba abonar parte del mismo en función de sus rentas. Y, además, cabría diferenciar, a fin de reafirmar la inserción de esta protección en el sistema de Seguridad Social –bien que en el nivel no contributivo-, que junto a la prestación de servicios –quizá más propia del sistema de Asistencia Social- se contemplan prestaciones económicas de carácter no contributivo pues para acceder a las mismas no se exige cotización previa alguna. Con todo, es necesario admitir que prevalece un criterio mayoritario a favor de considerar esta protección como parte de la asistencia social. No en vano, toda la red, la gestión e incluso parte de la financiación está pensada utilizando la in-

fraestructura ya creada y mantenida con anterioridad por las CCAA. De ser así, se trataría de una ampliación del sistema de Asistencia Social dentro del modelo de protección social que serviría, además, para reforzar algunos elementos caracterizadores del mismo. Este engarce es fruto, no obstante, de la simplicidad y no evita ciertos aspectos polémicos de la protección. Especialmente en lo que se refiere al título competencial y a la distribución de la competencia normativa entre Estado y CCAA. Se ha apuntado que, de la misma manera que en Sanidad, el Estado establece unas prestaciones básicas a través del establecimiento conjunto y uniforme del Sistema Nacional de Salud - norma de competencia estatal, aunque la gestión haya sido descentralizada a las CCAA-, en materia de dependencia el esquema es idéntico y las prestaciones básicas serán establecidas por el Estado en el SAAD, sin perjuicio de la potestad de las CCAA para ampliar o mejorar las mismas. Como en la Sanidad, la norma subraya la universalidad de la prestación y su origen público, en este caso con independencia de la forma de financiación o de las medidas de gestión que se adopten. Dicha universalidad implica la inexistencia de requisito alguno en cuanto afiliación o cotización, siendo los condicionantes de acceso otros distintos (edad, residencia y grado o nivel de dependencia). Su similitud con la Sanidad se defiende por entender que la protección se dispensa no por la condición de trabajador del beneficiario sino por su condición de ciudadano, igual que en la cobertura sanitaria. De ahí que las CCAA adquieran en materia de dependencia un protagonismo semejante al que tienen en el ámbito sanitario por lo que quizá fuera éste -si se pretendía residenciar las competencias en las CCAA y alejarlas del Estado- el ámbito más idóneo para su desarrollo.

Quinta.- Los modelos europeos de protección a la dependencia. La adopción de una norma como la Ley 39/06 no ha sido improvisada, sino meditada. De hecho, los documentos que la han precedido han escudriñado las experiencias europeas para adaptar el mejor modelo posible para España. Sin embargo, no ha sido la delimitación de competencias entre Estado y CCAA el eje que ha guiado tal elección sino la forma de financiación de esta nueva protección. Entre el modelo universal nórdico financiado por vía impositiva para la protección de este riesgo, el asistencial francés

destinado únicamente a ciudadanos carentes de recursos y el contributivo alemán basado en cotizaciones de empresarios y trabajadores, la ley española opta por un sistema propio que combina aspectos de los tres modelos descritos. La tendencia mayoritaria en Europa supone optar por el primero de los modelos, universalizando la acción protectora de este riesgo. El modelo universal pretende la extensión a todo ciudadano de la acción protectora, nota que mantiene en común con el modelo que articula la protección de la dependencia a través de la Seguridad Social. Esta modalidad se ha implantado fundamentalmente en los países nórdicos y en Holanda. Se trata de un sistema basado en el principio de ciudadanía, donde se garantiza una asistencia social gratuita, financiada a través de impuestos generales y sin necesidad de acudir a la prueba de recursos, salvo para aquellas situaciones en las que se deba determinar la participación del beneficiario en el pago de los servicios, en función de su nivel de renta. En él predomina la prestación de servicios frente a las prestaciones económicas; servicios que pueden ser gestionados por organismos públicos o privados siendo la financiación de la prestación pública, bien que compartida entre el Estado y otras Administraciones y con posibilidad de incorporar otros sujetos según la capacidad económica de los beneficiarios. Conviene advertir que los países nórdicos, con un modelo de protección universal, son los que mantienen el índice de gasto en protección social más alto en Europa. Algunos de los países europeos, como ocurre con Holanda, optó por incorporar la dependencia dentro del sistema general del seguro de enfermedad hace décadas y con resultados muy positivos.

A diferencia del anterior, el modelo que incorpora la dependencia dentro del sistema de Seguridad Social, tal y como ocurre en Alemania, materializa la protección a través del complemento que la misma requiere tanto en el sistema de pensiones, en el seguro por desempleo o en la protección a la familia. Así, cuando la situación exige el cuidado de un tercero, las prestaciones o pensiones clásicas de la Seguridad Social son incrementadas con un complemento para hacer frente al riesgo de la dependencia y dirigido especialmente, aunque no únicamente, a los familiares. La financiación de los servicios se lleva a cabo a través de un sistema de copago, que se gestiona a través de cotizaciones e impuestos, pero que es susceptible de variar se-

gún se trate de un país u otro. Por último, el sistema asistencial dispensa una cobertura más limitada que la derivada de los anteriores. Es propio de países en los que la protección de los dependientes, especialmente de los mayores, se encuentra a caballo entre el ámbito sanitario y el social y no existe vínculo alguno entre uno y otro por las diferentes fuentes de financiación en que se sustentan. Aunque la Seguridad Social sí cubre determinados riesgos como la invalidez, o la jubilación, no existe como tal el concepto de persona dependiente, con lo que se hace muy complicada en ocasiones la protección de los problemas que se derivan de tal situación, dejando su cobertura a un sistema asistencial, residual y generalmente discrecional.

Sexta.- Efectividad (del derecho). Si las cinco primeras conclusiones se han destinado al análisis de la ley formal, procede dedicar las cinco restantes a los problemas aplicativos que la norma plantea, sintetizados en torno a cinco sustantivos que identifican el núcleo de cada conclusión: efectividad, igualdad, calidad, universalidad y sostenibilidad (o viabilidad). La efectividad del derecho supone garantizar las prestaciones del beneficiario. Y si bien esa efectividad está garantizada en el ámbito sanitario aún no ha adquirido tanta eficacia en el ámbito sociosanitario. Así, el Servicio Nacional de Salud dispone de una cartera de servicios que implica una obligación de dar y de hacer. Mas esa cartera de servicios, en cierto modo y en relación a la dependencia, se encuentra condicionada no tanto por la red sanitaria de cada CCAA sino por la red de servicios sociales a los que deberá adaptarse la prestación sanitaria –o viceversa-. Como es sabido, las necesidades financieras de la asistencia sanitaria prevé tres tipos de recursos: el fondo general como masa homogénea de financiación asignada en función de una serie de parámetros (población protegida, mayores de 65 años, insularidad, etc); la garantía de mínimos, esto es, ninguna CCAA deberá recibir menos recursos que los que hubieran resultado de la aplicación del sistema anterior a las transferencias; y los fondos específicos o fondos de cohesión sanitaria. La responsabilidad recae tanto en el Estado como en las CCAA según el acuerdo de transferencias firmado y el sistema de financiación autonómica establecido. Ahora este esquema debiera verse alterado por la intervención finalista de la protección sanitaria destinado a la dependencia que debería entrar dentro de los cánones de financiación del Sistema de Dependencia y no del

Sistema Nacional de Salud, dejando al margen esos recursos para otras necesidades del sistema sanitario.

Si atendemos a los antecedentes históricos de la prestación sanitaria se impone necesariamente una conexión entre Asistencia Sanitaria y Seguridad Social que surgirá cuando el Seguro Obligatorio de Enfermedad (1942) comienza a ser gestionado por el Instituto Nacional de Previsión como entidad aseguradora única. Creado para proteger a *“todos los productores económicamente débiles”*, el citado seguro se financiaba con las aportaciones del Estado, las primas abonadas por trabajadores y empresarios, las posibles subvenciones, donativos y legados y las rentas obtenidas de la explotación o gestión de los bienes propios del Seguro. La unificación de todos los seguros sociales, incluida la prestación sanitaria (1948) y la creación del sistema de Seguridad Social (1963) en cuya acción protectora se encuentra la asistencia sanitaria ratificarían la común unión. Se produciría, asimismo, una ampliación de su ámbito subjetivo pasando de los trabajadores con menos recursos a toda la población trabajadora lo que obligará a crear una red propia de centros sanitarios aun cuando pronto se revele como insuficiente para garantizar la equidad en la prestación. Deficiencia que se intensifica cuando la Ley General de Sanidad (1986) amplía la cobertura sanitaria a toda la población, establece la gratuidad de los servicios, impone una financiación basada mayoritariamente en impuestos, garantiza la prestación a través de centros de titularidad pública y determina como principio rector la calidad de la prestación. Prácticamente todos los textos internacionales garantizan la protección a la salud pero será el Convenio 102 de la OIT (1952, ratificado por España en 1988) sobre norma mínima en materia de Seguridad Social el que reconozca el derecho no sólo a los asalariados sino a todas las personas residentes. En la constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946) se afirma que el goce del grado máximo de salud que se puede lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. Por eso, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Social Europea, el Código Europeo de la Seguridad Social, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales de los Trabajadores, la Carta de Derechos Fundamentales, la nonnata Constitución Europea o el Tratado de Lisboa contemplan el

derecho a la salud como epicentro del desarrollo humano. Línea mantenida por la Constitución en cuyo art. 43 CE se establece el derecho a la protección a la salud así como la tutela y garantía públicas de este derecho a través de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios, debiendo establecer la ley los derechos y obligaciones de todos para la eficacia de dicha protección. Un reconocimiento constitucional de naturaleza dual (como derecho personal y como obligación de los poderes públicos frente a la comunidad) que impide dudar sobre el alcance del art. 43 CE.

Las dificultades surgen en la práctica, y como es sabido, por el reparto competencial dispuesto por la Constitución sobre el sistema sanitario. En efecto. Las competencias de los poderes públicos para hacer efectivo el derecho a la salud se distribuyen asistemáticamente entre el Estado y las CCAA. Corresponde al Estado, *ex art.* 149.1.16 CE, la sanidad exterior (Tratados, Convenios, Acuerdos Internacionales en materia de sanidad, control de fronteras y tráficos de mercancías y personas), las bases y coordinación general de la sanidad (lo que supone dictar legislación básica y coordinación de la actuación de todas las Administraciones Públicas) y la legislación sobre productos farmacéuticos. Las CCAA poseen, por su parte, competencias en materia de sanidad e higiene, de acuerdo con el art. 148.1.21 CE. Las competencias del Estado en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE) imponen una configuración unitaria de un Sistema Nacional de Salud, derivando el adjetivo “nacional” de la asunción de dichas competencias. Un Sistema para todos –españoles y extranjeros residentes-, universalista, financiado por recursos públicos, solidario e igualitario. La determinación del contenido sobre lo “básico” queda sujeta al control del Tribunal Constitucional y de los Tribunales ordinarios. Este sistema no se superpone al propio creado por cada CCAA sino que constituye la conjunción de todos ellos. La coordinación, por lo demás, no entraña la sustracción de competencias a las CCAA sino que implica la obligación de colaboración (informes recíprocos, homogeneidad técnica en determinados aspectos y acción conjunta de autoridades estatales y autonómicas). En esta materia se incluyen tanto la legislación sobre seguridad e higiene (con zonas de concurrencia con la legislación laboral), la legislación sobre productos farmacéuticos (básica y complementaria) y –con más reservas- la legislación sobre protección al

medio ambiente (art. 149. 1.23 CE). A todo ello hay que añadir aquellas competencias de las CCAA no asumidas por las mismas, las leyes que establezcan disposiciones necesarias para armonizar las competencias de las CCAA, la regulación supletoria a la de las CCAA en materia de seguridad e higiene y todas aquellas disposiciones atribuidas al Estado por las propias CCAA (por ejemplo, la Alta Inspección sanitaria). Las amplias competencias sanitarias de las CCAA (art. 148.1.21 CE) conducen a una configuración diversificada en diferentes Sistemas Autonómicos de Salud que, considerados aisladamente, no quedan sujetos a exigencias de igualdad ni solidaridad plenas - contradictorias con la autonomía reconocida a estos Sistema Autonómicos- para la gestión de sus propios intereses y con la autonomía financiera que le es propia y con las diferencias constitucionalmente admitidas cuando no impliquen privilegios económicos o sociales (art. 138.2 CE), afirmación compatible con el reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional (art. 139.1 CE), con la garantía de un nivel mínimo de prestaciones de los servicios públicos (art. 158.1 CE) y con la existencia de posibles consensos en la gestión y acuerdos de cooperación entre CCAA (art. 145.2 CE). Conviene no olvidar que se trata de una materia caracterizada por el binomio igualdad/diversidad. Las fisuras posibles a la igualdad obliga a reconocer el derecho de todo ciudadano, sea cual sea la CCAA en la que resida y a acceder no sólo al Sistema Autonómico de éste sino al de cualquier otra Comunidad, lo que provoca básicamente dificultades financieras más que obligaciones jurídicas. De hecho, se entiende (Preámbulo de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003) que la asunción de competencias por las CCAA constituye un medio para aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y facilitarle, así, garantías en cuanto a la equidad, calidad y participación en esta prestación sanitaria.

Trasladando este esquema a la dependencia, la protección sociosanitaria debería estar garantizada por una efectividad tal que no sólo el derecho a la salud estuviera cubierto sino toda la atención integral requerida por un dependiente. Quizá tenga sentido recordar en este punto las recomendaciones elaboradas por la Fundación AstraZéneca en 2003 en relación a la atención sociosanitaria. Entre ellas destacan: “*a) la visión integral e integradora de*

las soluciones previstas en los distintos sistemas de protección social, sistema sanitario y sistema de asistencia social; b) la satisfacción de las demandas de los profesionales sanitarios que mejoren la calidad y eficiencia de los servicios; c) la mejor coordinación entre atención primaria y las distintas especialidades a fin de evitar el peregrinaje del dependiente en varios especialistas sin conexión entre ellos a causa de las múltiples patologías que padece, en particular la geriatría e incremento de la calidad asistencia y humanismo en la atención enfermera; d) mayor cooperación entre las Administraciones y el sector privado; e) la necesidad de establecer prioridades por tramos de edad a efectos de provisión de prestaciones y servicios, especialmente por lo que se refiere al fortalecimiento de la asistencia sanitaria específica de la tercera edad y la creación de una infraestructura hospitalaria específicamente diseñada para dependientes y de unidades geriátricas especializadas en centros de día y de noche y en unidades sanitarias de atención a domicilio; f) la valoración y apoyo del trabajo familiar para atender a las personas dependientes; g) la necesidad de fomentar los cuidados profesionales como un complemento y como una posibilidad de opción no una sustitución de los cuidados familiares; h) la especial atención de las enfermedades degenerativas; i) la previsión de nuevos planes y medidas de prevención y tratamiento del Alzheimer que genera máxima dependencia; j) la necesidad de ampliar la utilización de la teleasistencia; k) la inclusión de las tecnologías de la información como instrumento indispensable de mejora de la gestión de las residencias; l) la promoción de la domótica (“hogar inteligente”) como alternativa a las residencias; m) el desarrollo de aplicaciones y desarrollos tecnológicos para apartamentos tutelados; n) la necesidad de un sector privado con estabilidad y calidad asistencial, etc”. Para conseguir algunos de estos objetivos se considera necesario partir de la delimitación de los grupos de riesgo que conforman la población potencialmente usuaria de la atención sociosanitaria y que pueden agruparse en seis de acuerdo con la catalogación efectuada en 2004 del Observatorio del Sistema Nacional de Salud y que son las personas mayores con problemas de salud, los enfermos mentales, las personas con discapacidad, las personas con enfermedades crónicas evolutivas y en situación de dependencia funcional, los enfermos terminales y

las personas en situación de exclusión social con graves problemas de salud. Es obvio que la incidencia regional de estos colectivos es muy desigual y que, en general, tanto en infraestructura de centros y servicios y prestaciones monetarias y técnicas como en sustitución de cuidados informales por cuidados profesionales los márgenes de mejora en el futuro son muy significativos. Reto éste que habrán de afrontar las distintas Administraciones Públicas en el SAAD.

Séptima.- Igualdad (en la prestación). El análisis del tema objeto de debate no se entendería sin una alusión a la igualdad en la prestación. No en vano, el art. 149.1.1 CE regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Y aun cuando la garantía sanitaria es competencia de las CCAA y el Sistema Nacional de Salud reconoce el principio de igualdad de acceso a las prestaciones con independencia del lugar de residencia del ciudadano, en relación con la dependencia este reconocimiento así como su cumplimiento pueden convertirse en una misión harto difícil. En materia sanitaria, el Sistema Nacional de Salud se basa en la equidad, esto es, en la superación de la disparidad territorial pese a la diversidad de servicios y a la existencia de diferentes Servicios Autonómicos de Salud. En todos los Estatutos de Autonomía se reconoce que las prestaciones sanitarias serán, como mínimo, las garantizadas por el Sistema Nacional de Salud. Los rasgos que definen a dichos Sistemas Autonómicos son, por una parte, la igualdad formal entre los distintos Servicios Autonómicos, vinculada a exigencias constitucionales, al establecimiento de criterios uniformes para su financiación y al derecho a recibir asistencia sanitaria en cualquier de ellos, independientemente del lugar de residencia, etc. Pero, por otro lado, destaca la evidente disparidad real entre los distintos Servicios Autonómicos, manifestada en la organización y funcionamiento de cada uno, en las prestaciones dispensadas, en los recursos disponibles y en el endeudamiento contraído. Variables en la cantidad y, sobre todo, en la calidad de las prestaciones son notorias entre los distintos Servicios Autonómicos, lo que se traduce en una situación de desigualdad del derecho a la salud. Con un resultado decepcionante y es que la magnitud media del gasto *per cápita* en España es la penúltima de

la UE y un punto menos de la media de la OCDE. Es variable asimismo el endeudamiento de los distintos Servicios Autonómicos por el crecimiento progresivo del gasto sanitario debido a factores diversos (demográficos, precios, prestaciones reales medias, etc). Todo ello incompatible con el propósito constitucional de garantizar igualdad y equidad. Pero es que además el modelo de financiación establecido no garantiza que las CCAA puedan mantener su propio Servicio Autonómico de Salud exclusivamente con los tributos cedidos por el Estado, resultando notorias las desigualdades en la capacidad de autofinanciación. El Fondo de Suficiencia, paradójicamente, manifiesta una declarada “insuficiencia” por los propios límites de la financiación autonómica y sobre todo por la inadecuada recaudación del impuesto estatal no cedido. Es evidente que a partir de la creación de los diecisiete Servicios Autonómicos de Salud se ha producido un gasto creciente debido a un aumento poblacional, al precio de los servicios sanitarios y a la mejora prestacional. Para contrarrestar este incremento en el gasto se plantean algunas soluciones tales como el copago (1 euro) para ciertos actos médicos con una doble finalidad -a saber, recaudatoria y disuasoria- o el denominado céntimo sanitario en los carburantes. Y, aun cuando todas las CCAA han crecido en sus ingresos desde la recepción de competencias, no se ha conseguido el objetivo pretendido de la equidad e igualdad por más que sea por todos conocido el hecho de que la autonomía significa necesariamente diversidad y la gestión y financiación autónoma de sus propios servicios siempre que no implique privilegios. O como, ya desde sus inicios, señalara el Tribunal Constitucional en S.TC 76/83, que el régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y la diversidad del status jurídico público de las entidades territoriales que lo integran. Sin la primera no habrá unidad ni integración en el conjunto estatal; sin la segunda no existiría pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas que caracterizan el Estado de las autonomías.

Consecución que, en materia de dependencia, deviene aún más difícil, si cabe. Por varias razones. En primer lugar, por el reducido desarrollo de la asistencia sanitaria especializada y destinada en exclusividad a personas mayores y/o dependientes. Sus problemas se derivan a las unidades especializadas en cada patología no tratándose como una

situación integral. En segundo término, porque el déficit en la infraestructura hospitalaria específica para la atención de la dependencia es notable pues se necesitaría una atención geriátrica o especializada en este ámbito. Escasean, en tercer lugar, los centros de atención no hospitalaria e incluso la atención no sanitaria y todo ello se deriva hacia la sanidad exigiendo una actividad que no es propia de su atención. Convendría potenciar, por ello, la asistencia sanitaria a domicilio de todo tipo pero especialmente la que supone la atención al dependiente porque así se permitiría la permanencia en el entorno y resultaría rentable para la Administración autonómica que evitaría así gastos hospitalarios. Por último, falta la tan ansiada y denunciada en este encuentro coordinación de la protección sociosanitaria, esto es, entre la atención sanitaria y los servicios sociales, desconociendo una prestación integral lo que dificulta considerablemente el cumplimiento del principio de igualdad de trato propugnado por el art. 149.1.1 CE. Es cierto que la ley española ha actuado de forma decisiva y en el art. 1 de la Ley 39/06 el legislador no ha dudado al establecer condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de un derecho subjetivo de ciudadanía, con la creación de un Sistema (cierto que no nacional), basado en la colaboración de todas las Administraciones públicas y con la garantía de un contenido mínimo común para todo ciudadano en cualquier parte del territorio del Estado español. Y lo hace no a través de una regulación de mínimos susceptible de desarrollo por parte de las CCAA, sino con una regulación completa –quizá incluso excediéndose en sus propias competencias-.

Una competencia exclusiva de las CCAA para legislar en materia de asistencia social recogida por el art. 148.1.20 CE que resulta, por lo demás, incuestionable. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado que la misma no significa, por principio, una exclusión de la competencia normativa del Estado. El art. 139.1. CE garantiza que *“todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”*. Cuando además el Estado tiene competencia exclusiva para *“la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, ex art. 149.1.1 CE*. No se trata, a juicio del

Tribunal Constitucional, de un título competencial residual, sino con contenido propio (S.TC 61/97) que sintetiza lo que son las condiciones básicas en cuanto al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales del mismo (facultades elementales, límites esenciales, etc.) (S.TC 154/88) y que permite asegurar una uniformidad “en aras de intereses generales superiores a los de cada CCAA, un común denominador normativo a partir del cual cada CCAA en defensa de su propio interés podrá establecer las peculiaridades que desee” (S.TC 1/1982). Es el mínimo de protección social garantizado sin acepción territorial el que justifica la intervención del Estado en este ámbito, aunque las CCAA tengan competencia exclusiva en materia de asistencia social, *ex art.* 148.1.20 CE. Se garantiza con ello la igualdad aun cuando se trate de una igualdad en la prestación básica pues las CCAA podrán mejorar esta última, configurándose un mapa de prestaciones distinto según el lugar de residencia. La Ley 39/06 se concibe como una normativa básica estatal de mínimos garantizados a toda la población al margen del lugar de residencia y, de hecho, la intervención del Estado está presente tanto en la definición del catálogo de servicios como en el cuadro de infracciones y sanciones, en los criterios básicos de calidad, en los principios básicos comunes aplicativos de la ley, etc. Sin embargo, la resistencia de algunas CCAA a colaborar en la aplicación de esta Ley obliga a plantear incógnitas que deberán desaparecer a medida que la Ley se vaya cumpliendo. Así, cabría considerar si una aplicación progresiva de este derecho como la prevista por la norma (entre 2007 y 2015 comenzando por los grados más severos de dependencia y finalizando por los más leves) garantiza la estabilidad del mismo y la cuantía de sus prestaciones. La pregunta que cabe hacerse es qué ocurrirá a partir de 2015. El Estado se compromete a aportar el coste de la prestación básica pero, cuál es la prestación básica, qué se garantiza como derecho básico, cuáles son los servicios que conforman el mismo, cuáles de entre el catálogo de servicios sociales y, en principio, cuáles dentro de la Sistema Nacional de Salud y, sobre todo, qué criterios de identidad existe entre las diferentes CCAA para que sus prestaciones sean homologables en el nivel mínimo.

Octava.- Calidad (en el servicio). La calidad en la prestación de los servicios constituye uno de los ejes básicos para garantizar un sistema de aten-

ción a la dependencia eficaz, y para conseguirlo las acciones se dirigen hacia diversos frentes tales como la fijación de criterios comunes de acreditación de centros y planes de calidad, la promoción de los estándares básicos de calidad, la atención a la calidad en el empleo y a la formación y cualificación de profesionales y cuidadores. La gestión de la calidad es esencial en el ámbito de prestación de servicios públicos y con más intensidad cuando los servicios se prestan para atender situaciones de dependencia. Nuevamente el Consejo Territorial adquiere un protagonismo destacado ya que le compete acordar criterios de calidad y seguridad para los centros y servicios; determinar indicadores de calidad para la evaluación, la mejora continua y el análisis comparado de los centros y servicios del sistema; la elaboración de guías de buenas prácticas; y la adopción de cartas de servicios adaptadas a las condiciones específicas de las personas dependientes, bajo los principios de no discriminación y accesibilidad. La gestión de la calidad se pretende llevar con cada uno de los servicios incluidos en el catálogo y con cada uno de los centros residenciales como contenido de sus reglamentos de régimen interior, calidad que se extiende al empleo para las entidades que aspiren a gestionar prestaciones o servicios. Sin embargo, se echa en falta un mayor control estatal para la homogeneidad de los criterios de acreditación de las entidades que prestan servicios de atención a la dependencia, al margen del territorio en el que actúen.

Y es en este ámbito, el referido a la calidad, en el que se ubica también la identificación de la formación y cualificación de profesionales y cuidadores y los planes de formación que se precisen teniendo en cuenta además que la creación de nuevas infraestructuras exigirá la contratación de personal cualificado. La calidad en el empleo en centros residenciales privados –algunos de ellos concertados– sigue, aún hoy, muy comprometida ya que los empleadores suscriben predominantemente contratos de trabajo temporales de obra o servicio determinado con vinculación de los empleados a los servicios contratados por las Consejerías respectivas de cada Comunidad Autónoma que suelen ser, tras la elaboración y publicación de los preceptivos pliegos asignados, por un número determinado de años habiéndose devaluado, notoriamente, el principio de causalidad de los contratos de trabajo de los empleados y siendo muy discutible la presencia

del requisito de autonomía y sustantividad propia que exige el legislador en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. La negociación colectiva deberá tener un importante papel en la promoción de la calidad de empleo, como, por ejemplo, se aprecia en el V Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal aprobado por Resolución de 26 de marzo de 2008 (BOE, 1 de abril) con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2011 y en el que se incluye un apartado específicamente destinado a la “estabilidad en el empleo”.

En relación a la calidad del servicio suele aludirse a la necesidad de privatizar la gestión de los servicios públicos. Así ha ocurrido en la Sanidad, en cuyo ámbito adquiere cada vez un mayor espacio la necesidad de acudir a fórmulas de gestión privada. La Ley 14/86 consagró el principio de libertad de empresa en esta parcela, permitiendo la concurrencia de la gestión privada con la gestión pública directa. Las Administraciones públicas sanitarias están capacitadas para establecer conciertos con el objeto de prestar servicios sanitarios con medios ajenos a ellas (art. 90.1 Ley 14/86), conservando las funciones de control e inspección sobre los mismos. Ha sido frecuente, desde entonces, encontrar propuestas de modelos de gestión híbridos que combinan los incentivos administrativos con los criterios propios del mercado, atendiendo a la eficiencia en la prestación de servicios o a la competencia empresarial en la misma como los que rigen en las fundaciones públicas sanitarias. La mercantilización de un servicio público y la diversidad organizativa fuera de control han sido algunos de los reproches al ensayo de estas nuevas fórmulas gestoras. Modelo y reproches que pudieran reproducirse si se traslada el mismo esquema a la infraestructura que permite el desarrollo del SAAD.

Novena.- Universalidad (en la protección).

Como es sabido, la financiación de esta nueva prestación dependerá de las Administraciones Públicas (aproximadamente un 67% del coste total) y se completará con la aportación de los beneficiarios (de ser así, en el 33% restante). Nuestro sistema opta, pues, por una fórmula conocida en algunos países de la Unión Europea como es la del copago y utilizada ya en la prestación farmacéutica. Pero eso no significa que todos contribuyan por

igual. Lo harán proporcionalmente según su capacidad económica personal (renta y patrimonio) y teniendo en cuenta el coste del servicio prestado. Por eso, pagarán menos o no lo harán quienes carezcan de recursos y contribuirán en mayor medida quienes tengan mayor capacidad económica, posibilitándose la suscripción de un contrato de seguro de dependencia para prever la cobertura de este riesgo. Tampoco la aportación de las CCAA será uniforme pues cada una de ellas, en función de sus previsiones y necesidades, firmará un Convenio de colaboración con la Administración General del Estado concretando las obligaciones que asume, siendo la aportación de cada CCAA al menos igual a la que realice la Administración General del Estado. El Estado será quien determine reglamentariamente las prestaciones y servicios garantizados por la Administración General del que deberá disponer toda CCAA en función del número de personas dependientes residentes en cada una de ellas y su grado y nivel de dependencia. Ese grado mínimo común de protección será el que financie el Estado, quedando el resto de la financiación complementaria al cargo exclusivo de las CCAA. De acuerdo con este esquema, la Ley viene a configurar un nivel de protección mínimo (establecido por el Estado), un nivel de protección consensuado (entre el Estado y cada CCAA mediante un Convenio de Colaboración) y un nivel de protección adicional (fijado por cada CCAA). Uno de los iniciales motivos de crítica contra la Ley 39/06 ha sido la escasa contribución del Estado para una reforma de semejante factura. La cantidad aportada por el mismo a lo largo de ocho años es análoga e incluso inferior a la que el Estado aporta para otras necesidades de empleo o de Seguridad Social en tan sólo un año. Es cierto que se pretende responsabilizar financieramente a las CCAA, pero, teniendo en cuenta que la aportación del Estado va a ser el mínimo del que han de partir estas últimas, su esfuerzo de contribución va a ser siempre mayor que el de aquél, mostrándose el Estado un tanto cicatero en un avance social de tal envergadura. Quizá la clave para entender esta tímida aportación se encuentre en el año 2015 y no en la actualidad. Para ese año está previsto que el Estado mantenga la financiación de las prestaciones básicas y no la de las complementarias comprometidas por cada CCAA en los Convenios de colaboración suscritos y que deberán ser financiadas exclusivamente por estas últimas.

Tampoco ha estado exento de crítica el establecimiento del copago. La contribución del beneficiario en la financiación de la prestación no constituye una fórmula desconocida en la Unión Europea, pero sí es una modalidad absolutamente excepcional de nuestro sistema de protección social con altas dosis de contribución de los trabajadores al sistema público bien sea por vía de cotización o impositiva. Y si criticable es en sí misma la fórmula, más lo son los parámetros a considerar para cuantificar la contribución privada del beneficiario. La consideración del tipo de servicio, del coste del mismo y, sobre todo, de la capacidad económica del beneficiario –basada en la renta y patrimonio personal que no familiar- van a generar, sin duda, focos de fraude y una contribución territorial a la valoración de estos parámetros no homogénea. No es lo mismo, por ejemplo, que el servicio que precisa el dependiente suponga un gasto adicional para la persona o para la familia en la que se integra (ayuda a domicilio) o que la protección incluya todos los gastos necesarios para el cuidado y supervivencia del dependiente (atención residencial que sustituye el gasto en vivienda, manutención y cuidado del dependiente). Incluso en este último supuesto, el de la atención residencial, se pretende distinguir el coste médico de los servicios específicos de manutención u hostelería –que previsiblemente se financiarían a través de recursos privados-. No tiene el mismo coste una atención a través de un cuidador informal que mediante un cuidador profesional. Y es que la imposición de una cofinanciación del beneficiario en función del coste del servicio según que la dependencia sea moderada, severa o gran dependencia, en función del nivel uno o dos en el que se encuentre el beneficiario y atendiendo a las rentas patrimoniales del mismo, genera, amén de un rechazo ideológico, una dificultad aplicativa. Porque sería necesario, en los términos apuntados con anterioridad, diferenciar entre el coste sanitario y el coste hotelero de la dependencia. Así, si sólo se fija una tarifa única se optará por los servicios más caros y también por aquellas CCAA que dispensen una mejor protección, condicionando el carácter universal de la cobertura. No impide el copago generar derechos subjetivos perfectos pero sí dificulta la universalidad puesto que hace prevalecer la necesidad técnica sobre la necesidad económica del perceptor. Por lo demás, puede facilitar la aparición de situaciones de fraude pues si la capacidad económica se

halla en función del patrimonio nada obsta a la aparición de movimientos patrimoniales con anterioridad a la situación de dependencia. Depende, asimismo, del tipo de financiación que se establezca. Si la financiación se hace a través de impuestos debiera deducirse del copago el coste sanitario puesto que el mismo se encuentra ya universalizado restando sólo el coste social. Si, por el contrario, se facilita a través del aseguramiento privado, en Europa se distingue entre la actividad sanitaria, cubierta a través del seguro de enfermedad, y los servicios sociales, que sí debieran estar incluidos en un específico seguro de dependencia. Es ésta una posibilidad prevista por la Ley 39/06 que permite el establecimiento de un seguro privado de dependencia para prever el copago del beneficiario, lo que significa una expansión del mercado asegurador privado también en este ámbito. En virtud de lo dispuesto primero en la DA 7 Ley 39/06 y después de la DA 2 Ley 40/07, 4 de diciembre (BOE, 5) la cobertura de la dependencia podrá instrumentarse bien a través de un contrato de seguro suscrito con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social o bien a través de un plan de pensiones. La cobertura de la dependencia realizada a través de un contrato de seguro obliga al asegurador, para el caso de que se produzca la situación de dependencia al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación. Dicho contrato de seguro podrá articularse tanto a través de pólizas individuales como colectivas. Por su parte, los planes de pensiones que prevean la cobertura de la contingencia de dependencia deberán recogerlo de manera expresa en sus especificaciones. La conversión del patrimonio del solicitante en una renta periódica vitalicia que financie la prestación sin contribución del sistema público o el recurso a las denominadas hipotecas inversas que implican avalar el pago de la prestación con el importe de un bien inmobiliario que, en su momento, descontará de su valor el total percibido por el beneficiario hasta la fecha con motivo de protección por dependencia se manifiestan, entre otras muchas, como fórmulas de financiación a ensayar en un futuro no muy lejano.

Décima.- Sostenibilidad o Viabilidad (del sistema). Se impone, por último, una obligada reflexión sobre la sostenibilidad o viabilidad del

sistema de protección social. Sostenibilidad implica perdurabilidad en el tiempo, esto es, viabilidad futura. En el debate sobre la sostenibilidad de los sistemas europeos de protección social (también del español) cabe cuestionar muchos aspectos, no así su existencia. Ha sido ésta una de las mejores formas de proteger al ciudadano ante las desigualdades económicas. De los distintos documentos elaborados por la UE recogidos -algunos de los cuales se encuentran citados en la bibliografía consultada-, cabe deducir que, sin estos sistemas nacionales y sin la coordinación europea de los mismos, más de 150 millones de ciudadanos europeos (40% de la población total) vivirían por debajo del 50% de la renta media. La protección social beneficia aproximadamente a 100 millones de personas en la UE, alcanzando a una de cada cuatro familias. Uno de los mayores logros del sistema es la reducción de la pobreza en las personas mayores. En el año 2000 se calculaba que unos 65 millones de personas (18% de la población total) vivían en la pobreza relativa, esto es, con ingresos inferiores al 60% de la renta *per capita*. Si se tiene en cuenta que el desempleo, la pobreza y la exclusión social reducen entre un 12% y un 20% el PIB europeo respecto del potencial, que suponen una merma en la productividad nacional y que implican el aumento de los costes que se originan como consecuencia de una necesidad mayor de protección social, sobran las justificaciones. Para este año 2010 se estima que la población activa más joven, entre 20 y 40 años, se verá reducida en doce millones desde 2000 mientras que crecerá en unos trece millones en el segmento entre 40 y 60. Entre 2000 y 2024, la población de más de 60 años crecerá un 50% en la UE pasando de 73 a 110 millones de personas. La población en edad activa para el trabajo, considerando como tal la que oscila entre los 15 y los 65 años, del conjunto de los países miembros, comenzará a reducirse de forma significativa a partir del 2050 (en un 20%, esto es, unos 40 millones de personas). El número de personas que superarán los 65 años se incrementará de 61 millones en el año 2000 a más de 100 millones en el 2050, siendo el incremento mayor el de los mayores de 80 años, sector que triplicará su volumen actual. La relación porcentual entre trabajadores y mayores de 65 años pasará de un 4 a 1 actual a un 2 a 1 en 2050. La Comisión de la UE cifraba en 2000 en cuatro millones de personas los exclui-

dos o marginados sociales y en 18 millones de personas los que carecen de un hogar propiamente dicho. Además aparecen nuevos tipos de pobreza en contraste con la opulencia del mercado único: hogares en los que todos sus adultos se hallan en paro; parados de edad superior a 45 años y que llevan más de dos años en paro; parados jóvenes con más de un año de paro y que residen fuera del hogar familiar; trabajadores de cualificación muy baja; pensionistas antiguos de edad avanzada (más de 75 años) y sus viudas con pensiones iniciales más bajas y que han perdido poder adquisitivo, familias monoparentales de baja cualificación, etc.

Con estos datos como telón de fondo, el análisis de cualquier sistema de protección social se encuentra condicionado por los mismos y deberá partir necesariamente de la contemplación de la viabilidad económica y financiera del sistema. En el gasto en protección social, el de mayor dimensión, sin ninguna duda, es el que genera el sistema público de pensiones (11% del PIB del conjunto europeo). En conjunto, el gasto en protección social representa alrededor del 30% del PIB. En el gasto en pensiones destaca el gasto en jubilación, por dos razones básicamente; una, porque la población envejece y, dos, porque se incrementa su cobertura a medida que crecen las necesidades sociales. Se prevé que el gasto de los Estados miembros en pensiones públicas pase de un 3 a un 5% del PIB y que el envejecimiento de la población podría llegar a elevar el gasto público en un incremento medio del 5% al 8% del PIB en toda Europa. En este sentido, han sido numerosas las actuaciones de la UE prácticamente desde 1992 (Recomendación 92/442) hasta hoy, insistiendo todas ellas en la necesidad de acomodar, modernizar, ajustar, adaptar el sistema de protección social a las nuevas necesidades del futuro. De ahí que, en una estrategia común para la modernización de la protección social y en la configuración de un “modelo social europeo”, la UE proponga un modelo basado en: a) el trabajo rentable y garante de unos ingresos seguros; b) conseguir pensiones seguras y unos sistemas de pensiones viables; c) promover la inclusión social; d) garantizar una atención sanitaria viable y de alta calidad. Se considera, en este sentido, que la protección social es un factor más de política económica y de empleo. Las orientaciones generales de política económica o el Pacto de Estabilidad y Crecimiento constituyen un marco

general para las políticas de empleo y protección social, al establecer objetivos de coordinación presupuestaria y proporcionar directrices para las políticas públicas. De entre todas ellas, la Comisión de la UE destaca una: la necesidad de incrementar el empleo para asegurar la continuidad del sistema. En este sentido, se solicita que los Estados miembros lleven a cabo reformas con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera de los sistemas sociales nacionales, sin perjuicio de los derechos adquiridos, el apoyo mutuo y la solidaridad intergeneracional, teniendo en cuenta el contexto de una sociedad y un mercado laboral en evolución, el cambio demográfico, la mundialización o globalización y las evoluciones tecnológicas. Es cierto que, en algunos Estados miembros, las contribuciones actuales al sistema de protección social pueden ser inadecuadas para satisfacer las expectativas de los ciudadanos, por eso, y sin dejar de respetar los principios de solidaridad y subsidiariedad, los Estados deberían reflexionar y actuar para encontrar modos alternativos de financiación de esos sistemas que fomenten la realización de reformas dinámicas sin repercutir negativamente en los salarios, por ejemplo, tal y como indica la UE, utilizando el iva de las empresas, promoviendo el principio de subsidiariedad vertical y horizontal entre instituciones y la población. Del mismo modo, se apuntan otras soluciones. Para algunos, la baja natalidad significará la ausencia de necesidades en el sistema educativo en un futuro próximo por lo que los recursos a este último destinado podrían ser trasladados a la garantía de las pensiones. Sin embargo, cualquier recorte en el sistema educativo significa directamente un déficit en la productividad nacional y un retroceso en el crecimiento económico. También se señala no sólo la necesidad de incrementar los impuestos sino la de reducir las pensiones. Mas ninguna de las dos resulta inocua. La primera porque su efecto sobre el crecimiento económico puede resultar muy perjudicial, la segunda porque el coste político de su adopción retrae a cualquier partido en el Gobierno a su sola mención toda vez que cuanto más aumenta el número de población mayor, más se incrementa el volumen de votos de los pensionistas en las elecciones. Tampoco encuentra respaldo la privatización del sistema, por un lado por las dificultades de la transición de un modelo a otro y, por otra parte, por la oposición frontal que los sindicatos presentan a cualquier tipo de medida de esta

índole, básicamente porque supone romper con la cohesión social y alejar la consecución de una igualdad de oportunidades. Se apunta asimismo a la necesidad de aumentar la eficacia de la población activa a través de la reducción del nivel de desempleo, del incentivo a la incorporación de la mujer al trabajo o del incremento de la edad de jubilación, medida ésta recientemente acometida por el Gobierno español en su reforma del sistema de pensiones. Todas ellas pueden presentar un importante rechazo, especialmente la mencionada en último lugar por alejarse de la realidad social española en la que, aunque la edad mínima de jubilación se establece legalmente a los 65 años, la combinación de las prejubilaciones, la jubilación anticipada y las jubilaciones forzosas ha adelantado la edad real de jubilación en más de dos años.

Son todas ellas reflexiones que inciden directa o indirectamente en el ámbito de la dependencia en el que también las cifras resultan del todo elocuentes: 1/3 de años de la vida se desarrollarán a partir de los 65 años de edad y, por tanto, como dependientes (16 años en los hombres, 20 años en las mujeres); el coste anual por persona dependiente suele ser de 10.000 euros, lo que supone 160.000 euros en los hombres y 200.000 euros en las mujeres; aproximadamente el 1% del PIB es el esfuerzo macroeconómico que requiere esta prestación; sólo un 3% de los cuidados necesarios son proporcionados hoy por los servicios sociales, el resto los dispensa la Seguridad Social y la Sanidad; 1.5 millones de personas se encuentran en dependencia severa (3 veces más de lo previsto en los informes que acompañaron la tramitación de la Ley 39/06). De acuerdo con la Estrategia de Lisboa, Europa debe ser la economía más dinámica y competitiva del mundo lo que implica una mayor competitividad, más y mejores empleos y lograr la inclusión social. El futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores supone garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera del sistema. Para ello la UE recomienda la creación de un riesgo específico, el reparto de gastos entre la sanidad y los servicios sociales y el recurso a la financiación privada. Y es que Europa se enfrenta a tres retos fundamentales: su ampliación, el envejecimiento de la población y la globalización económica. Para mejorar la política social es necesario mejorar el crecimiento económico y la competitividad. El cambio demográfico supone una nueva solidaridad intergeneracional, de ahí

que la UE apueste en materia de dependencia por una protección universal de alta calidad y sostenible en el tiempo, un mayor esfuerzo en la colaboración interadministrativa y en la coordinación legislativa y, sobre todo y por encima de todo, por un empleo estable y de calidad que será la única forma de garantizar cualquier sistema de protección social futuro. De lo contrario, podría suceder como en el precioso poema de Carlos Bousoño “*A esta casa de incertidumbre,/donde todo significa otra cosa, nada tiene su precio y hay tasadores nómadas,/cada objeto es retráctil, y se encoge o se estira/interminablemente, e impera el vendaval,/a esta irradiación de desmesura, a este palacio angosto,/pues todo allí es cambiante (y eras mínimamente),/viniste a vivir tú/para ser más*”, “Llegada a la ambigüedad” en *Metáfora del desafuero*, 1986.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AAVV, *Libro Verde sobre la dependencia en España. Grupo de trabajo “Dependencia” de la Fundación AstraZéneca*, Madrid, Editorial Ergon, 2004.
- *Familia y dependencia: nuevas necesidades y nuevas propuestas*, Fundación Acción Familiar. Madrid, Editorial Cinca, 2004.
 - *Protección social de la dependencia en España*, Madrid, Fundación Alternativas, 2004.
 - *Respuestas a la dependencia*, Madrid, Editorial CCS, 2004.
 - *La gestión de la calidad en los servicios sociales*, Madrid, IMSERSO, 2004.
 - *Informe sobre la dependencia en España*, Madrid, Fundación Sagardoy-Fundación Cajanavarra (inédito), 2006.
 - *La situación de dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo estatal y autonómico de la Ley de Dependencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- AGUADO, A.L, CARPINTERO, A., y RODRÍGUEZ, P., *Discapacidad y envejecimiento*, Madrid, Escuela Libre Editorial. Fundación Once, 2002.
- AZNAR LÓPEZ, M., “Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social Española. Aspectos Retrospectivos y Prospectivos”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 5, 2001, pp. 49-69.
- “Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 30, 2001, pp. 55-86.
- BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M.G., “Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el sistema de protección social”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 60, 2006, pp.13-34.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E. M^a y MUÑOZ RUÍZ, A. B., “La protección de la dependencia en las Comunidades Autónomas: un panorama disperso”, *Relaciones Laborales*, núm. 17-18, 2004, pp. 225-256.
- CANTARERO PRIETO, D., “La Sanidad en España”, en AAVV, *Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del INP*, Madrid, MTAS, 2007, pp. 695-716.
- CASADO MARÍN, D. y LÓPEZ I CASANOVAS, G., *Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2001.
- DOCUMENTOS DE LA UE: 1992: *Recomendación del Consejo sobre convergencia de objetivos sociales y políticas de protección social*; 1997: *Comunicación sobre modernización y mejora de la protección social europea*; 1999: *Comunicación sobre la estrategia concertada para modernizar la protección social de las sociedades europeas*; 2001: *Comunicación sobre el futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera*; 2002: *Comunicación sobre la respuesta de Europa al envejecimiento de la población*; 2003: *Comunicación Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad y Propuesta de informe conjunto: asistencia sanitaria y atención a las personas mayores: apoyar las estrategias nacionales para garantizar un alto nivel de protección social*; 2004: *Comunicación sobre la necesidad de aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo*; 2007: *Comunicación sobre la necesidad de modernizar la protección social en aras de una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada: promover la inclusión activa de las personas más alejadas del mercado laboral*.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, R. y PELÁEZ HERREROS, O., “La financiación de las pensiones de jubilación en España. 1963-2050”, en *Tratado de Jubilación. Homenaje al prof. Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Lustel, 2007, pp. 489-510.
- FERRERAS ALONSO, F., “Reflexiones para la convergencia de los sistemas nacionales de protección social en Europa”, *Relaciones Laborales*, t.I, 2001, pp. 124-156.
- FÁBREGA RUIZ, C., *Protección jurídica de la tercera edad*, Madrid, Colex, 2000.
- FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las Pensiones no Contributivas y la Asistencia Social en España*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2002.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y QUINTERO LIMA, G., *Protección social de las personas dependientes*, Madrid, La Ley, 2004.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M., *La ordenación sanitaria en España*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2004.

- LANTARÓN BARQUÍN, D., *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios, compendio de reflexiones jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- “Articulación del sistema para la autonomía y atención a la dependencia: estructura administrativa”, *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, pp. 271-296.
 - “Asistencia sanitaria y jubilación”, en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al prof. Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 1767-1794.
- LÓPEZ CUMBRE, L., “Sanidad y acción social en Cantabria”, en AAVV, *Derecho Público de Cantabria*, Santander, Parlamento de Cantabria, 2003, pp. 695-748.
- “Comentario al art. 176 de la Ley General de Seguridad Social”, en AAVV, *Ley General de Seguridad Social. Comentarios, jurisprudencia, concordancias y doctrina*, Madrid, Colex, 2004, pp. 687-693.
 - “Políticas de familia y dependencia en el marco de la Seguridad Social”, en colaboración con J.A. Sagardoy en AAVV, *Familia y dependencia. Nuevas necesidades, nuevas propuestas*, Madrid, Fundación Acción Familiar- Ediciones Cinca, Madrid, 2005, pp. 49-96.
 - “Nota Introductoria al Estudio “El modelo constitucional de protección social”, en AAVV, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Cincuenta estudios del prof. Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006, pp. 1529-1532.
 - “Fisuras de una ley histórica en materia de protección social: el Proyecto de Ley de Dependencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.11, 2006, iustel.com, pp. 1-14.
 - “La conformación del sistema mixto de pensiones y su evolución”, en AAVV, *Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, MTAS, 2007, pp. 489-544.
 - “Sobre los límites a la reversión de competencias en materia sanitaria”, en AAVV, “*Nuevos retos y escenarios para la sanidad pública en Cantabria*”, Madrid, Unión General de Trabajadores, 2008, pp. 34-50.
 - Voz “Prestaciones de la Seguridad Social” en AAVV, *Enciclopedia Laboral Básica. “Alfredo Montoya Melgar”*, Madrid, Civitas-Thomson, 2009, pp. 1066-1071.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., *Marcos Autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Madrid, Marcial Pons, 1993.
- MALDONADO MOLINA, J.A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.
- MANRIQUE LÓPEZ, F., *Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2005.
- MERCADER UGUINA, J., “Concepto y concepciones de la dependencia”, en AAVV, *Protección social de las personas dependientes*, Madrid, La Ley, 2004, pp. 63-92.
- “Titularidad, valoración y reconocimiento de las situaciones de dependencia”, *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, pp. 149-180.
 - “Jubilación y dependencia: el reconocimiento de la cuarta edad”, en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al prof. Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 1767-1794.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Envejecer en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.
- *Libro blanco de la dependencia*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.
- OJEDA AVILÉS, A., “Sobre el concepto de asistencia social y el principio de caja única en la distribución de competencias en materia de protección social”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 8-9, 2003, pp. 52-61.
- RODRÍGUEZ CABRERO, G.; MONTSERRAR CODORNIU, J., *Modelos de atención sociosanitaria. Una aproximación a los costes de la dependencia*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.
- RODRÍGUEZ CASTEDO, A., *Regulación de la atención a la dependencia en la Unión Europea. Modelos comparados*, Valencia, Universidad de Valencia, 2002.
- SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y., *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas, 1995.
- SARASA URDIOLA, S., *Una propuesta de servicios comunitarios de atención a personas mayores*, Madrid, Fundación Alternativas, 2003.
- SEIJAS VILLADANGOS, E., *Los derechos de las personas mayores*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2004.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/05 sobre promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007.
- VICENTE PACHÉS, F. de, *Asistencia Social y Servicios Sociales. Régimen de distribución de competencias*, Madrid, Temas del Senado, 2003.
- VILLA GIL, L.E. de la, “Las pensiones sociales: problemas y alternativas”, en AAVV, *Pensiones sociales. Problemas y Alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 3-33.
- “El modelo constitucional de protección social”, en AAVV, *El modelo social en la Constitución Española*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 67-88.
 - “El derecho constitucional a la salud”, en AAVV, *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 967-1004.
 - “Jubilación y prolongación de la vida activa (las mil y una jubilaciones) (con López Cumbre, L.)”, en AAVV, *Los ciclos vitales y la Seguridad Social: estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos sociológicos y económicos*, número monográfico de la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, pp. 379-403.

PLANIFICACIÓN DE RECURSOS HUMANOS: NECESIDADES DE MÉDICOS ESPECIALISTAS A MEDIO PLAZO

M^a Cruz Reguera Andrés

Secretaria General de la Consejería de Sanidad de Cantabria

CONCLUSIONES

Siguiendo la línea argumental de la ponencia de la coordinadora, se abordaron diversas cuestiones surgidas a raíz del debate profesional, institucional y social existente actualmente en torno al tema de la suficiencia o no de médicos, y de cómo mejorar su planificación. Resumidamente se trataron las siguientes:

1.- La cuestión esencial que se formuló fue: ¿Se necesitan más médicos? Si la respuesta fuese afirmativa ¿de qué especialidad, cuántos, dónde y cuándo? Si la conclusión fuese que no se necesitan cuantitativamente más, ¿disponemos de instrumentos para su adecuada distribución?

2.- La repercusión social. Se hizo un repaso de las noticias aparecidas en la última década en los medios de comunicación, haciéndose eco del debate organizativo y profesional, que han transmitido mensajes contradictorios y a veces distorsionados en torno a cuestiones tan sensibles para la profesión, gestores y ciudadanos, como son el déficit o exceso de profesionales, los movimientos migratorios, su cualificación, el desempleo médico o el incremento de plazas de formación. Mensajes que han evidenciado las dificultades de aventurar una respuesta certera y las carencias que han caracterizado a la planificación.

3.- Se planteó la conveniencia, para realizar un análisis riguroso, ética y técnicamente, de tener en cuenta la situación en el contexto internacional y estatal, evitando el análisis autonómico aislado.

En el contexto internacional se puso de relieve la situación de la salud en el mundo descrita en el informe de la OMS de 2006, en el que se llama la atención sobre la concentración del déficit de profesionales sanitarios en los países más pobres, con 57 países que presentan un déficit crítico, y la tragedia que para los mismos representa la inversión en formar profesionales que emigran a países más ricos. Situación que exige adoptar medidas planificadoras e inversoras regidas por principios de solidaridad.

Se analizaron los retos del personal sanitario de la Unión Europea y de las medidas que en la política comunitaria pueden adoptarse. Así se debatieron los factores influyentes, lanzados al debate en el “Libro Verde sobre el Personal Sanitario Europeo” - COM (2008) 725 final - especialmente los relativos a factores demográficos (envejecimiento y feminización). La capacidad de Salud Pública en actuaciones de promoción y prevención. La formación como resultado de una previa evaluación y planificación, asistida por un “Observatorio UE.”. Una gestión adecuada de la movili-

dad, bajo el principio de libre circulación, promoviendo la “movilidad circular” y una mayor coordinación. Los movimientos migratorios y la política de inmigración de la UE, promoviendo códigos éticos de contratación y medidas que eviten socavar el desarrollo de terceros países y la fuga de cerebros. Y como factor altamente influyente para la planificación, la necesidad de contar con datos que sirvan para apoyar la toma de decisiones en la Unión, desarrollando indicadores homogéneos a escala europea.

Se destacó la buena posición comparativa de España en este contexto, ya que se encuentra entre las primeras posiciones en número de médicos por habitante, en un análisis a nivel mundial, y en la franja alta de la media de los países desarrollados, de la OCDE.

Respecto a la situación en España, se debatió en torno a consideraciones extraídas de estudios realizados por especialistas en la materia, que permiten concluir que : “hay desequilibrios entre profesionales, especialidades y un moderado grado de desigualdad geográfica” (B. González López-Valcárcel y P. Barber Pérez) y que “el déficit de médicos es un problema complejo, selectivo para ciertas plazas y ubicaciones, específico para algunas especialidades y secundario a un buen número de causas y problemas sin resolver” (Juan José Rodríguez Sendín).

En este ámbito se consideró que el “Estudio de oferta y demanda de especialistas 2008-2025” realizado por el Departamento de Economía de la Salud de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, por encargo del Ministerio de Sanidad , constituye un referente de gran valor como herramienta para la planificación estratégica, al contener el mas fiable y riguroso análisis que se ha realizado hasta el momento. Estudio al que han seguido otros a nivel autonómico, como los realizados en Andalucía, Murcia o Cantabria, en una dinámica de complementar los escasísimos instrumentos de planificación de recursos humanos existentes en el SNS.

4.- La complejidad de la planificación. Se debatió sobre el difícil reto de proyectar el número óptimo, cuantitativo y cualitativo, de profesionales que se necesitarán a medio plazo, en cuanto planificar con acierto para garantizar la suficiencia, exige adoptar decisiones correctas sobre importantes variables no siempre controlables: servicios a ofertar, avances de la ciencia y tecnología, cam-

bios sociodemográficos, número de plazas para formación, condiciones laborales o política de inmigración entre otras muchas, Y ello teniendo en cuenta que un médico tarda en formarse alrededor de 11 años.

Como principales dificultades y condicionantes de la planificación se señalaron:

- Las necesidades sanitarias derivadas de demanda no planificada (envejecimiento, dependencia, avances tecnológicos).

- La ausencia de datos, indicadores, e instrumentos específicos.

- La movilidad en un mundo globalizado, y el principio de libre circulación.

- El modelo sanitario: un SNS regido por principios de universalidad, amplio contenido prestacional y fuertemente descentralizado, con políticas sanitarias autonómicas propias.

- La formación: tanto en tipo o especialidad, como en duración.

- El régimen jurídico del personal y de su gestión.

5.- Medidas. Para mejorar la planificación de las necesidades de médicos especialistas en el Sistema Nacional de Salud, y previo análisis de las diez medidas estratégicas propuestas en el “Estudio de oferta y demanda de especialistas 2008-2025” del Ministerio de Sanidad y Política Social, se trataron actuaciones que pueden mejorar la planificación, considerándose las siguientes:

A) Mayor coordinación del Sistema Nacional de Salud, apoyando instrumentos como el “Pacto por la Sanidad” y la aplicación de medidas consensuadas en su Comité Institucional de Recursos Humanos, tales como la creación de un Observatorio de Políticas de Recursos Humanos y Sistemas de Información eficaces y fiables para el conjunto del SNS.

En este sentido surgió el debate referido al papel que ha de jugar el Ministerio de Sanidad y Política Social, así como del Consejo Interterritorial, considerándose que deben reforzarse sus competencias y funciones, revisando de ser precisas las reglas actuales, en aras a facilitar una más efectiva coordinación y ejercicio de actuaciones de planificación.

B) Desarrollo de la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, en lo relativo al

Registro de Profesionales Sanitarios. Desarrollo de la formación: troncalidad, nuevo mapa de especialidades y áreas de capacitación específica. Reconocimiento profesional de títulos de especialista obtenidos en el extranjero. Favorecer la observación por todos los agentes implicados de lo estipulado en los artículos 13.3 y 22.5 de la Ley, para garantizar que el número de alumnos de las facultades de medicina y plazas que se oferten a formación especializada responda principalmente a las necesidades del sistema sanitario en su evolución.

En relación con el ejercicio de profesionales inmigrantes se consideró el principio de libre movilidad como un valor positivo a preservar, siendo lo reprochable el ejercicio cuando se carece de formación adecuada o suficiente.

C) Desarrollo de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en aspectos tan influyentes para una eficaz planificación como son los Planes de Ordenación de Recursos Humanos y la creación de Registros de Personal, definidos en la misma Ley como instrumentos básicos para la planificación, favoreciendo las actuaciones del Consejo Interterritorial previstas en el artículo 16 en aras a una utilización integrada de la información contenida en los registros.

Se debatió sobre la aplicación de la jubilación forzosa establecida en la citada Ley, considerándose una disposición adecuada, en el marco del correspondiente plan de recursos humanos y las concretas necesidades del Servicio de Salud al que afecte, conforme lo previsto legalmente.

En este punto se consideró que la jubilación no tiene capacidad de influir por sí misma en el tema de una mejor distribución de recursos en el conjunto del SNS, dadas las limitaciones de la organización sanitaria actual (con su régimen de guardias, de exención de guardias por edad, y de nombramientos vinculados geográfica y funcionalmente a puestos determinadas) que imposibilita la redistribución de efectivos para movilizar los mismos a dónde el SNS los necesite en cada momento.

Se consideró igualmente que la mejora de la planificación necesita de la voluntad política para promover y desarrollar los planes de ordenación de recursos humanos en todo su potencial. Y que la planificación de médicos especialistas esta vinculada y dependerá de la planificación para el con-

junto de profesiones sanitarias, especialmente de enfermería.

D) Revisión del modelo organizativo y del régimen o política de personal en el Sistema Nacional de Salud, para tratar de eliminar, o matizar, rigideces del sistema en aspectos que puedan favorecer tanto la suficiencia como una más adecuada distribución y redistribución de efectivos. En este punto se debatió sobre la incidencia que la autonomía organizativa, con la puesta en marcha de nuevos servicios por un lado, y por otro las mejoras negociadas de las condiciones de trabajo, tales como reducción de jornadas y ampliación de tiempos de descanso, realizadas con generalidad en los servicios de salud los últimos años, han tenido para la cuestión de la suficiencia o escasez de profesionales, considerándose necesaria una mayor reflexión previa sobre tales decisiones dado su impacto en el tema debatido.

6.- Como conclusión final se dejó sobre la mesa de trabajo una reflexión extraída, por compartida, del libro “Los profesionales de la Salud en España” de Alberto del Pozo y Marciano Sánchez Bayle: *quizás el problema está más en el tipo de práctica profesional que queremos y necesita nuestra sociedad, que en el número de profesionales que en sí mismo dice muy poco, salvo en situaciones extremas.*

EL NUEVO CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN EL ÁMBITO SANITARIO

Ana Sánchez Lamelas

*Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Cantabria;
Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Burgos*

SUMARIO: I. Introducción: una referencia al “ámbito sanitario”.- II. Breve alusión al contexto comunitario.- III. Aproximación a los problemas que puede plantear la regulación vigente del contrato de colaboración público-privada: ideas para el debate.- 1.- La preceptos a tener en cuenta.- 2.- Algunas cuestiones para el debate.- ¿Un tipo de contrato o un modo de contratar?. - La complejidad, la subsidiariedad y la obtención de ventajas como elementos clave determinantes del uso del contrato de colaboración público-privado. - Actuaciones preparatorias: el documento de evaluación y el programa funcional. - El diálogo competitivo como mecanismo para la adjudicación. - El régimen jurídico del contrato.- IV. Conclusiones tras el debate.

1. INTRODUCCIÓN. UNA REFERENCIA AL “ÁMBITO SANITARIO”

Las siguientes páginas son la reproducción de mi intervención en el XVIII Congreso Derecho y Salud que se celebró en Santander los días 11, 12 y 13 de noviembre de 2009 y de las conclusiones que resultaron del debate posterior.

Gracias a la generosa invitación de sus organizadores y, en especial, del Presidente de la Asociación Juristas de la Salud, Rafael A. Millán Calenti, tuve la oportunidad de exponer algunas reflexiones sobre el Contrato de Colaboración Público-Privada para que fueran objeto de debate en una mesa de trabajo con los congresistas. El origen de estas notas explica que se expongan sin las correspondientes referencias doctrinales que se han tenido en cuenta para su elaboración, en un intento de ceñirme con la mayor de las fidelidades a lo que allí se expuso.

En este contexto, para introducir el tema de debate y procurar la participación de los asistentes, se realizó una breve descripción del contrato de colaboración público privada, tal y como está diseñado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de las Administraciones Públicas, haciendo especial incidencia en aquéllos aspectos que pueden resultar polémicos y en los que, por tanto, puede centrarse la discusión.

De otro lado, y puesto que el título de la mesa de trabajo incluye una referencia al ámbito sanitario, no puede dejar de plantearse con carácter inicial si realmente existen aquí peculiaridades normativas. La respuesta debe ser negativa. A la vista de la regulación del contrato de colaboración público-privada, podemos decir que no es posible hablar de un régimen jurídico específico del contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario.

Cuestión distinta, que merece la pena destacar, es que el empleo de esta figura pueda ser muy útil en el ámbito sanitario para, por ejemplo, la construcción de hospitales públicos, dadas las dificultades que tradicionalmente ha encontrado el encaje de este tipo de obras en el contrato de concesión de obra pública.

En efecto, debe recordarse que tradicionalmente el contrato de concesión de obra pública se concibe como mecanismo para la construcción de obras que, siendo susceptibles de explotación económica, sirven para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general (art. 220 del TRLCAP RD Legislativo 2/2000).

Esta configuración del contrato de concesión de obra pública había llevado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a negar que pudiera emplearse para la construcción de edificios destinados a albergar servicios administrativos o usos sociales y culturales (Informe 61/2003, 70/2004). Esto es, en definitiva, obras o edificios que sirvieran para servicios o actividades que no conllevaran una explotación económica como es el caso, a mi juicio, de los Hospitales públicos. En el mismo sentido se había pronunciado el Consejo de Estado en su Dictamen 3375/2001, así como otros consejos consultivos autonómicos.

Pues bien, la actual Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos, también asume la misma concepción del contrato de concesión de obra pública. Aunque esta norma no contiene un precepto como el citado artículo 220 del TRLCAP, sí contempla en su artículo 229.b), entre las obligaciones del contratista, la de explotar la obra asumiendo los riesgos económicos de su gestión.... Esta referencia es expresiva y permite concluir que se asume la misma concepción del contrato de concesión de obra pública a que hemos aludido.

En este contexto es en el que se sustenta la afirmación inicial de que el contrato de colaboración público privada, dada la amplitud de su objeto y la flexibilidad de su régimen jurídico, ofrece en el ámbito sanitario, y en concreto para la construcción de hospitales, una utilidad destacable puesto que, como veremos, permite ser aplicada a la construcción y financiación de obras que, como los hospitales, no sirven a actividades susceptibles de explotación económica.

II.- BREVE ALUSIÓN AL CONTEXTO COMUNITARIO

El contrato de colaboración público-privado no se comprende si no es en el contexto del derecho comunitario en donde, si bien no existe un marco jurídico propio de esta figura, sí que hay una preocupación por el desarrollo de técnicas que responden a esta o similares denominaciones.

La preocupación de las instituciones comunitarias por estas técnicas procede de una doble consideración, una jurídica y otra económica.

De un lado las instituciones comunitarias han mostrado preocupación porque el empleo de mecanismos más o menos complejos de colaboración público-privada pueda conllevar niveles de endeudamiento y de déficit público superiores a los admisibles según las normas europeas sobre contabilidad. Se plantea desde esta perspectiva el problema del tratamiento de este tipo de operaciones según el Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC 95). A este respecto el Eurostat mantiene que no se registran en el balance de las Administraciones cuando el socio privado asuma el riesgo de construcción de la obra pública y, además, el riesgo de disponibilidad o, en su caso, el de demanda, pero no en otro caso.

De otro lado, y este el ámbito al que nos ceñiremos, a las instituciones comunitarias les preocupa que estos mecanismos supongan, a la postre, un incumplimiento de las normas y principios comunitarios sobre contratación contenidas, principalmente, en la Directiva 18/2004, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Un buen ejemplo de este tipo de incumplimientos es el puesto de manifiesto por el Tribunal de Justicia a propósito de operaciones de privatización de empresas que, siendo originariamente íntegramente públicas, tienen encomendada de manera directa la realización de prestaciones propias de contratos sujetos al derecho comunitario.

Así en la Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Sala Primera), de 10 noviembre 2005, en el asunto C-29/04 se dice:

40 Así, ha quedado acreditado que a través de una construcción artificial de varias fases distintas,

esto es, la constitución de AbfallGmbH, la celebración con dicha sociedad de un contrato de eliminación de residuos y la cesión del 49% de sus participaciones a Saubermacher AG, se adjudicó un contrato público de servicios a una empresa de economía mixta cuyo capital social estaba participado en un 49% por una empresa privada.

41 Por consiguiente, es preciso examinar la adjudicación del referido contrato a la luz del conjunto de tales fases y la finalidad de las mismas, y no en función del orden estrictamente cronológico en que éstas se produjeron, como propone el Gobierno austriaco.

42 Examinar la adjudicación del contrato público en cuestión fijándose únicamente en la fecha en que dicha adjudicación tuvo lugar, como sugiere el Gobierno austriaco, sin tener en cuenta los efectos de la cesión poco tiempo después del 49% de las participaciones en AbfallGmbH a Saubermacher AG, menoscabaría el efecto útil de la Directiva 92/50. La consecución del objetivo que dicha Directiva pretende alcanzar, esto es, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, quedaría en entredicho si las entidades adjudicadoras pudieran recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta.

(...)

48 La adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50 (LCEur 1992\2431), ya que este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau [TJCE 2005\1], antes citada, apartado 51).

Y concluye el Tribunal,

50 Por consiguiente, a la luz de las consideraciones anteriores, procede declarar que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50 (LCEur 1992\2431) al haberse adjudicado el contrato de eliminación de residuos en el municipio de Mödling sin haberse observado las normas de pro-

cedimiento y publicidad establecidas en el artículo 8 de la citada Directiva, en relación con sus artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2.

En el mismo sentido, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) de 6 abril 2006, en el asunto C-410/04, se dice también:

30 Si, mientras esté en vigor el contrato controvertido en el litigio principal, accionistas privados entraran en el capital social de AMTAB Servizio, tal situación tendría por efecto adjudicar una concesión de servicios públicos a una sociedad de economía mixta sin licitación previa, lo que perjudicaría a los objetivos perseguidos por el Derecho comunitario (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2005 [TJCE 2005, 332], Comisión/Austria, C-29/04, Rec. pg. I-0000, apartado 48).

31 En efecto, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la autoridad pública concedente excluye en cualquier caso que dicha autoridad pública pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase, en este sentido, la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau [TJCE 2005, 332], antes citada, apartado 49).

32 En consecuencia, si la sociedad concesionaria es una sociedad abierta al capital privado, aunque sólo sea parcialmente, esta circunstancia impide considerarla una entidad de gestión «interna» de un servicio público en el ámbito de la entidad territorial a la que pertenece (véase, en este sentido, la sentencia Coname [TJCE 2005, 247], antes citada, apartado 26).

Se pone de manifiesto en este tipo de pronunciamientos que la búsqueda de mecanismos de colaboración público-privada no puede hacerse a costa o con merma de los principios y reglas que rigen la contratación administrativa lo que, por otro lado, ya había sido puesto de relieve por las Instituciones Comunitarias y, en especial, por la Comisión, en los documentos a los que más adelante se hace referencia.

Así, aunque es cierto que no existe una normativa comunitaria que regule actualmente la colaboración público-privada, sí que existe un marco de referencia que debe ser tenido en cuenta para com-

prender la legislación española y para interpretarla correctamente.

Son de destacar al respecto los siguientes documentos de la Comisión:

- Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final]

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas 15.11.2005 [COM (2005) 569 final]

- Comunicación interpretativa de 12 de abril 2008 de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada. Bruselas 30.4.2004 (DOC 12 abril 2008, núm. 91)

En el citado libro verde, ya en el año 2004, la Comisión expone que, si bien puede ser enriquecedora la cooperación entre autoridades públicas y el mundo empresarial a la hora de proyectar, financiar y gestionar infraestructuras o servicios públicos, ello no puede hacerse a costa de los principios y normas del Tratado en lo relativo a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios lo que incluye, se dice, el respeto a los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo así como, en su caso, la aplicación de las normas más concretas sobre adjudicación de contratos públicos cuando la prestación a que se refiere la colaboración público-privada entra en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre contratación, especialmente en lo relativo a las normas sobre adjudicación que en ellas se contienen.

La eficacia de la Directiva y de los principios derivados del Tratado (arts 43 a 49) no puede quedar menoscabada por formalismos vinculados a la noción de contrato que cada Estado maneje ni por el carácter oneroso que habrá de predicarse, dice la Comisión, tanto si el pago es directo por parte del socio público como si consiste en cualquier otra forma de contraprestación.

Se reclama así desde la Comisión el respeto al derecho comunitario, para lo cual recuerda, inclu-

so, que existe un procedimiento flexible de adjudicación denominado “diálogo competitivo” creado por la Directiva 18/2004.

Desde estas premisas la Comisión distingue dos formas de colaboración público-privada, la meramente contractual y la institucionalizada.

Aún simplificando lo que más en extenso señala la Comisión en los antecitados documentos, la colaboración contractual viene a identificarse con el modelo de la concesión donde la relación entre el poder adjudicador y el socio privado es a través de un vínculo directo conforme al cual el socio presta el servicio o realiza, mantiene y gestiona una infraestructura por sí mismo a cambio de una remuneración, normalmente a través de un canon. En estos casos el acto de adjudicación del contrato o de selección del socio privado deberá respetar en todo caso los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo (arts. 43 y 49 del Tratado).

La colaboración público-privada institucionalizada conlleva la creación de un ente con personalidad jurídica propia del que forman parte tanto el poder adjudicador como el socio privado. Advierte la Comisión que también en este tipo de operaciones han de respetarse los principios señalados y ello tanto si la creación del ente es ex novo como si se trata de operaciones que suponen la cesión a un tercero de participaciones sobre una entidad pública a la que corresponde previamente la gestión de misiones que entran dentro de la esfera de la contratación pública.

Profundiza en estas ideas la posterior comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas 15.11.2005 [COM (2005) 569 final]

Finalmente, ya centrada en las figuras de colaboración público-privada institucionalizada, la Comunicación interpretativa de la Comisión del año 2008 insiste en el deber de seleccionar al socio privado respetando el derecho comunitario lo que exige, entre otras cuestiones, que los criterios de selección sean previamente conocidos y no discriminatorios, debiendo conocerse, en concreto, la duración del contrato, sus posibilidades de renovación o modificación e, incluso, las de adjudicación

de nuevas tareas. Estas exigencias tienen reflejo, desde luego, en la fase posterior a la propia creación del ente mixto de manera que cualquier modificación posterior de los términos esenciales del contrato exige un nuevo procedimiento de licitación.

Hasta aquí, por tanto, se puede concluir que existe una gran preocupación de la Comisión por evitar la defraudación de sus principios y normas en materia de contratación. Este telón de fondo es el que debe regir la interpretación de la normativa que en España rige estas operaciones a la que seguidamente me referiré.

III. APROXIMACIÓN A LOS PROBLEMAS QUE PUEDE PLANTEAR LA REGULACIÓN VIGENTE DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA: IDEAS PARA EL DEBATE

1.- La preceptos a tener en cuenta

El empleo de fórmulas de colaboración público-privada, tal y como esta figura es comprendida por las instituciones comunitarias, no es una novedad en nuestro ordenamiento y en la práctica administrativa. Lo que sí es novedoso es su regulación. Es la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público la que introduce por primera vez en nuestro ordenamiento un tipo contractual específico con esta denominación. Una novedad que es destacada desde la Exposición de Motivos de la Ley.

A este novedoso tipo contractual le acompaña un mecanismo ideado por el derecho comunitario para la adjudicación de contratos especialmente complejos que se denomina, como antes se ha adelantado, “diálogo competitivo”. Las dudas que plantea su puesta en práctica, como veremos, no son pocas.

En concreto, los preceptos a tener en cuenta a la hora de conocer el régimen jurídico de este contrato son los siguientes:

- El artículo 11 que lo define
- Los artículos 289, 290 y 296 que regulan respectivamente su régimen jurídico sustantivo, su duración y la mesa especial del diálogo competitivo
- Los artículos 118, 119 y 120 relativos los dos primeros a las actuaciones preparatorias y el último a su clausulado

- Los artículos 163 a 167 que regulan el diálogo competitivo

Finalmente, aún cuando al momento de la exposición oral de estos temas no se encontraba en tramitación, al momento de redactar estas páginas existe un anteproyecto de Ley del Estado, denominado de Economía Sostenible, que se propone entre otras muchas cosas reformar algunos de los preceptos antes señalados de la Ley de Contratos del Sector Público.

Así, en el estado actual del anteproyecto de ley se propone que los artículos 11 y 118 se refieran expresamente a la posibilidad de que este tipo contractual sea celebrado no sólo por Administraciones Públicas sino también por entes públicos empresariales.

Se incorpora, además, un precepto en el anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible, éste al margen de la Ley de Contratos, que regula la financiación de los adjudicatarios de contratos de colaboración público privada (arts. 38).

Por otro lado, tanto en este nuevo precepto (art. 38.3 del anteproyecto de ley) como en la nueva Disposición Adicional de la Ley de Contratos que se quiere introducir como trigésimo cuarta, se alude directamente a las fórmulas de colaboración público-privadas institucionalizadas despejando las dudas de si esta figura estaba contemplada entre las posibles dentro del tipo contractual previsto en la Ley.

En efecto, al contemplarse en nuestro ordenamiento la colaboración público-privada en una norma dirigida a regular la contratación del sector público cabría pensar que con ello únicamente se estaba haciendo referencia a la colaboración que la Comisión denomina “contractual” y no a la “institucionalizada”, cuestión que, desde luego, quedaría fuera de duda si la reforma se opera en la forma prevista.

Además, en otro orden de consideraciones, no es ya sólo que se mencione expresamente la colaboración público privada institucionalizada, sino que se incorpora en el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, a través de la indicada disposición adicional trigésimo cuarta, el deber de respetar las exigencias impuestas por el derecho comunitario en la selección del socio privado a que hace referencia la Comunicación Interpretativa de 12 de abril 2008 de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho Co-

munitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada. Bruselas 30.4.2004 (DOC 12 abril 2008, núm. 91). Tales exigencias deberán cumplirse, a mi juicio, y a la vista de la jurisprudencia del TJCE, tanto si se trata de la adjudicación inicial del contrato a una empresa mixta como si se pretende privatizar una empresa pública que tuviera encomendada previamente la realización a actuaciones de naturaleza contractual.

2.- Algunas cuestiones para el debate

No se trata de analizar aquí todo el régimen jurídico de la colaboración público-privada, lo que excede de los límites de una Mesa de trabajo como la que nos reúne. Es por ello que me limitaré a apuntar algunas cuestiones que considero que pueden ser especialmente polémicas a fin de que se debata sobre ellas.

- ¿Un tipo de contrato o un modo de contratar?

El artículo 11 de la Ley indica qué tipo de prestaciones pueden ser objeto del contrato que nos ocupa y, si bien se ve, todas ellas son, a su vez, objeto de otros contratos típicos, de obras, suministro, servicios y, en particular, de la concesión de obra pública.

En realidad, cuando se trata de proyectar, construir y mantener una obra pública resulta difícil diferenciarlo, por su objeto, de un contrato de concesión de obra pública al que podrían sumarse otras prestaciones (suministros, prestaciones de servicios, mantenimiento, etc.), sin duda, haciendo uso de la figura del contrato mixto (art. 12 LCSP).

La diferencia reside en que en el caso del contrato de colaboración público-privado no se exige que la obra en cuestión sea susceptible de explotación comercial algo que, aún no tan claramente como en la legislación anterior, parece derivarse como exigencia también hoy en día en el contrato de concesión cuando se prevé entre los derechos del concesionario el de explotar la obra pública (arts. 7.1 y 228 LCSP). Entonces nos encontraríamos ante un contrato de obras al que se sumarían otras prestaciones también típicas.

El caso es que, sea cual sea la complejidad o amalgama de prestaciones que se deseen obtener

(servicios, junto con suministros y mantenimientos...) lo cierto es que todas estas prestaciones conforman por sí mismas contratos típicos y, juntas todas ellas, contratos mixtos más o menos complejos.

Cabe plantearse entonces si más que ante un tipo de contrato estamos ante una manera de adjudicar o contratar. Y si esto es así, la pregunta que hemos de formularnos es la de ¿qué es lo que justifica la regulación de esta figura que supone, a la postre, una distinta regulación de la selección del adjudicatario y, también, una diversidad en el régimen jurídico aplicable al contrato resultante?

En efecto, si atendiendo a su objeto estamos, en realidad, ante un contrato mixto, porqué se crean reglas especiales y no se acude al artículo 12 de la Ley 30/2007 según el cual *“cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”*.

La respuesta, como veremos seguidamente, viene dada no por el objeto, sino por las circunstancias que han de concurrir para justificar el uso de la figura: la complejidad del contrato, la inexistencia de alternativas útiles (la subsidiariedad) y la obtención de ventajas.

- La complejidad, la subsidiariedad y la obtención de ventajas como elementos clave determinantes del uso del contrato de colaboración público-privado.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, permite acudir al contrato de colaboración público-privado si se dan tres datos o rasgos esenciales que se contemplan en los artículos 11 y 118 de la Ley 30/2007: la complejidad de la operación, la subsidiariedad en su uso y la obtención de ventajas.

Ha de tratarse, según el artículo 118 de la Ley, de un contrato tan complejo que hace que la propia Administración no sea capaz de definir, antes de la licitación, los medios técnicos, jurídicos o financieros para alcanzar su objetivo (complejidad). Ahora bien, esa dificultad no exime a la Administración, según el art. 11.2, de una adecuada justificación sobre el uso de este contrato ya que se le

exige poner de manifiesto que las finalidades públicas que busca no se alcanzan con el uso de las formas ordinarias de contratación (subsidiariedad) y que, en concreto, la colaboración público-privada va a suponer ventajas de coste, eficacia, imputación de riesgos... de manera que existen razones jurídicas, económicas, administrativas y financieras que aconsejan usa esta fórmula de contratación (obtención de ventajas).

Ciertamente no puede dejar de observarse una cierta dificultad en la práctica para que la Administración reconozca su incapacidad de para definir los medios necesarios para llevar a cabo actividades, obras o servicios que lleva realizando de antiguo (carreteras, hospitales, colegios, etc.). Tal dificultad, de existir, no será técnica o jurídica sino, probablemente, financiera, y exigirá explicar adecuadamente las ventajas que aporta el uso de la colaboración público privada frente a los mecanismos tradicionales de contratación.

Si bien se ve, a la postre se permite alterar el régimen sustantivo de los contratos (arts. 289 y 290) y la forma de adjudicación que correspondería a la prestación principal en un contrato mixto, si se justifica adecuadamente que ello supone un uso más eficiente de los recursos. La obtención, en definitiva, de un mayor valor por precio.

Esto, trasladado al ámbito sanitario, permitiría plantear la construcción y mantenimiento de infraestructuras hospitalarias mediante sistemas similares al de la concesión tradicional de obras públicas susceptibles de explotación económica. Habría que explicar entonces las ventajas que ello puede suponer desde un punto de vista económico, administrativo y financiero por implicar, por ejemplo, una mayor transmisión de riesgos al contratista, tanto en la construcción como en la explotación, y un sistema de pago por objetivos, sin perjuicio de otras fórmulas adicionales remuneración.

- Actuaciones preparatorias: el documento de evaluación y el programa funcional

La dificultad o complejidad del contrato y las ventajas que reporta el empleo de esta fórmula se deben exponer en un “documento de evaluación” que elabora la Administración contratante (art. 118) para lo cual se servirá de un órgano especial, la mesa del diálogo competitivo (art. 296.2), en el

que habrá personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo.

Así, la Administración se sirve de expertos que evalúan su incapacidad para definir anticipadamente los medios técnicos o los mecanismos jurídicos o financieros para alcanzar su objetivo y que justifican la decisión de acudir a otras formas de contratación. Nada se dice sobre si tales expertos podrán ser empleados de la Administración Pública o personal externo, contratado al efecto, puesto que únicamente se prevé que sean designadas por el órgano de contratación.

Tras este reconocimiento inicial, el órgano de contratación ha de elaborar un “programa funcional” (art. 119) que va a ser el elemento clave del procedimiento de licitación, del diálogo competitivo. Este “programa funcional” es el equivalente del “documento descriptivo” que debe usarse normalmente en el diálogo competitivo (art. 165.1) puesto que sirve igualmente para explicar la necesidades a satisfacer; los requisitos jurídicos, técnicos o económicos mínimos de las ofertas; y los criterios de adjudicación.

Este documento va a ser, sin duda, el elemento central en la contratación, equivalente al pliego, que ordena el proceso selectivo y que limita la facultad de elección entre las ofertas resultantes.

En efecto, el “programa funcional” debe elaborarse antes de invitar a los posibles licitadores y de publicar el correspondiente anuncio (art. 165). En él se indican no sólo las necesidades que deben ser cubiertas, sino los criterios para seleccionar entre todas ellas la económicamente más ventajosa (art. 167.2) de manera que si bien la Administración no sabe realmente cómo alcanzar sus objetivos sí sabe lo que quiere y cómo seleccionarlo.

Es comprensible, desde luego, la preocupación por fijar anticipadamente los criterios de selección, incluso la fijación de su orden de importancia o ponderación, puesto que sólo si existen se garantiza realmente la concurrencia en condiciones de igualdad y transparencia. Ahora bien, no se puede ocultar que resulta difícil definir unos criterios de adjudicación, cuando quien ha de hacerlo desconoce los medios técnicos, jurídicos, financieros o administrativos que pueden ser más eficaces para alcanzar su objetivo. ¿Qué deberá valorar entonces?, ¿a qué aspecto debe dársele más valor?

La respuesta, desde luego, no es sencilla.

- El diálogo competitivo como mecanismo para la adjudicación

El artículo 166 de la Ley de Contratos se refiere al diálogo con los candidatos previendo que su finalidad es precisamente determinar esos medios que la Administración no ha sido capaz de definir y que resultan necesarios para alcanzar su objetivo.

Durante el diálogo, la Administración ha de mantener una posición neutral tratando igual a los licitadores, en especial, en lo que se refiere a la información que se les facilita. En concreto no se podrá revelar información de las soluciones propuestas entre candidatos, salvo que exista acuerdo al efecto.

El diálogo con los candidatos concluye cuando la Administración es capaz de identificar las soluciones que responden a sus necesidades, momento en que se cierra con la invitación a los participantes para que presenten sus ofertas finales, que han de ser conformes con las soluciones presentadas durante el proceso de diálogo.

La selección finalmente se hará, a la vista de las ofertas finales, sobre la base de los criterios predefinidos en el “programa funcional”, a la oferta económicamente más ventajosa.

Dos problemas son los que se pueden plantear.

De un lado que la lógica imposibilidad de transferencia de información entre licitadores, impida la generación de una solución que pudieran ser, a la postre, la mejor, por conjugar elementos de todas ellas.

De otro, que los criterios de adjudicación, por su anticipada definición, no den cabida a soluciones que, a la postre, aparezcan como las mejores para la satisfacción del interés general. Dicho en otros términos que, dado que la Administración ha debido definir los criterios de selección previamente a conocer las posibles soluciones, y precisamente porque desconoce cómo pueden ser, no es impensable que estos criterios puedan no ser adecuados para valorar las soluciones propuestas.

Tales dificultades no permiten ocultar que, en definitiva, el valor principal que no puede ser cuestionado, y que se pretende preservar, es de la transparencia y la adecuada concurrencia en igualdad de oportunidades que de otra manera no podría ser garantizado.

El mecanismo diseñado, ideado por el ordenamiento comunitario, se mueve así en el difícil

equilibrio que supone procurar, por un lado, la flexibilidad necesaria para generar soluciones imaginativas y eficientes y, por otro, mantener los principios de igualdad, transparencia y publicidad que han de regir en la selección del contratista.

El respeto a estos principios exige, además, como señala la Comisión en su Comunicación de 12 de abril de 2008 citada más atrás, que estos principios se respeten tanto en el momento de la adjudicación como a lo largo de la vida del contrato. Lo contrario podría suponer, a la postre, un fraude de los anteriores principios.

En este sentido indica la Comisión que la modificación del contrato para adaptarlo a cambios económicos, técnicos o jurídicos, sólo será posible si está prevista previamente en los pliegos. Se advierte entonces que, según reiterada jurisprudencia del TJCE, cualquier modificación esencial del contrato requiere nueva licitación entendiéndose que son esenciales, por ejemplo, el objeto de las obras o los servicios a prestar por el adjudicatario o los cánones impuestos a los usuarios del servicio.

- El régimen jurídico del contrato

Ya se ha dicho que, conforme al artículo 289 de la Ley, el régimen del contrato será, en principio, el que rige la prestación principal con la importante salvedad de que se le permite separarse en aquéllos extremos que se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar.

Se abre así una puerta para establecer regímenes específicos relativos, entre otros aspectos, al reparto de riesgos (art. 120.b), fijación de objetivos de rendimiento y penalidades (art. 120.c y h); sistemas de remuneración (art. 120.d) e, incluso, el plazo (art. 290).

Por ello si bien inicialmente se cuestionaba que el Contrato de Colaboración público privado fuera, en puridad, un tipo contractual, lo cierto es que en definitiva pueda acabar siendo un contrato con especialidades relevantes, derivadas de su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiares, para el que se articula, además, un mecanismo especial, aunque no exclusivo, de adjudicación.

IV. CONCLUSIONES TRAS EL DEBATE

Tras el debate sobre los temas expuestos se concluyó:

- Que la figura del contrato de colaboración público-privada puede ser útil en el ámbito sanitario y, en concreto, para la proyección, construcción, mantenimiento y financiación de hospitales públicos.
- Que, no obstante, el régimen jurídico diseñado para estos contratos y, en especial, el diálogo competitivo, plantea problemas en la práctica como lo pueden ser:
 - * La dificultad de anticipar y mantener los criterios de selección cuando se desconocen los medios para alcanzar el objetivo contractual.
 - * La dificultad en la propia negociación o diálogo para conformar la solución o soluciones adecuadas cuando se afirma, al tiempo, que la Administración ha de procurar una posición neutral.
- Se valoró positivamente, no obstante, el esfuerzo normativo por mantener los principios de igualdad y transparencia en este tipo de contratos.
- En línea con lo anterior se insistió en que el respeto a estos principios exige también limitaciones y cautelas a la hora de introducir cambios en el contrato tras su adjudicación.

LAS EDADES Y LA CAPACIDAD DE OBRAR EN LA SANIDAD: LA DOCTRINA DEL MENOR MADURO

Rafael Álvaro Millán Calenti

Doctor en Derecho

Asesor Jurídico de la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia

“a la menor madura”

PLANTEAMIENTO

Se han parado Vds. a pensar en las contradicciones que ofrece el ordenamiento jurídico en el tratamiento de la capacidad del menor, cuando se ponen de manifiesto la capacidad de obrar de derecho civil y la misma institución jurídica en el ámbito sanitario.

Observen:

A los 13 años (*edad penal*) se pueden mantener relaciones sexuales consentidas, pero no se puede abortar.

A los 14 años se puede otorgar testamento (art. 663 C.C, con excepción del testamento ológrafo art. 662), pero no se pueden firmar instrucciones previas (art. 11 ley 41/2002)

A los 14 años se puede contraer matrimonio (art. 48 CC), pero no se puede comprar tabaco.

A partir de los 16 se puede prestar consentimiento informado frente a un acto médico, pero no se pueden consumir bebidas alcohólicas.

Antes de los 16 años el menor puede ser oído en el ámbito de la sanidad, pero no puede formalizar un contrato de trabajo ordinario.

Se pueden citar, también, otros supuestos, que nos quedan más lejos, como la adquisición de la

nacionalidad española por ejercicio del derecho de opción o por residencia (mayor de catorce años, asistido de su representante legal).

Es decir: Una niña, puede tener relaciones sexuales a los 13 años, contraer matrimonio a los 14, tener un segundo hijo a los 14, otorgar testamento (ya existe un marido y dos hijos), correr riesgo de nuevo embarazo a los 15 años, consumir la píldora postcoital a esa edad, podrá abortar a los 16, puede tener la condición de empresaria a los 14 –aunque deberá actuar a través de su representante legal o tutor– y en el ámbito sanitario y de la salud llegamos a plantearnos el valor del consentimiento que puede prestar esa niña ante un acto médico.

Es cierto que todo “depende”, de muchos factores, ya que en ese nada hipotético caso, no sería posible cuestionarse la *madurez* de esa menor.

Las cosas son como son, pero cada uno las ve como quiere, baste como ejemplo, el caso del juez que está interrogando a un imputado que al parecer asesinó a su suegra, el juez le dice que cuente lo que pasó:

-Imputado:”pues nada señoría” estaba tan tranquilo en la cocina, con el cuchillo en la mano para cortar jamón, entró mi suegra, tropezó se cayó contra el cuchillo se lo clavó...y se mató.

-Juez. Siga, siga, porque la señora tenía siete cuchilladas....

-Imputado: pues Señoría, así hasta siete veces.

Después de esta pequeña introducción, vamos a establecer algunas premisas que sirvan para el debate de esta Mesa de Trabajo:

INTRODUCCIÓN AL DEBATE

Nos proponemos debatir sobre la capacidad de obrar del *paciente* menor de edad, esto es, su capacidad para ejercitar sus derechos sanitarios y para la adopción de decisiones que afectan a su salud.

El primer problema con el que topamos al analizar esta materia se plantea por la necesidad de compatibilizar las normas civiles, que son las que establecen el régimen jurídico general de la capacidad de obrar del menor, con las normas sanitarias, que son las que especifican esta capacidad en el ámbito de la salud. El código civil se refiere en múltiples ocasiones al menor, pero para el tema que nos ocupa, podemos tomar la referencia que el art 162 hace a la “madurez”

Artículo 162 del Código civil [Representación legal de los hijos]

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1º.-Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

2º.-Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3º.-Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el art. 158. Que debe completarse con el artículo 159. [Designación por el juez de la guardia de los hijos]. Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán

los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.

Como regla general, en nuestro sistema jurídico se ha establecido que la capacidad de obrar se adquiere al llegar a la mayoría de edad, esto es, al cumplir los dieciocho años, lo que implica que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil (art. 315). Aunque para ciertas actuaciones, se exige una edad mayor como en la adopción en que se exige que al menos uno de los adoptantes tenga veinticinco años (art. 175). Pero también hay excepciones, Ya que se rebaja la edad hasta los catorce años, por ejemplo, para testar (art. 663.1) o incluso para contraer matrimonio si existe una previa dispensa judicial (art. 48 del CC).

Asimismo, los menores que a partir de los dieciséis años estén emancipados tienen capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, aunque con algunas limitaciones para suplir la “falta” de capacidad con la autorización de sus padres, o representantes legales cuando se trata de realizar actividades de gran relevancia jurídica, como pueden ser solicitar dinero a préstamo, la venta de inmuebles, de empresas o, en general, de objetos de extraordinario valor (art. 323).

Este marco de inseguridad jurídica sobre la minoría de edad en el ámbito sanitario, se complica, si cabe, con la irrupción de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente y de los derechos y deberes que en materia de información y documentación clínica, establece que la “mayoría de edad sanitaria” se establece a los dieciséis años. Y digo se complica por las evidentes contradicciones que van emergiendo sobre la capacidad del menor. No obstante, en el ámbito sanitario y de la salud, a la hora de disponer sobre la propia salud, existen también – como en el derecho civil- matizaciones como las que se contemplan para tomar decisiones, también, de gran relevancia, como son las referentes a intervenciones de gran riesgo, el otorgamiento de instrucciones previas o las que implicarían el sometimiento del menor a ensayos clínicos, tratamientos de fertilidad o abortos, en los que las normas sanitarias se remiten al derecho común general - código civil- indicando que es la mayoría de edad civil la que ha de impedir.

Si aceptamos la premisa de que en nuestro sistema sanitario, la mayoría de edad sanitaria está establecida en 16 años cumplidos parece claro que hasta los dieciséis años, el paciente no dispone de la facultad de decidir las cuestiones relativas a su salud, lo que no es rigurosamente cierto. Esta edad es la que se admite como la necesaria a la que hay que llegar para que el menor pueda otorgar su consentimiento informado, sin intervención de los padres o tutores, equiparándola en cierta medida a la capacidad de obrar civil.

Cuando nos encontramos ante un paciente menor de 16 años han de ser los padres o tutores quienes otorguen el consentimiento aunque nuestra legislación exige que los menores sean previamente oídos si tienen más de doce años.

O sea, de 12 a 16 años deben ser oídos, lo que implica que la “edad pediátrica” de 14 años, no se corresponde con estos tramos de edad sanitaria: 12-16-18 años, ni con la penal de 13 años para mantener relaciones sexuales consentidas. Además La Agencia Española de Protección de Datos, examinados los artículos 162, 1º del Código Civil y 9 y 18.1 de la ley 41/2002, de autonomía del paciente, diferencia dos supuestos uno referido a los mayores de catorce años, a los que la ley atribuye capacidad para la realización de determinados negocios jurídicos; otro a los menores de dicha edad. (Informe 409/2004, acceso por el titular de la patria potestad a las historias clínicas de los menores). Respecto a las condiciones de madurez de los mayores de catorce años, se plantea la agencia que nuestro ordenamiento jurídico viene, en diversos casos, a reconocer a los mayores de catorce años la suficiente capacidad de discernimiento y madurez para adoptar por ellos mismos determinados actos de la vida civil., que son en síntesis los que sirven de introducción a este velatorio de la Mesa de Trabajo del XVIII Congreso derecho y Salud, que estamos celebrando en Santander.

Mientras, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que propugna la promoción de la autonomía del menor cuando ello sea posible (Se intenta promocionar su capacidad, en lugar de proteger la falta de la misma) permanece al margen de estas cuestiones.

Estas contradicciones obligan a intentar una interpretación integradora de ambos sistemas de atribución de la capacidad de obrar, el civil y el

sanitario. Es necesario delimitar perfectamente las situaciones que se pueden plantear, y aislar cada caso en atención a las circunstancias que concurren en el menor, para conocer los límites relativos a la toma de decisiones sobre la salud del menor, como pueden ser, por ejemplo rechazar tratamientos médicos, que incluso puedan suponer la muerte del menor.

En este punto es cuando entra de lleno el art. 162 del Código Civil, que excluye la representación legal de los padres para los actos relativos a derechos de la personalidad o otros que el hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por si solo. Este precepto pretende ligar la capacidad del menor y su grado de madurez (en Andalucía se inventaron el examen psicológico de madurez) o lo que es lo mismo, su inteligencia y su capacidad de entender y de querer, de modo que si *individualmente considerado* es maduro, su consentimiento es esencial para continuar el acto médico, lo que a su vez nos lleva a concluir que su negativa a prestar consentimiento o a someterse a un tratamiento médico no podría ser suplida por la voluntad de los padres, porque prevalece la voluntad del menor, que realmente está ejerciendo un derecho de carácter personalísimo reconocido por la ley.

EL MENOR PACIENTE

Aparecen nuevas situaciones, si pensamos en menores no incapaces ni incapacitados pero emancipados o con dieciséis años cumplidos (art. 9, nº 3, apdo.c) de la ley 41/2002) no cabe prestar consentimiento por representación.. En este caso, dejamos de hablar de menor maduro y creo que podemos hablar claramente de *paciente* ya que la rebaja de la mayoría de edad sanitaria, adquiere todo su sentido porque, precisamente, ya no cabe prestar consentimiento por representación. Será el propio paciente el que tome las decisiones y preste su consentimiento, salvo que se trate de una actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, en cuyo caso los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. La interrupción voluntaria del embarazo –aunque con la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en el momento de redactar estas líneas “proyecto de ley” se consolida en

este tema la edad de 16 años --, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida quedan sustraídas de estas normas y han de aplicarse las de la mayoría de edad civil y las disposiciones especiales de aplicación.

LIMITACIONES LEGALES:

Una.-El artículo 11 de la Ley de autonomía del paciente impide a los menores de edad la posibilidad de *otorgar* instrucciones previas.

Dos.-Supuestos en los que el médico tenga que realizar una actuación de grave riesgo. En estos casos y paradójicamente la última decisión estará en manos del propio médico ya que según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Tres.-Los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo – con la salvedad indicada más arriba relativa al proyecto de ley -, realización de ensayos clínicos o sometimiento a técnicas de reproducción asistida la mayoría de edad es la civil (18 años).

Cuatro.-Por otra parte, la Dirección General de Registros y del Notariado (Resolución de 3 de marzo de 1989) “no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquel para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados”. Realmente la filosofía de la DGRN era que la minoría de edad no supone una causa de incapacitación, por lo que aquella habrá de ser analizada en cada caso concreto a los efectos de calificar la suficiencia en la prestación del consentimiento, en atención a la trascendencia del acto de disposición y a la madurez del disponente, criterio que recobra, pese a haber transcurrido 20 años, una actualidad sorprendente.

Cinco.-A su vez la Agencia de Protección de Datos entiende (informe citado más arriba) que si

el padre o la madre de una mayor de catorce años acude a un centro sanitario solicitando un informe de analítica o cualquier dato incorporado a la HCE de su hijo, sin constar autorización alguna de éste, no debe procederse a la entrega de la información en tanto no conste la autorización fehaciente del hijo capaz.

Respecto de los menores de 14 años el artículo 13.1 del Reglamento de Protección de Datos (Real Decreto 1720/2007) a propósito del consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad, que se declara admisible a partir de los catorce años,. no puede ofrecerse una solución claramente favorable a la posibilidad de que por los mismos pueda prestarse el consentimiento al tratamiento, por lo que la referencia deberá buscarse en el citado artículo 162, 1º del Código Civil, tomando en cuenta, fundamentalmente, sus condiciones de madurez como mantuvimos inicialmente.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- Existe una mayoría de edad sanitaria distinta de la civil

SEGUNDA.- El valor del consentimiento del menor de 16 años será el que se le atribuya según su madurez en cada supuesto. En ningún caso se puede generalizar, es decir atribuir capacidad de obrar sanitaria a los menores según tramos de edad. El *análisis de la capacidad* debe ser individualizado, si el menor tiene 12 años cumplidos deberá ser oído

TERCERA.-Las contradicciones existentes en el sistema normativo (civil y sanitario) en lugar de considerarse obstáculos para delimitar la capacidad intelectual y emocional de comprensión del alcance de la intervención, deben servir como elementos auxiliares del médico..

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA¹

Javier Sánchez-Caro

Responsable del Área de Bioética y Derecho Sanitario;
Consejería de Sanidad. Comunidad de Madrid

1.- ASPECTOS BIOÉTICOS DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA DE CARÁCTER GENERAL.

La objeción de conciencia consiste, en síntesis, en la negativa de una persona (en nuestro caso de un profesional sanitario), por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible, ya provenga la obligación directamente de la norma, ya de un contrato, ya de un mandato judicial o de una resolución administrativa².

Los autores distinguen entre objeción de conciencia *secundum legem* (cuando la Ley dispensa al sujeto para la acción, o le confiere una alternativa, como son los casos de aborto y, hasta hace algún tiempo, del servicio militar), y opción de

conciencia *contra legem*, que consistiría en actuaciones delictuosas o, al menos, contravenciones de la norma legal forzadas por la propia conciencia, pero sin respaldo normativo.

Se suele distinguir entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil, por entender que esta última es una insumisión política al Derecho dirigida a presionar para que se adopte una decisión legislativa, mientras que la primera es el incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o de búsqueda de adhesiones.

Sin embargo, a veces, las fronteras entre una figura y otra pueden ser difusas, desde el momento en que la objeción de conciencia constituye un rechazo moral a participar en ciertos actos debido a la incompatibilidad de los valores de una persona con los de la mayoría de los ciudadanos, que en las sociedades democráticas suelen estar reflejados en las leyes aprobadas por los parlamentos. En tal sentido se habla de la objeción de conciencia como una desobediencia individual a la ley, a su aplicación concreta, abierta y pública, no violenta, que acepta las consecuencias personales derivadas de la misma.

A pesar de todo, puede decirse que las notas básicas de la desobediencia civil serían las deriva-

¹ Conclusiones de la última reunión de la Asociación Juristas de la Salud en Santander.

² Navarro-Valls, . y Martínez-Torrón, J., *Las objeciones de conciencia en el Derecho Español y Comparado*, Mc. Graw-Hill, Madrid, 1997, pp. 12-15. También, Martín Sánchez, I., “Bioética y libertad religiosa”, en la obra *Bioética, religión y derecho (Actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid, celebrado en Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005)*. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2005, pp. 231 y ss; Casado, M. y Corcoy, M. (Coords) *Documento sobre objeción de conciencia en Sanidad*. Observatori de Bioètica i Dret. Parc Científic de Barcelona. Barcelona, noviembre de 2007.

das de su carácter político y colectivo, mientras que las de la objeción de conciencia consistirían en su naturaleza individual, ética y de conciencia

La objeción de conciencia no está reconocida en ninguno de los instrumentos internacionales de derechos humanos, aunque existen diversas declaraciones y recomendaciones de organismos internacionales y de asociaciones profesionales supranacionales, que reconocen a los profesionales sanitarios la posibilidad de negarse a la realización de determinadas prestaciones contrarias a su conciencia. Sin embargo, carecen de una obligatoriedad jurídica en sentido estricto³

Especialmente interesante es la construcción doctrinal realizada por la jurisprudencia norteamericana, que se apoya en una serie de principios, el primero de los cuales es el del respeto del derecho al libre ejercicio de la religión, cimentado sobre la base de que mientras la libertad de creer es absoluta, la libertad de comportamiento según las creencias es relativa y limitable por el poder público mediante una ponderación que determine, en cada caso, cual de los intereses en juego debe predominar sobre el otro: el derecho al libre comportamiento religioso o el interés público afectado⁴.

2.- LA TENSIÓN QUE ORIGINA LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS NO ES OTRA COSA QUE UN ASPECTO CONCRETO DEL PROBLEMA CONCEPTUAL GENERADO

³ Martín Sánchez, I., op.cit. donde pueden consultarse

⁴ Armenteros Chaparro, JC. *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad*. Colex, 1997, pp. 25-67. Los otros principios de la jurisprudencia norteamericana serían: el derecho de los padres sobre la educación y modo de vida de sus hijos menores (susceptible de sufrir la intervención del Estado), el derecho a la intimidad familiar o marital, y el derecho sobre el propio cuerpo, que comporta la ilegitimidad de cualquier intervención médica sobre el cuerpo de un adulto sin el consentimiento de éste.

V. también sobre este asunto, Galán Cortes, JC, "El consentimiento informado y la objeción de conciencia a los tratamientos médicos", dentro de su obra *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, Civitas, 2001, pp. 248-250. En la misma se comenta, entre otros el caso Matter of Melideo 390 NYS, 2d., 523, de la Corte Suprema de Nueva York (1976), en el que la Sra. Melideo, casada, de 23 años, que sufrió una hemorragia uterina a consecuencia de una operación, y que tenía necesidad vital de ser transfundida, se negó a ello por motivos religiosos.

POR EL CONFLICTO ENTRE EL DEBER MORAL Y EL DEBER JURÍDICO.

El conflicto se produce entre el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia y el derecho de los ciudadanos a recibir las prestaciones establecidas legalmente. Una forma de solventarlo consiste en que los poderes públicos arbitren mecanismos y sistemas que posibiliten el ejercicio de ambos derechos.

Además, hay que añadir que la objeción de conciencia sanitaria no cuenta en el ordenamiento jurídico español con una regulación general y central, lo que impide que la formulación de la misma se produzca a través de unos cauces ordenados previamente, evitándose su invocación extensa, intempestiva o irregular, hasta el punto de que algunos autores entienden que ha llegado la hora de regular la manera de efectuar la declaración de objeción mediante un documento que recoja de forma explícita a qué prácticas concretas afecta la objeción y, consecuentemente, dejando constancia clara de si el sujeto invoca la objeción de conciencia, con la finalidad de organizar la atención de los usuarios. Más aún, se propone el registro de la misma en cada institución o colegio, con las garantías establecidas en las normas de protección de datos⁵.

La tensión originada por la formulación de la objeción de conciencia sanitaria puede afectar al principio de igualdad, desde el momento en que todos los usuarios tienen derecho a recibir las prestaciones establecidas, por lo que parece razonable que en ningún caso aquella puede entenderse como un derecho absoluto, al margen de las consecuencias que para los terceros puede originar su invocación.

Puede decirse que la objeción de conciencia presenta varios riesgos: el enmascaramiento a tra-

⁵ Casado, M y Corcoy, M (Coords) op.cit.

No obstante, la Comisión Deontológica de la Organización Médica Colegial no ve con buenos ojos la medida de incluir un registro de objetores al aborto y destaca el reconocimiento de este derecho mediante un proceso de validación por los colegios, entendiéndose que, de lo contrario, se dejaría en manos políticas. Según Rogelio Altisent, Presidente de la Comisión Deontológica (Diario Médico correspondiente al miércoles, 5 de marzo de 2008) "El médico objetor debe comunicarlo también a la institución sanitaria donde trabaja, pero no vemos claro que existan listas manejadas por el poder político, lo cual sería legalmente discutible".

vés de ella de motivos espurios (por ejemplo, el interés propio); la banalización, apelando a la supuesta conciencia de manera trivial; en fin, la intransigencia, de manera que la propia conciencia se configure como la única conciencia en el mundo.

Para evitar los riesgos la objeción debe satisfacer determinadas condiciones: el objetor debe tener las condiciones que afirma tener, esto es, debe estar basada en la honestidad y tiene que ser consistente con otras decisiones morales que el objetor adopta habitualmente; debe haber una declaración explícita que permita establecer las condiciones y requisitos para ejercerla, con la finalidad de organizar debidamente la atención en los centros sanitarios u oficinas de farmacia; deben establecerse por último alternativas razonables al daño que pueda provocar la objeción.

La tensión originada por la formulación de la objeción de conciencia puede generar situaciones conflictivas no sólo entre el objetor y el solicitante de asistencia. También entre el objetor y sus colegas; entre el objetor y su superior jerárquico; entre el jefe objetor y los demás miembros directivos de la institución sanitaria u oficinas de farmacia; finalmente, entre los gestores y los políticos.

Para solucionar el conflicto se han propuesto varios modelos⁶. El modelo de contrato que obliga al profesional sanitario, al inicio de la relación clínica, a hacer pública su condición de objetor para que las personas necesitadas de sus servicios puedan acudir a otro profesional (este modelo no funciona en el caso de las urgencias ni en el caso de que no existan otros profesionales sanitarios que puedan prestar la atención necesaria); el modelo de remisión, que obliga a los profesionales sanitarios a remitir al paciente a quien esté dispuesto a prestar la atención correspondiente (comparte los problemas del modelo anterior y puede ser inaceptable para quien juzgue el acto de remitir al paciente a otro profesional sanitario como una complicidad en el mal); el modelo de la inaceptabilidad de la objeción de conciencia en los profesionales sanitarios (no es admisible porque implica la destrucción de la posibilidad misma de objetar); el modelo de justificación (el objetor debe justificar y defen-

der su oposición a realizar determinados actos); por último, el modelo de compromiso entre las convicciones y creencias profesionales y los intereses de los pacientes.

En resumen, se puede afirmar que resulta éticamente necesario reconocer no sólo la protección de los profesionales sanitarios objetores, sino también, fundamentalmente, la protección de las consecuencias de la objeción de conciencia en los usuarios o pacientes, desde el momento en que el conflicto se da entre el derecho de una persona que no quiere participar en actividades que hieren su moral y el derecho de la colectividad a las prestaciones y servicios médicos o sanitarios aprobados socialmente, que marca unos límites a la objeción de conciencia.

3.- ASPECTOS LEGALES.

Además de en algunas leyes autonómicas de ordenación farmacéutica, cuestión que se trata más adelante, la objeción de conciencia está recogida en algunas leyes territoriales de Instrucciones Previas (voluntades anticipadas o testamento vital, según diferente terminología). En concreto, las leyes de instrucciones previas madrileña, valenciana, extremeña, riojana y balear, y el decreto murciano sobre la materia, reconocen la posibilidad de la objeción de conciencia por parte del facultativo o profesional sanitario a quien corresponda aplicarlas, en cuyo caso la Administración sanitaria deberá adoptar las medidas que resulten necesarias para garantizar su cumplimiento⁷.

Lógicamente, las previsiones normativas apuntadas, aunque deban ser objeto, en su caso, de un desarrollo adicional y posterior, resultan de gran importancia para el ejercicio efectivo por los profesionales sanitarios de su derecho a la objeción de conciencia, ya que les aporta una seguridad jurídica a la hora de invocarlo, de la que carecen otros colegas suyos de diferentes territorios, lo que también podía dar lugar a situaciones de discriminación inadmisibles por razón del lugar de residencia.

⁶ Dresser R. Professionals, conformity, and conscience. *Hastings Cent Rep* 2005; 35: 9-10. citado por Martínez, K., en su trabajo *Medicina y objeción de conciencia*: www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/vol30/n2/revi1.html

⁷ Art. 3.3. de la ley de la Comunidad de Madrid. Art. 17.2. de la ley de Valencia. Art. 20.2. de la ley de Extremadura. Art. 7.4. de la ley de La Rioja. Art. 6 de la ley de las Islas Baleares y art. 5 del decreto 80/2005, de 8 de julio, de Murcia por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro.

4.- LA POSICIÓN DE NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL⁸

No hay una posición clara de nuestro Tribunal Constitucional en relación con la objeción de conciencia. En un primer momento (1985), a propósito del aborto, afirmó que el citado derecho de objeción de conciencia existe y puede ser ejercido con independencia de que se halla dictado o no una ley reguladora de esta materia, añadiendo que la objeción forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el arto 16.1. de la Constitución, de manera que es directamente aplicable en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, posteriormente (1987), a propósito de la objeción de conciencia al servicio militar, declaró que la objeción de conciencia con carácter general, es decir el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las convicciones personales, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma del Estado y que lo que puede ocurrir es que se admita excepcionalmente respecto a un deber concreto, para lo cual es necesario la interposición de una ley que así lo reconozca.

A pesar de lo expuesto, según nuestra opinión, y por las mismas razones que apuntó el Tribunal Constitucional a propósito del aborto (1985), habría que reconocer, al menos, la objeción de conciencia sanitaria cuando el médico u otro profesional sanitario se enfrenta con cuestiones que afectan al inicio y al fin de la vida.

5.- OTROS SUPUESTOS.

Poco a poco la objeción de conciencia va ocupando espacios en el ámbito de la salud y si bien hasta ahora no ha mostrado una carga excesivamente conflictiva, ha de tenerse muy en cuenta el panorama que se adivina en el horizonte, que no es halagüeño.

La objeción de conciencia sanitaria se instala en el terreno inicial del aborto y su aledaños - planificación familiar, métodos anticonceptivos, venta

de preservativos, fabricación de anovulatorios, administración de anticonceptivos postcoitales a los adolescentes, realización de vasectomías o ligaduras de trompas, esterilización voluntaria, etc. Pero pronto escapa de este ámbito y conquista otras cotas, merced a los modernos avances: consejo genético, biotecnología, manipulación genética, fecundación asistida, experimentación con embriones, cirugía transexual, trasplantes, xenotrasplantes, clonación, investigación, etc.

A su vez, las formas clásicas de objeción encuentran constantemente otros argumentos para su defensa: Testigos de Jehová u otras convicciones religiosas, que intentan que prevalezca su libertad por encima de cualquier otro valor, afirmando rotundamente la autonomía de su voluntad, o interpretaciones actuales sobre lo que sea una muerte digna y el encarnizamiento terapéutico.

Es verdad que no todos los casos pueden ser iguales, ni siquiera conceptual o valorativamente, pero, mientras no halla una regulación global al respecto, se constata la dificultad de encontrar criterios claros en su regulación, sobre todo cuando estamos en presencia de algo tan complejo y tan importante como el Sistema Nacional de Salud. Sin olvidar, claro está, que la objeción de conciencia no puede distinguir lo público de lo privado.

6.- ASPECTOS BIOÉTICOS ESPECÍFICOS DE LA OBJECIÓN FARMACÉUTICA EN RELACIÓN CON LA LLAMADA “PÍLORA DEL DÍA SIGUIENTE”.

El caso más frecuente de objeción de conciencia del farmacéutico es el que ahora se trata, esto es, el de la dispensación de la llamada “píldora del día siguiente” (o “píldora del día después”), que viene siendo considerada como un método anticonceptivo de emergencia muy eficaz, que tiene como finalidad evitar embarazos no deseados después de un coito no protegido. Su mecanismo de acción depende del momento del ciclo en que se encuentre la mujer, pero puede funcionar, aparte de otras formas, haciendo imposible la anidación en el útero, en el supuesto de que se haya producido la fecundación, siendo aquí donde para algunos su empleo persigue un resultado similar al aborto.

Los partidarios del uso de esta píldora sostienen que la misma no es abortiva porque el aborto

⁸ Se debe mencionar aquí la STC 53/85, de 11 de abril, además de las sentencias del mismo Tribunal 161/1987, FJ 3º y 160/1987, FJ 3º.

consiste en la interrupción del embarazo y, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), aquél comienza con la implantación del cigoto en el útero y no con la concepción. De aquí se derivaría también el amparo jurídico de la utilización de este fármaco en la mayoría de los ordenamientos jurídicos como el nuestro y su desvinculación de la práctica del aborto.

Por el contrario, los detractores de la prescripción o dispensación de este medicamento objetan a lo anterior argumentando que en algunos casos actúa como abortifaciente, ya que la vida humana aparece realmente con la concepción (y no con la anidación) y es más razonable, a su juicio, hablar de embarazo a partir de ese momento. Apoyan este planteamiento en el Tribunal Constitucional que, si bien no reconoce al *nasciturus* como sujeto de derechos, lo considera un bien protegible desde el momento de la concepción, instante en que se inicia la gestación propiamente dicha que concluye con el parto, mientras que con la “píldora del día después” esa protección no se cumpliría.

Para los partidarios de esta segunda perspectiva, es muy discutible excluir del proceso del embarazo los primeros días de la vida del cigoto humano en las entrañas de la mujer, y completamente improcedente denominar a la “píldora del día siguiente” como píldora anticonceptiva postcoital o de emergencia, pues si ciertamente en algunos casos actúa como anticonceptiva, en otros lo hace impidiendo la anidación del cigoto ya concebido, siendo este último efecto claramente abortifaciente. Para este sector doctrinal, por tanto, la protección constitucional conferida al embrión humano desde su concepción no se respeta autorizando la venta de la píldora citada, ya que ésta da lugar a una completa desprotección del embrión en la fase anterior a su implantación en el útero.

Se observará que el principal problema que se plantea es el de determinar el estatuto del embrión (preembrión) durante los primeros catorce días de desarrollo, cuando todavía no tiene fijadas las propiedades de unicidad (ser único e irrepetible) y de unidad (ser uno solo), que determinan su individualidad.

Pueden distinguirse, al menos, tres tendencias en el contexto actual de la bioética.

Para la primera, el embrión debe protegerse como persona desde que el óvulo ha sido fecunda-

do, porque desde ese momento debe ser tenido como realidad personal. Los embriones humanos son, en consecuencia, seres humanos merecedores del mismo respeto y consideración que el resto de las personas nacidas porque poseen una constitución biológica y genética que les permitirá culminar su desarrollo. La vida humana tiene un valor sagrado, intrínseco e inviolable y representa un valor moral absoluto.

Para la segunda, si bien el embrión humano merece siempre especial respeto y dignidad, hay que tener en cuenta que en su desarrollo pueden reconocerse etapas cualitativamente diferentes para su constitución como ser humano, el tipo de respeto que merece y, por consiguiente, el tipo de protección legal en función de la fase y el contexto del desarrollo. Para esta tesis, que sostiene una especie de ontogénesis del ser humano, podría afirmarse y sostenerse la existencia de una condición moral gradual del embrión. En definitiva, aboga por entender que la condición de embrión no es equiparable ni empírica ni moralmente a la condición de persona, por lo que hay que configurar un estatuto especial para la misma (la persona no nace, se hace).

La cuestión no se plantea en la citada tesis tanto desde el punto de vista científico (no se discute cuando empieza la vida humana, que existe desde el momento de la fecundación), como desde un punto de vista ontológico, consistente en averiguar cuando la vida humana que ha empezado es ya un ser humano, es decir, cuando puede hablarse de realidad personal. En lo que hace a la vida de un ser humano antes de su nacimiento, las posiciones difieren notablemente: desde las que entienden que no puede hablarse de persona hasta el nacimiento, o hasta la cerebración, hasta aquellos otros que entienden que es preciso gozar de suficiencia constitucional o que se produzca la anidación.

Por supuesto que, aunque no se pueda tratar al embrión como una realidad personal, tampoco se le puede tratar como una cosa, mero objeto de propiedad. Es una forma de vida humana en vías de constituirse como persona y encaminada a serlo, si ese proceso sigue adelante normalmente, por lo que merece un respeto particular, no meramente por lo que es, sino por lo que está orientado a ser.

Por último existe una tercera tendencia, que podría denominarse naturalista, más alineada con

el pensamiento utilitarista anglosajón, que admite tácitamente una cierta biologización o cosificación del ser humano, que no se preocupa demasiado por los aspectos ontológicos y que tiene una fe casi ciega a la hora de aceptar los nuevos descubrimientos científicos. Para sus partidarios, el embrión humano sería un conjunto de células que no tienen un rango diferente al de otras células humanas desde el punto de vista de su valor y del respeto y protección que merece. Dentro de esta postura estaría la de quienes afirman que el embrión humano no tiene una categoría moral específica y que debería tratarse como un producto que es propiedad de los progenitores, entendiendo que éstos tienen absoluta libertad para decidir su destino.

6.1.- Referencia específica a la deontología farmacéutica en relación con la objeción de conciencia.

La deontología en el ámbito farmacéutico tiene un notable interés desde el momento en que los profesionales de este ámbito tienen confiado el cuidado de dos aspectos de máxima importancia para el ser humano: la salud y la vida, hasta el punto de que se ha señalado como factor muy destacado del futuro de dicha profesión el de la naturaleza moral de la misma.

Ahora bien, hasta fechas recientes, no se ha desarrollado dicha deontología por una serie de razones entre las que había que destacar la dificultad para establecer límites claros entre la profesión farmacéutica y la médica, la consecuencia de su responsabilidad ética y jurídica más atenuada y el avance industrial, que supuso que el farmacéutico de oficina de farmacia pasara a ser, fundamentalmente, un dispensador de medicamentos. No obstante, en los momentos actuales asistimos a un resurgimiento de los aspectos éticos y deontológicos de los farmacéuticos como consecuencia, entre otras razones, del moderno concepto que supone la “atención farmacéutica” y las exigencias de la sociedad que solicita una atención orientada a mejorar su calidad de vida.

En el momento presente se cuenta con el Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica⁹. En el punto 10 (dentro del

⁹ Elaborado por la Comisión del Código Deontológico del Consejo General de Colegio Oficiales de Farmacéuticos de España. El documento fue aprobado el 14 de diciembre de

marco de los principios generales) se establece lo siguiente:

“10. El farmacéutico se abstendrá de participar en todo tipo de actuaciones, estén o no relacionadas con su profesión, en las que sus conocimientos y habilidades sean puestos al servicio de actos que atenten contra la vida, la dignidad humana o contra los derechos del hombre.”

Se trata, pues, de un precepto importante, aunque enunciado de una manera general.

Y, además, el artículo 33, que dice lo siguiente:

“33. El farmacéutico podrá comunicar al Colegio de Farmacéuticos su condición de objetor de conciencia a los efectos que se considere procedentes.

El Colegio le prestará el asesoramiento y la ayuda necesaria”.

Más específico es el Código Deontológico del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid¹⁰. En el mismo, después de repetir lo dicho por el Código Deontológico del Consejo General, dispone lo siguiente en su punto 12:

“12. El ejercicio profesional del farmacéutico le faculta para que en la práctica de su actividad pueda ejercer su derecho a la objeción de conciencia. El farmacéutico al que se condicionase o impidiese el ejercicio de este derecho, recibirá de la organización colegial el asesoramiento legal y, en su caso, la ayuda necesaria para la defensa del mismo.”

A lo expuesto hay que añadir la importancia que la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias ha dado a los principios y valores deontológicos, ya que al concebirlas como límite para el ejercicio de las profesiones sanitarias, otorga a las normas colegiales una fuerza legal indiscutible. En particular, se establece que el ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas por la ley y por los principios y valores contenidos en el código deontológico¹¹.

2001 por la Asamblea General de Colegios. Ahora bien, esta norma deontológica no tiene fuerza legal puesto que, aunque ya figura en el Estatuto de la Profesión Farmacéutica, éste está pendiente de aprobación por el Ministerio de Sanidad.

¹⁰ Publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid del viernes 2 de diciembre de 2005.

¹¹ Artículo 4.7 de la ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

Más aún dicha conexión se ha llevado a cabo, por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ya que la objeción sólo producirá efectos cuando se esgrima frente al incumplimiento de una obligación personal y concreta, conectándolo el Tribunal con lo previsto en el Código de Ética Farmacéutica, tal y como se expone mas adelante.

6.2.- La objeción de conciencia en las leyes autonómicas de ordenación farmacéutica.

En algunas de las leyes de ordenación y atención farmacéuticas dictadas por las comunidades autónomas se contempla la objeción de conciencia al haberse introducido de forma específica en su articulado el reconocimiento de esta figura (La Rioja, Galicia, Castilla-La Mancha y Cantabria), estableciéndose que la Administración sanitaria garantizará el derecho a la objeción de conciencia del profesional farmacéutico, sin perjuicio de que la Consejería de Sanidad deba adoptar las medidas que sean necesarias para que el ejercicio de este derecho no limite ni condicione el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos¹².

En esos supuestos, el legislador se hace eco del mandato del Tribunal Constitucional de, en primer lugar, regular expresamente el derecho a la objeción de conciencia en los ámbitos en los que se desee reconocer por los poderes públicos y, en segundo lugar, armonizar de alguna forma el ejercicio del citado derecho del profesional farmacéutico con el necesario respeto a los derechos que asisten a los demás ciudadanos y, en particular, a los pacientes que precisan de una prestación farmacéutica.

6.3.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 2005 sobre la objeción de conciencia del farmacéutico¹³

Otro elemento relevante de consolidación en el plano jurídico de la objeción de conciencia del

farmacéutico está constituido por la Sentencia del Tribunal Supremo de abril de 2005, donde se trató de esta cuestión.

El asunto litigioso se originó como consecuencia del recurso de un farmacéutico contra una orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, que regulaba la existencia de un stock mínimo de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución, y que disponía dentro del mismo la inclusión obligatoria de preservativos y progestágenos (píldora postcoital).

El recurrente esgrimió que la norma citada, en cuanto incluía medicamentos dirigidos a la intercepción o contracepción postcoital o de emergencia, lesionaba su derecho a ejercer libremente la profesión farmacéutica para la cual se había formado, al negarle el derecho a actuar en conciencia, en una materia tan digna de protección como es el derecho a la vida en general, y al contravenir su libertad ideológica y religiosa en particular.

Aunque el recurso del farmacéutico fue desestimado por una cuestión de tipo procesal, y el Tribunal Supremo no entró por ello a valorar el asunto de fondo planteado, sí aprovechó para hacer un reconocimiento genérico de la posibilidad de objeción de conciencia por el farmacéutico, recordando que el contenido constitucional de este derecho forma parte de la libertad ideológica, en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la integridad física y moral. Por esa razón, el Tribunal manifestó que no podía excluirse la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos.

La citada alusión del Tribunal Supremo no es óbice para que deba darse, también, el requisito de una previsión normativa del derecho a la objeción de conciencia en estos casos, como se ha visto existe ya en algunas leyes autonómicas. Por ello, la lectura correcta de esta resolución debiera ser, a nuestro juicio, la de que también el farmacéutico puede hacer valer legalmente la objeción de conciencia, sin perjuicio de que tenga que existir al tiempo de su invocación en un caso concreto una norma que lo ampare y perfile en ese supuesto.

No obstante lo que se acaba de manifestar, cabría la duda sobre si es posible sostener una excep-

¹² Artículo 5.10 de la ley 8/1998, de 16 de junio, de Ordenación Farmacéutica de La Rioja; artículo 6 de la ley 5/1999, de 21 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de Galicia; artículo 17 de la ley 5/2005, de 27 de junio de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha y artículo 3.2 de la ley 7/2001 de 19 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cantabria.

¹³ Tribunal Supremo. Sentencia del 23 de abril de 2005. Recurso 6154/2002. Ponente Juan José González Rivas.

ción a la necesidad de regulación en casos como el de la “píldora del día después”, si se acepta que la misma tiene efectos abortifacientes (cuestión nada pacífica como se ha indicado más arriba), ya que en ese supuesto sí podría ser legítima la invocación de la objeción de conciencia del farmacéutico, apelando directamente a la Constitución Española de 1978, sin necesidad de mayor regulación, puesto que la objeción de conciencia al aborto es posible sustentarla de dicha forma a tenor de lo establecido en su día por el Tribunal Constitucional.

6.4.- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2007¹⁴

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía abordó igualmente la problemática de la objeción de conciencia del farmacéutico, como consecuencia de la impugnación formulada por otro farmacéutico contra la misma orden de la Consejería de Sanidad Andaluza referida en el epígrafe anterior, que obliga a las oficinas de farmacia a incluir y, por tanto, a dispensar, con carácter de «existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios», los progestágenos y los preservativos.

En este caso, la Sentencia desestimó igualmente el recurso del farmacéutico sobre la base de considerar que el hecho de declararse objetor consiste en el planteamiento de una excepción personal a la ley derivada de un juicio de carácter ético o moral, pero que como tal no puede legitimarle para la impugnación de una norma de carácter general, ya que de lo contrario, esto es, si se aceptara la nulidad de la disposición legal en estos casos, el objetor individual terminaría imponiendo a otros (a la sociedad) por esa vía sus convicciones religiosas o morales.

Lo interesante de esta resolución judicial es que reconoce de soslayo la posibilidad para el farmacéutico de esgrimir a título individual la objeción de conciencia en estos supuestos de progestágenos y preservativos, por cuanto afirma que la misma «puede ser enarbolada cuando, en virtud de la no aplicación de dicha norma, puedan derivarse perjuicios o sanciones por su incumplimiento». De esta manera, continúa diciendo el Tribunal, la objeción «sólo produciría efectos excepcionales y puntuales, personales e individuales en aquellos

que la esgriman frente al incumplimiento de la obligación»; y ello lo conecta el Tribunal con lo previsto en el Código de Ética Farmacéutica sobre el reconocimiento de la objeción de conciencia.

En definitiva, se trata de una Sentencia que viene a admitir que el farmacéutico puede en principio oponer la objeción de conciencia en los supuestos referidos, con el fin de tratar de evitar las sanciones por el incumplimiento de la norma, pero que deja igualmente claro que no le da derecho a exigir la nulidad de una disposición legal contraria a sus convicciones.

Ahora bien, también debe decirse, como factor a tener en cuenta para sopesar la importancia de esta resolución, que la misma no enjuició realmente ninguna situación concreta de invocación de objeción de conciencia por un farmacéutico, por lo que no entró a valorar en qué ocasiones, de qué manera ni con qué alcance puede hallarse justificada, ya que no puede olvidarse que no estamos aquí ante un derecho absoluto del ordenamiento jurídico, sino que en su ejercicio han de tenerse en cuenta igualmente los intereses de terceros afectados. De ahí, precisamente, la apuesta comentada de algunas leyes autonómicas por regular la materia.

7.- EL CASO ACTUAL DEL PROYECTO DE LEY SOBRE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

El citado proyecto (todavía pendiente de aprobación definitiva) introducirá, según diferentes medios de comunicación, la objeción de conciencia individualizada para los profesionales sanitarios que intervengan directamente en la realización del aborto. Se trata, desde luego, de un importante avance respecto de las redacciones anteriores, que no lo contemplaban. Sin embargo, según nuestro criterio, no resuelve el problema de la objeción de conciencia sanitaria: Por un lado, porque el criterio de la intervención directa puede no abarcar la totalidad de los supuestos posibles de objeción y, por otro, porque se trata de una regulación concreta que no contempla la totalidad del fenómeno objetor.

8.- CONCLUSIONES.

Primera. La objeción de conciencia es un fenómeno amplio, flexible, casuístico y variable. La

¹⁴ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia del 8 de enero de 2007. Ponente: Rafael Puya Jiménez.

objeción de conciencia sanitaria es una parte de ese fenómeno global que a veces sacude nuestra sociedad, como lo fue en su día el caso de la objeción de conciencia al servicio militar con armas. Pero conviene plantearse ya los problemas existentes y los que se avecinan, que no son pocos, para lo cual es necesario afrontar con todas sus consecuencias una regulación global en el ámbito sanitario. La forma de llevarlo a cabo es buscar un punto de equilibrio que permita vertebrar y estructurar debidamente a la sociedad y al Estado, sin que se caiga en la desintegración por abuso de la libertad de conciencia, que actuaría como un fermento anarquizante, pero tampoco caer en una homogeneidad ordenada y gris, estatalizante, que nos retrotraería a las épocas de ideologías totalitarias y abrasivas de la vida privada de los ciudadanos.

Segunda. En una sociedad plural, como lo es cada vez más la española, los poderes públicos deben arbitrar mecanismos y sistemas que posibiliten el ejercicio de dos derechos: El derecho de la colectividad a las prestaciones y servicios médicos o sanitarios garantizados por las leyes y el derecho de los profesionales sanitarios objetores.

Tercera. Si por razón del número de objetores u otras circunstancias se estima necesario, debe establecerse un registro de objetores y contenidos objetados, pues sólo de esta manera puede organizarse razonablemente el servicio público sanitario, de manera que quede garantizado el acceso razonable de los usuarios o pacientes a los servicios públicos sanitarios.

Cuarta. No parece aceptable la objeción de conciencia intempestiva o anárquica, de manera que el usuario o paciente se vea sorprendido en el momento de la prestación, pues, además de que la condición de objetor debe ser contrastada de antemano, el ciudadano tiene derecho a una información correcta que le permita disponer, sin problemas, del servicio público sanitario.

Quinta. Es imprescindible, a la altura del tiempo en que nos encontramos, que exista una regulación adecuada de la objeción de conciencia en el ámbito de la asistencia sanitaria¹⁵.

¹⁵ Un esfuerzo en tal sentido es el realizado por Beltrán Aguirre, Juan Luis. *Una propuesta de regulación de la objeción de conciencia en el ámbito de la asistencia sanitaria*, en la Revista "Derecho y Salud", volumen 16, número 1, enero-junio 2008.

Premio Derecho y Salud 2009

EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE

Leyre Elizari Urtasun
lelizari@micap.es

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- SUPUESTO DE HECHO Y REQUISITOS. III.- EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH. III.1.- EL TRATAMIENTO DEL DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH. III.1.a.- El tratamiento del daño en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. III.1.b.- El tratamiento del daño en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. III.2.- LA PRIVACIÓN DE LA FACULTAD DE ABORTAR. EL DAÑO MORAL. III.2.a.- Fundamentación. III.2.b.- La reclamación del padre. III.2.c.- La reclamación de otros sujetos. III.2. d.- Cuantificación del daño moral. III.3.- EL DAÑO PATRIMONIAL: LOS COSTES EXTRAORDINARIOS DERIVADOS DE LA DISCAPACIDAD DEL HIJO. III.3. a.- Determinación. III.3.b.- ¿Garantías del destino de la indemnización?. IV.- EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL LIFE. V.- CONCLUSIONES. **BIBLIOGRAFÍA. LISTADO DE SENTENCIAS.**

I.- INTRODUCCIÓN.

Los avances científicos permiten hoy a los profesionales sanitarios descubrir la presencia de ciertas anomalías o deficiencias en un feto antes de que éste nazca. Además de estos diagnósticos prenatales, es posible realizar diagnósticos preimplantatorios, esto es, descubrir algunas posibles enfermedades hereditarias de las que será portador el embrión antes de ser implantado. Estas técnicas constituyen importantes avances, pero, con el desarrollo de las mismas, han ido surgiendo reclamaciones de responsabilidad civil efectuadas por los padres ante el nacimiento de hijos con anomalías que pudieron ser detectadas durante el embarazo y sin embargo, por diversas circunstancias, no lo fueron¹. Son un

tipo de acciones que se conocen en su terminología norteamericana, de donde proceden, como “wrongful birth” y “wrongful life”². Es el caso, muy frecuente en la jurisprudencia española que

en la monografía de Andrea Macía Morillo “*La responsabilidad civil médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2005.

²Algún autor ha propuesto la sustitución de los términos en inglés por diversas traducciones en castellano. Salás Darrocha propone “nacimiento evitable” para referirse a las acciones de wrongful birth, y “eugenesia fallida” para las de wrongful life. Salás Darrocha, Josep Tomás “*Las acciones de wrongful birth y wrongful life ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*” Actualidad Administrativa nº 22, 2005, páginas 2692-2711; Galán Cortés traduce como “nacimiento injusto” y “vida injusta” respectivamente wrongful birth y wrongful life, aunque utiliza también los términos en inglés. Galán Cortés, Julio César “*Responsabilidad Civil Médica*” Civitas, Pamplona 2007, p. 298. Aquí utilizaremos la denominación en inglés, comúnmente utilizada por la doctrina y por alguna Sentencia del TS.

¹ Puede consultarse la evolución del tratamiento de este tipo de acciones en el Derecho y la jurisprudencia comparadas

ha resuelto este tipo de reclamaciones, del nacimiento de un niño con Síndrome de Down³.

Ambas reclamaciones son planteadas frente al nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades incurables o inevitables, detectables durante el embarazo, que, si se hubieran conocido a tiempo habrían permitido a los progenitores la posibilidad de abortar. En el caso de las wrongful birth son los padres los que reclaman, mientras que en el caso de las acciones de wrongful life es el propio hijo discapacitado el que reclama a los profesionales sanitarios.

Enseguida se atisban los problemas éticos y morales que se desprenden de reclamar una indemnización por este tipo de conductas, y su estrecha relación con el aborto, en concreto con el supuesto de despenalización del art. 147.bis 3 del CP de 1973, conocido como aborto eugenésico o embriopático. No vamos a entrar en estas cuestiones en el presente trabajo, aunque sí invitar a su reflexión, seria y sosegada, convertida además en actualidad por la nueva Ley del Aborto anunciada por el Gobierno español. La objeción fundamental para la prosperabilidad de estas acciones es la de calificar como daño la propia vida del hijo, puesto que choca frontalmente con el derecho a la vida, el rechazo al aborto y con que la alternativa de ese niño a vivir con discapacidad era no vivir. Si la anomalía o la malformación se hubiesen detectado a tiempo y la madre hubiese optado por acudir al aborto, ese hijo no hubiese nacido.

Junto a esas objeciones, se oponen otras relacionadas con la determinación del daño, como que admitir este tipo de reclamaciones supone valorar negativamente la vida con discapacidad, el impacto psicológico que puede derivarse para el niño el hecho de que sus padres reclamen por su propia existencia, el riesgo de la extensión de prácticas eugenésicas, la presión para los profesionales sanitarios, el hecho de que el mecanismo adecuado para atender los problemas de estos niños no es el instituto de la responsabilidad civil, sino el Estado a través de los servicios sociales⁴, etc. También

³ De las 21 Sentencias que ha dictado hasta la fecha el TS (12 la Sala de lo Civil y 9 la Sala de lo Contencioso-Administrativo), 10 se corresponden a supuestos de nacimiento con síndrome de Down (7 en la vía civil, 3 en la contenciosa).

⁴ Así ocurrió en Francia con el conocido como caso Perruche. La Cour de Cassation en su Sentencia de 17 de noviembre de 2000 reconoció indemnización por daños a los padres y

desde el punto de vista de la relación de causalidad existen serios problemas, ya que la actuación del profesional sanitario no es la que produce las malformaciones o la enfermedad del niño.

Muchas de estas objeciones se derivan de las ideologías o creencias de cada uno, por lo que hay que intentar dejarlas a un lado para examinar este tipo de acciones lo más objetivamente posible y estrictamente desde el punto de vista de la concurrencia de los requisitos generales de la responsabilidad civil.

En general, podemos decir que la doctrina española y la jurisprudencia admiten las acciones de wrongful birth, sobre las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado favorablemente ya en un número considerable de Sentencias, y se rechazan las acciones de wrongful life⁵, es decir, las entabladas por el propio hijo discapacitado, por las objeciones que plantea reclamar una indemnización por su propia existencia. No obstante, estas acciones siguen planteando problemas, fundamentalmente en relación con la determinación del daño y la relación de causalidad. En este trabajo nos vamos a centrar en el elemento del daño.

al hijo nacido con graves anomalías, tras admitir que la negligencia del médico impidió a la madre abortar. Tras vivas protestas por esta Sentencia, el legislador tuvo que intervenir y aprobó la Loi num. 2002-2003 de 4 de marzo de 2002, que rechazó definitivamente la posibilidad de indemnizar al hijo por wrongful life, y remite la compensación de las cargas particulares que deriven de la anomalía del hijo al sistema de solidaridad nacional. Martín Casals y Solé Feliu señalan que éste es el enfoque correcto, y entienden igualmente que es el Estado social, mediante el sistema de prestaciones públicas quien debe asumir los costes de asistencia de las personas discapacitadas. Martín Casals Miquel y Solé Feliu Josep, "Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 73, 2007, página 542.

⁵ Así, Martín Casals Miquel, Solé Feliu Josep en "Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006" cit. páginas 536-542; Galán Cortés, Julio César en "Responsabilidad civil médica" cit. pág. 311; Macía Morillo "La responsabilidad civil médica por los diagnósticos..." cit. páginas 403-438, aunque sitúa el problema no en la calificación de la vida como daño sino en el nexo causal; también hay autores que admiten la reclamación del hijo, como Salás Darrocha, Josep Tomás, "Las acciones de wrongful birth..." cit. página 2700, que acepta la reclamación, no de la vida, sino del sobrecoste que conlleva la vida discapacitada y a modo de lucro cesante los derivados de la eventual incapacidad laboral.

II.- SUPUESTO DE HECHO Y REQUISITOS.

Antes de examinar el elemento del daño, entendemos conveniente delimitar bien el supuesto de hecho del que partimos en estas acciones, para distinguirlo de otras acciones relacionadas con la vida o el nacimiento, como pueden ser las acciones de *wrongful conception* (nacimiento de un hijo sano pero no deseado por negligencia en los tratamientos anticonceptivos como la vasectomía, por ejemplo), o el nacimiento de un niño con taras causadas por la actuación del médico o de otros sujetos (por ejemplo, causar daños al feto al realizar una amniocentesis).

Para que estemos ante un supuesto de *wrongful birth* o *wrongful life*, es necesario que se den los siguientes presupuestos⁶:

1.- Un profesional médico informa erróneamente (acción) o no informa (omisión) a los padres sobre el estado del feto o los riesgos que lo amenazan. Esta conducta del médico que priva a la gestante de su posibilidad de decidir puede agruparse en tres supuestos⁷:

- a. El médico se equivoca en el diagnóstico, interpretando erróneamente el resultado de las pruebas, con lo que los progenitores reciben la información incorrecta de que el feto está sano y se les priva de la posibilidad de acudir al aborto.
- b. El médico, aun realizando un diagnóstico correcto, no lo comunica a los padres debidamente (bien no lo comunica, o lo comunica extemporáneamente, cuando ya no hay posi-

bilidad de acudir al aborto porque ha transcurrido el plazo legal).

c. El médico no aconseja sobre la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico prenatal.

2.- No se conoce cura a la enfermedad o anomalía detectada en el feto.

3.- El mal o enfermedad pudo ser detectado de acuerdo con los conocimientos científicos del momento y los indicios presentes en la gestante.

4.- Los progenitores hubieran podido optar por interrumpir el embarazo, es decir, el ordenamiento jurídico permitía el aborto en el momento en que se produjo la información errónea o la omisión de información.

5.- La concepción del hijo fue voluntaria, los padres querían tener un hijo.

Así, debido a la actuación negligente del profesional médico, los padres se vieron privados de una información fundamental para decidir adecuadamente entre continuar con el embarazo, conscientes de la enfermedad, no evitable, de su futuro hijo, o bien, acudir al aborto.

Aunque actualmente estas situaciones se producen mayoritariamente en los diagnósticos prenatales, señala Macía Morillo⁸ que podrían producirse en otros tres momentos más: en el transcurso de un diagnóstico preconcepcivo, de un diagnóstico preimplantatorio, o con ocasión de un diagnóstico indirecto, que se produce cuando la privación de la información sobre los males que amenazan a la futura descendencia surge con ocasión de una prestación sanitaria que no tiene que ver con la descendencia.

La doctrina⁹ coincide en afirmar que constituye un requisito imprescindible para la admisión de estas acciones que el ordenamiento jurídico en cuestión admita el aborto, o por lo menos el aborto en este caso de grave enfermedad o malformación del feto. Si la posibilidad de abortar no es admitida, la mujer en ningún caso se ve privada de la posibilidad de elegir entre continuar con el embarazo o no, puesto que esa facultad de decidir no

⁶ Siguiendo a Macía Morillo, Andrea en “*La responsabilidad civil médica por los diagnósticos...*” cit. páginas 70-74.

⁷ De Angel Yáguez Ricardo, “*Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de wrongful birth: ¿Es posible hablar ya de una “jurisprudencia?”*” Revista Derecho y Genoma Humano, nº 22/2005, Bilbao 2005, página. 181; Galán Cortés diferencia estos mismos supuestos para las mujeres con embarazos incluidos en grupos de riesgo, y por otro lado, un segundo grupo formado por mujeres con embarazos normales, sin riesgo, a las que ni siquiera se les practica o aconseja una simple prueba de cribado (triple screening) que, aunque sólo es fiable para detectar el síndrome de Down en el 60% de los casos, da pie a la realización de otras pruebas diagnósticas, Galán Cortés, Julio César “*Comentario a la Sentencia de 6 de julio de 2007*” Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil nº 76, Pamplona 2008, páginas 286-287.

⁸ “*La responsabilidad civil médica por los diagnósticos...*” cit. páginas 72-74.

⁹ Macía Morillo “*La responsabilidad civil médica por los diagnósticos...*”, cit. página 353; Galán Cortés “*Responsabilidad civil...*” cit. página 302.

existe. En el caso español, lo permite el supuesto de despenalización del art. 147.bis 3º del CP, cuando:

- Se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas.
- Se practique la interrupción voluntaria del embarazo antes de las 22 semanas de gestación
- Que el dictamen sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, distintos de aquel que vaya a practicar el aborto.

En cualquier caso, estamos ante un supuesto de responsabilidad civil, por lo que habrán de reunirse todos los elementos propios de la misma¹⁰, para que pueda existir una condena en los supuestos de wrongful birth y wrongful life, con las particularidades de la responsabilidad contractual, extracontractual y objetiva de la Administración. La culpa sigue siendo el criterio general de imputación, y sólo habrá responsabilidad cuando la privación de la posibilidad de abortar de la mujer sea debida a una conducta negligente del médico, contraria a la lex artis, de acuerdo con los conocimientos del momento. Como ya hemos adelantado, los elementos más problemáticos son el daño y la relación de causalidad, por la dificultad de determinar qué daño se va a indemnizar, y de establecer el nexo causal entre ese daño y la conducta del médico. Es especialmente difícil si se califica como daño la discapacidad o enfermedad del niño, puesto que la actuación del médico no produce las lesiones, las mismas son incurables, y hubiera nacido con ellas en cualquier caso.

III.- EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH.

Empezamos el análisis del elemento del daño con las acciones de wrongful birth, es decir, aquellas en las que la reclamación la plantean los padres, porque, a diferencia de las reclamaciones entabladas por el propio hijo, éstas se admiten generalmente tanto por la doctrina como por la

jurisprudencia españolas, esgrimiéndose argumentaciones diferentes para aceptar las demandas planteadas por los padres y rechazar las hipotéticas reclamaciones entabladas por los hijos.

Ya hemos expuesto en la introducción que calificar como daño para los progenitores el nacimiento de su propio hijo, aunque esté enfermo o discapacitado, choca con objeciones jurídicas puesto que parece contrario al derecho a la vida consagrado en el art. 15CE, además de otras objeciones éticas y morales. Por ello, para admitir este tipo de acciones, se tiende a situar el daño en un evento alejado del nacimiento, lo que resuelve ese tipo de objeciones y además facilita el nexo causal. Macía Morillo¹¹ se fija en la teoría alemana de la separación (trennungslehre), que defiende que es posible distinguir entre la vida, o el nacimiento del niño, y las cargas patrimoniales que genera dicho nacimiento. Para esta autora, esta teoría podría aplicarse no sólo a los daños patrimoniales sufridos por los progenitores sino también al daño moral, aunque señala que la verdadera aportación de esta teoría es la idea básica de separar el hecho de la vida del niño del daño reclamado por los padres, es decir, alejar el daño reclamado de la vida del niño.

Macía Morillo ha analizado principalmente cuatro teorías para determinar el daño¹² en las acciones de wrongful birth:

a) El daño que se produce en las posibilidades de actuación de los progenitores respecto de la descendencia futura, con dos variantes:

- la privación del ejercicio de la libertad de procreación o de la facultad de abortar.
- la pérdida de oportunidades. No obstante, esta teoría ha sido rechazada en los supuestos de wrongful birth por varios autores, por no encajar en sus presupuestos¹³.

¹¹ “La responsabilidad médica por los diagnósticos...”, cit. página 343

¹² “La responsabilidad médica por los diagnósticos...”, cit. páginas 345-403. En este capítulo analiza cada una de estas teorías con sus ventajas y los argumentos en contra de cada una de ellas.

¹³ En algunos supuestos resulta imposible determinar con certeza el nexo causal entre la conducta del médico y el daño, de tal forma que no es posible saber qué hubiera sucedido de no haber mediado la actuación negligente del profesional. Se identifica entonces el daño como la pérdida de la oportunidad

¹⁰ Martín Casals Miquel, Solé Feliú Josep, “Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006”, cit. página 530; Macía Morillo, Andrea “La responsabilidad médica por los diagnósticos...”, cit. página 76.

b) El daño por lesión del derecho a la información, per se.

c) La existencia de un daño moral por la falta de preparación psicológica para el nacimiento del niño enfermo o discapacitado.

d) La existencia de un daño moral y un daño patrimonial de rebote derivado de la condición enferma del niño discapacitado.

La primera de ellas, la privación de la facultad de abortar, parece ser la que más aceptación despierta entre la doctrina, y en la jurisprudencia del TS tanto de la Sala Civil como de la Contencioso-administrativa, como veremos a continuación. En general, se afirma que la negligencia del médico en el curso del diagnóstico prenatal provoca que los progenitores reciban una información falsa o errónea sobre el estado de su futuro hijo, al que creen sano, lo que les priva de la facultad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Esta privación les ocasionará un daño moral por la propia privación y unos daños patrimoniales derivados de la especial condición de enfermedad o discapacidad del hijo.

Por lo que respecta a los daños de rebote, teoría que también goza de aceptación, resultarían indemnizables a los padres, como perjudicados indirectos, los daños que causa en su esfera psíquica y patrimonial el defecto del niño, que constituye la víctima directa. Esta teoría, además de utilizarse para justificar los daños sufridos por el padre (no exenta de críticas¹⁴) permite reclamar a ambos progenitores los daños morales y patrimoniales extraordinarios derivados de la discapacidad del niño, y, si se admite plenamente, ampliar el número de perjudicados, si bien, sujetos como los her-

de obtener un beneficio o evitar una pérdida. Aquí sin embargo, no hay realmente una pérdida de oportunidad porque falta la aleatoriedad del resultado favorable esperado ya que la decisión de abortar o no depende de la madre, no del azar. Arcos Vieira, M^a Luisa “*Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*” Cuadernos de Aranzadi Civil, n^o 27, Aranzadi, Pamplona 2007 página 63; en el mismo sentido, Macía Morillo “*La responsabilidad médica por los diagnósticos...*”, cit. página 368.

¹⁴ Macía Morillo sostiene que la apreciación de los daños de rebote se restringe a los casos de daños derivados de muerte o lesiones graves en la víctima inicial, que aquí sería la madre y no el hijo, por lo que no encajaría en el presupuesto de esta teoría al no existir la lesión necesaria en la víctima inicial. “*La responsabilidad médica por los diagnósticos...*” cit. páginas 360-363

manos o los abuelos tendrán que acreditar un daño moral.¹⁵

Vamos a ver la línea que ha seguido el TS y cómo se ha sido definiendo el elemento del daño tanto por la Sala Civil como por la Sala Contencioso-administrativa, para después analizar por separado las consecuencias morales y las consecuencias patrimoniales de estas negligencias en el diagnóstico prenatal.

III.1.- El tratamiento del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las acciones de *wrongful birth*.

Algunos autores han discrepado sobre si puede hablarse o no de la existencia de una línea jurisprudencial en la Sala de lo Civil acerca de las acciones de *wrongful birth*. Macía Morillo¹⁶ ha sostenido que no existe dicha jurisprudencia en las cinco primeras Sentencias de la Sala Primera pues la ratio decidendi de cada caso ha sido diferente, existiendo contradicciones entre las sentencias, como en el tratamiento que se le da a la voluntad manifestada por la mujer respecto del aborto.

En cambio, De Ángel Yagüez afirma¹⁷, haciendo un esfuerzo por conciliar las cuatro primeras sentencias de la Sala Primera, que existe un hilo conductor que lleva al TS a condenar en los supuestos en los que:

- Se acredite la culpa del médico.
- No se demuestre que la madre no habría interrumpido su embarazo a pesar de conocer las enfermedades del feto.

A estas alturas, cuando ya se han dictado veintidós sentencias, doce correspondientes a la Sala de lo Civil y nueve a la de lo Contencioso-administrativo¹⁸, parece que sí podemos hablar por lo menos de tendencias a la hora de fijar el daño y

¹⁵ Macía Morillo, Andrea “*La responsabilidad médica por los diagnósticos...*” cit. páginas 383-390. Sin embargo, los problemas se trasladan al campo de la imputación objetiva

¹⁶ Macía Morillo Andrea, “*La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*”, Revista de la Universidad del Norte, n^o 27 Barranquilla, 2007. Página 33

¹⁷ “*Ante la cuarta sentencia...*” cit. páginas 202-207.

¹⁸ Al final de este trabajo se encuentra una tabla con las Sentencias de la Sala Civil y Contencioso-Administrativa, ordenadas cronológicamente.

las consecuencias indemnizables del mismo, en ambas Salas, con conclusiones diferentes además en la Sala de lo Civil y en la de lo Contencioso-administrativo.

III-1.a.- El tratamiento del daño en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

Las Sentencias dictadas por la Sala de lo Civil en casos de wrongful birth han dado lugar a muchos comentarios doctrinales, sobre todo las primeras. No es objeto de este trabajo el análisis de dichas sentencias en general, sino que vamos a centrarnos en el elemento del daño. Sin embargo, sí apuntaremos brevemente que en la actualidad, cuando el número de sentencias ha crecido notablemente, para que se produzca una condena debe existir una negligencia del médico, como apuntaba De Ángel Yagüez, materializada en los supuestos habituales que hemos señalado al tratar los requisitos generales de estas acciones: no información sobre la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico, errores en el diagnóstico o interpretación de los resultados, y falta de comunicación de los resultados dentro del plazo hábil para el aborto eugenésico.

No obstante, la fijación de cuál es la *lex artis* exigible para considerar una conducta como diligente no es una cuestión pacífica, especialmente cuando la negligencia consiste en la no información sobre la conveniencia de realizar pruebas diagnósticas, esto es, cuando existe una omisión de información. Así, fueron absueltos los profesionales sanitarios en los supuestos enjuiciados en las Sentencias de 19 de junio de 2007 y 17 de noviembre de 2008, afirmándose que el deber de información sobre la práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de malformaciones con el fin de permitir el efectivo derecho a abortar, únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar la existencia de un riesgo de anomalía del feto, pero no en embarazos normales¹⁹. Sin embargo, en el supuesto re-

suelto por la Sentencia de 6 de junio de 2007, en el que se trataba de un embarazo normal, sin circunstancias de riesgo²⁰, el TS llegó a la conclusión contraria, condenando a los profesionales sanitarios por no haber informado a la gestante de la posibilidad de realizar un triple screening análisis de sangre que no detecta por sí la existencia de cromosomopatías, pero sí puede detectar la existencia de sustancias que estadísticamente aconsejen la realización de otras pruebas más fiables como una amniocentesis. En esta Sentencia afirmó el TS que la información constituye un elemento esencial de la *lex artis*, que en el caso del diagnóstico prenatal “*se traduce en la obligación que tienen los profesionales de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo (...) entre otras la de someterse a las pruebas (triple screening) a partir de las cuales se habría obtenido el índice que protocolariamente habría exigido la exploración posterior (amniocentesis o biopsia coral y que otorgan un diagnóstico más cierto y seguro sobre la existencia de este tipo de cromosomopatías*”²¹.

Los pronunciamientos, que además son muy próximos en el tiempo, son, a mi juicio, contradictorios, partiendo de que en los tres casos se trata de embarazos sin riesgo, en los que no se informó a la gestante de la posibilidad de hacer pruebas diagnósticas. La falta de un criterio común, desde luego, no es deseable. Además, si se sostiene que en los embarazos normales no existe el deber de informar sobre la posible realización de pruebas, como afirman las primeras sentencias citadas, aunque se trate simplemente de un análisis de sangre como el triple screening, corremos el riesgo de trasladar la discusión a la clasificación de los em-

que resultó normal, a pesar de la presencia de anticuerpos positivos de cardiolipina que precisaron tratamiento, pero que nada tienen que ver con las malformaciones que precisó al nacer.

²⁰ Según los hechos probados, madre de 31 años sin circunstancias de riesgo, que dio a luz a un hijo con síndrome de down.

²¹ Luego el TS entendió que el daño indemnizable era el daño moral por la falta de información, excluyendo otros conceptos por el nexo causal inseguro o incierto, por la escasa fiabilidad del triple screening, el que la madre no tuviera factores de riesgo, la inseguridad de someterse a pruebas posteriores, etc. que impiden asociar a la falta de información otros daños que no sean los morales

¹⁹ En la primera sentencia, se trataba de una mujer de 29 años, con trastorno depresivo previo e ingesta de fármacos, y con un embarazo previo que había requerido reposo absoluto; en la segunda, se dice que resultó acreditado que el embarazo fue normal, con un seguimiento correcto y ajustado a la *lex artis*, con más ecografías que las protocolarias, y un screening

barazos, de tal forma que la *lex artis* exigible se determine por la clasificación del embarazo como “normal” o “con riesgo” de que el feto presente alteraciones o malformaciones. Ello tiene el inconveniente de que son los propios profesionales sanitarios los que van a determinar el grado de diligencia exigible a ellos mismos en cuanto a información se refiere, pudiendo exonerarse de responsabilidad por la falta de información y consiguiente falta de práctica de pruebas diagnósticas cuando hayan calificado un embarazo como “normal”, calificación que actualmente no consta en ningún sitio. Por otro lado, esta postura jurisprudencial reduce el ámbito de información a las pacientes sobre el desarrollo de su embarazo y restringe el ejercicio de su autonomía en lugar de favorecer la toma de decisiones conscientes respecto a la descendencia futura, por lo que entendemos que no es la solución deseable.

En cuanto a la posición de la madre respecto al aborto, que los autores sitúan en el elemento de la causalidad²², y que parecía que iba a ser uno de los aspectos más conflictivos en este tipo de reclamaciones tras la Sentencia de 7 de junio de 2002 que desestimó la demanda por entender que la madre no hubiera abortado, lo cierto es que en las sentencias posteriores de 18 de diciembre de 2003 y 19 de julio de 2005 no se tuvo en cuenta este elemento. La sentencia de 21 de diciembre de 2005 llegó a afirmar que la relación de causalidad surge con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que para el TS “*constituye un debate estéril y fundado en simples y absurdas especulaciones*”, y lo cierto es que no se ha vuelto a plantear en las sentencias posteriores, por lo que la cuestión parece zanjada.

Entrando ya en el análisis del elemento del daño, podemos decir que en líneas generales, al igual que la doctrina, como veremos, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil considera indemnizable el daño moral más los daños patrimoniales derivados

de la condición discapacitada del niño, efectos de la privación a la madre de la posibilidad de abortar.

En las primeras sentencias que resolvieron este tipo de reclamaciones, la determinación del daño era vaga y se hablaba de “*impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas* (sic)(se trataba de un niño con síndrome de down) *lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada*” (Sentencia de 6 de junio de 1997), o de que las malformaciones que padece la hija afectan a los padres, por los cuidados que deben prestarle, la asistencia médica, medicamentos, adaptación de la vivienda, al margen de la Seguridad Social, al igual que el duro golpe moral para la hija y la atención a sus necesidades (Sentencia de 4 de febrero de 1999). Por ello, en la primera de las Sentencias citadas se reconoce una suma indemnizatoria de 300.000€ y en la segunda de 425.000€ con una previsión que luego comentaremos. La siguiente Sentencia estimatoria, de 18 de diciembre de 2003, habla de las expectativas de que se han visto privados los actores y la repercusión del hecho en sus vidas, además del daño moral, y reconoce una indemnización de 360.060€. Por tanto, se habla del impacto psíquico o de repercusión en la vida de los padres, de expectativas, y se mezclan y valoran conjuntamente el daño moral y los gastos diversos que se derivan de la especial atención que necesita el hijo.

Es la Sentencia de 21 de diciembre de 2005 la primera que va a definir claramente el daño, diferenciando además entre sus consecuencias morales y patrimoniales. Establece el TS: “*El daño, por tanto, resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva. Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial. Aquel derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior nacimiento de un hijo discapacitado (...) Éste, consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación, social, familiar,*

²² Galán Cortés, Julio César, “*Responsabilidad Civil médica*” cit. páginas 302- 303; De Angel Yagüez “*Ante la cuarta sentencia...*” cit. página 201. Estos autores siguen considerando prudente (necesario en el caso de De Ángel) que exista en la demanda la declaración de la madre de que hubiese abortado, aun conscientes de la circunstancia jurídicamente curiosa de que el Tribunal considerará que existe relación causal basándose sólo en una afirmación de la demandante, y efectuada a posteriori.

económica, y de atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos.”

Por tanto, la definición de daño que hace el TS coincide plenamente con la sostenida previamente por algunos autores, como Martín Casals y Solé Feliu²³, de que el daño está constituido por la privación a la madre de la facultad de decidir sobre el aborto, y los efectos de esta lesión a la dignidad y autodeterminación de la mujer, muy estrechamente relacionado con el fundamento de despenalización del aborto eugenésico, concretándose en un daño moral y un daño patrimonial por el coste extra de la discapacidad del niño.

Esta ha sido la línea que ha seguido la Sala Primera desde entonces. Sin embargo, esta línea jurisprudencial se ha quebrado en dos ocasiones en las que únicamente se ha reconocido un daño moral. La primera de ellas fue la Sentencia de 6 de julio de 2007, que hemos citado anteriormente²⁴, en la que sólo se reconoció indemnización por daño moral. Entendió el TS que existía un nexo causal entre la ausencia de información sobre la posibilidad de realizar un triple screening y la lesión a la facultad de autodeterminación de la madre, constitutivo de un daño moral. Sin embargo, el nexo causal entre la falta de información sobre la posibilidad de realizar un triple screening y el nacimiento del niño con síndrome de down, era demasiado débil por la escasa fiabilidad de la prueba, la incertidumbre sobre su resultado y si la madre hubiera optado por realizar más pruebas, etc. por lo que no cabe imputar a los profesionales sanitarios ningún daño más, aparte del daño moral.

En la Sentencia dictada poco después, el 23 de noviembre de 2007, se llegó a la misma conclusión de indemnizar sólo el daño moral, a pesar de que los supuestos de hecho no eran iguales. En este segundo caso se trataba de un embarazo con circunstancias de riesgo, en una mujer de 43 años, a la que no se le informó de las posibilidades de diagnóstico prenatal, no se realizó ninguna prueba y nació un niño con síndrome de down. El TS aprecia que existe una infracción de la *lex artis* por la ausencia de información, y, a pesar de remitirse

²³ Desarrollado en el epígrafe III.2.a).

²⁴ No se le informó a la gestante de la posibilidad de realizar el triple screening, que quizás hubiera aconsejado la realización de otras pruebas, como una amniocentesis o una biopsia.

a la Sentencia de 21 de diciembre de 2005, y de que reconoce que la cuantificación, aunque difícil, puede resultar de la necesaria adaptación de los padres a la nueva situación personal, familiar y económica por un hecho imprevisto, inexplicablemente sólo les reconoce un daño moral, cuantificado en 30.000€ para cada uno de los progenitores, descartando la indemnización por cualquier otro concepto. Incluso, desde el punto de vista indemnizatorio, fijó una cantidad inferior a la determinada en la Sentencia anterior, que había reconocido 90.000€, para ambos padres.

Por último, en la última Sentencia condenatoria dictada hasta la fecha, de 24 de octubre de 2008, el TS ha vuelto a la que era su línea general de indemnizar el daño moral y el patrimonial derivado de la condición de discapacidad del niño, estableciendo que el daño resulta no solo de haber privado a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar, sino de los efectos que dicha privación conlleva, concediendo la indemnización más elevada hasta la fecha, 666.229€.

Podemos concluir, por ello que, salvo esas dos excepciones, la Sala Primera del TS es partidaria de definir el daño como la privación de la facultad de abortar de la madre, lo que ocasiona un daño moral derivado de la lesión a la dignidad y a la facultad de autodeterminación de la mujer, y unos daños patrimoniales extraordinarios derivados de la discapacidad del niño.

III.1.b.- El tratamiento del daño en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Este tipo de acciones por wrongful birth empezaron a plantearse más tarde en la jurisprudencia de la Sala Tercera. La primera Sentencia al respecto es de 4 de noviembre de 2005²⁵, fecha en que la

²⁵ En este primer pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo, reclamaban los progenitores de un niño nacido con síndrome de down porque, una vez realizado el triple screening, el resultado nunca llegó a la Unidad de Diagnóstico Prenatal y por tanto nunca fue comunicado el resultado a la madre, que no pudo plantearse la posibilidad de una segunda prueba o de una amniocentesis. El TS confirma los pronunciamientos de la Audiencia Nacional, que había condenado a la Administración a abonar una indemnización a los padres de 60.000€ por daño moral, el entender que el

Sala Primera ya había dictado sus cinco primeras sentencias. Del análisis de los pronunciamientos dictados hasta la fecha, podemos deducir que existe una línea general en los pronunciamientos de esta Sala, que también coincide sustancialmente con el hilo conductor apuntado por De Ángel Yáñez, señalado al comienzo del epígrafe III, y que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

- Existirá condena a la Administración por anormal funcionamiento del servicio público siempre que se dé en la conducta del médico una negligencia en el diagnóstico prenatal, una infracción de la *lex artis*. Absuelve el TS a la Administración, por ejemplo, en el supuesto enjuiciado en la Sentencia de 21 de enero de 2006, precisamente porque no existe negligencia en los profesionales sanitarios, al entender probado que la recurrente había sido informada y había tenido conocimiento de las alteraciones que presentaba el feto, por lo que si hubiera podido interrumpir su embarazo.
- Se tiene en cuenta la decisión que hubiera adoptado la madre en cuanto al aborto, de haber tenido la oportunidad de acudir a él, pero ha de ser la Administración la que demuestre que la madre no hubiera optado por acudir a la interrupción del embarazo. La sentencia de la Sala Tercera de 30 de junio de 2006, primera que se pronuncia sobre este extremo, así lo estableció²⁶, habiéndose sos-

funcionamiento anormal de la Administración privó a la madre de una información trascendente para optar sobre la posibilidad del aborto eugenésico, afirmando que lo lesionado es una manifestación de la voluntad de autodeterminación de la persona ligada al principio de dignidad.

²⁶ En el fundamento de Derecho Cuarto, argumenta: “En este sentido debe hacerse constar que la teoría de los cursos causales no verificables usada por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, permite al facultativo aducir que no es seguro que de haber sido correcto el diagnóstico la decisión del interesado hubiese sido distinta, si bien en estos supuestos se hace recaer sobre el médico la carga de probar que tal decisión habría sido la misma con un diagnóstico acertado. Esta teoría ha tenido distinta acogida en la jurisprudencia, de manera que mientras fue seguida por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1.997, fue abandonada en las dictadas con fechas de 4 de febrero de 1.999 y 7 de junio de 2.002, en las que no se consideró probado que la madre de conocer las malformaciones del feto, habría abortado.(.)”

Esta Sala y Sección, en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 14 de julio de 2.001 (Rec.Casac.2280/97) y 18

tenido posteriormente en otras sentencias como las de 10 de mayo y 16 de octubre de 2007. Igualmente, se aplicó (entre otros argumentos) por la Sentencia de 5 de diciembre de 2007 para llegar a la solución desestimatoria de la pretensión, al entender que la negativa de la madre a realizar la amniocentesis propuesta por la administración sanitaria era una actitud opuesta al ejercicio de la referida interrupción voluntaria del embarazo²⁷.

Vemos aquí una diferencia con la jurisdicción civil, en la que, con excepción de la Sentencia de 7 de junio de 2002, se afirma que la relación de causalidad entre la negligencia en el diagnóstico prenatal y el daño surge con independencia de la hipotética decisión de la madre respecto al aborto, mientras que en la jurisdicción contencioso-administrativa se opta por la inversión de la carga

de mayo de 2.002 (Rec.Casac. 280/98), ha tenido en cuenta a efectos de fijar el nexo causal entre la actuación del servicio público y el perjuicio sufrido, la conducta del personal médico. Partiendo de la base establecida en estas sentencias resulta evidente que en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre al privarse de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial”.

²⁷ No obstante, la Sentencia es confusa y se remite a la Sentencia de la Sala de lo Civil de 2 de junio de 2002, para afirmar “que es preciso señalar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia (Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 7 de junio de 2002) exigen para la prosperabilidad de la reclamación, como la que aquí se ejercita, la existencia en autos de prueba de la cual pueda inferirse que, de haber conocido la gestante la malformación del feto, hubiera interrumpido voluntariamente el embarazo ya que, caso contrario, no podrá afirmarse la relación directa entre la falta de información médica y el que aquella no hubiese optado por dicha interrupción”, lo cual no es exacto puesto que la jurisprudencia contencioso-administrativa no exige dicha prueba, sino que sea la Administración la que acredite que no se hubiera abortado, que, entiendo, es lo que ocurre en esta sentencia, puesto que, continúa: “prueba tal aquí inexistente; es más, en este supuesto y sin que nada se haya dicho en contra, la administración sanitaria señala (Vid. Folio 20 del expediente) que se le propuso la realización de la prueba de amniocentesis que decidió no hacer, lo que ya de por sí puede considerarse como una actitud opuesta al ejercicio de la referida interrupción voluntaria del embarazo”.

de la prueba de forma que será la Administración quien tenga que demostrar que la gestante no hubiera abortado, en lugar de ser la madre la que acredite que sí lo hubiera hecho. Señalar que en todo caso, la Administración dispondrá generalmente de indicios que puedan llevar al Juez a la convicción de que la madre no hubiese abortado, como pudiera ser una negativa a someterse a una amniocentesis, una vez informada debidamente del riesgo de malformaciones en el feto, o la constancia de un profundo sentimiento religioso en la madre... Entendemos realmente difícil que la Administración pueda acreditar “*de forma indubitada*”, que en el supuesto de conocer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico como exigía la Sentencia citada de 30 de junio de 2006.

En cuanto al daño, se determinó muy claramente desde el primer momento que la privación a la gestante de la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo constituía el daño indemnizable en estas acciones, por la lesión a la facultad de autodeterminación de la persona, expresión del derecho a la dignidad, configurando el daño como un daño moral. Como bien señala la Sentencia de 30 de junio de 2006: “*Esta Sala en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 29 de marzo de 2006 (Rec.Cas.271/2002) y 3 de octubre de 2.000 (Rec.Cas.3905/96) ha dicho que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.*”

Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurren los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abr., FJ 8, “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el

libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 (...)). En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (...).” Así recogida la posibilidad de indemnización de daño moral resulta necesario precisar si concurren los demás requisitos configuradores de la responsabilidad patrimonial...”

En consecuencia, para la Sala Tercera resulta indemnizable el daño moral, a ambos progenitores si reclaman conjuntamente, cuantificado en cantidades que han oscilado entre los 60.000€ y los 150.000€. Esta línea ha sido seguida por las sentencias de 4 de noviembre de 2005, 30 de junio de 2006, y las de 10 de mayo²⁸, 15 de octubre y 5 de diciembre de 2007.

En ningún caso se ha planteado en el recurso de casación la reclamación de otros sujetos, como los hermanos del niño, por lo que la Sala no se ha pronunciado al respecto, pero sí ha negado la legitimación al padre para reclamar en solitario en la Sentencia de 5 de diciembre de 2007, ya que la privación de la facultad de abortar “*es un derecho intransferible de la madre. No consta el consentimiento expreso o tácito de la madre para el ejercicio de la acción*”, lo cual es coherente con la definición de daño que maneja la Sala, y con el hecho

²⁸ No obstante, esta sentencia contiene una afirmación un tanto peculiar, que no se ha reiterado en sentencias posteriores, y es que afirma que “*Si como consecuencia de la afectación del menor asintomático en la fecha de la reclamación, este presentase una evolución que se plasmase en cualquier patología derivada de la adrenoleucodistrofia, tendrá derecho él o sus representantes legales a ser indemnizado por aquella, a cuyo fin podrán ejercitar las acciones que estimen convenientes*”. La madre, portadora de una alteración genética para la adrenoleucodistrofia, acudió al Hospital para que le realizaran las pruebas que determinasen si el feto era portador, remitiéndolo al Instituto de Bioquímica Clínica de Barcelona y éste a un laboratorio holandés. A pesar de que el laboratorio holandés puso en conocimiento del Instituto de Barcelona que el líquido era escaso, y que además eran exigibles dos pruebas en lugar de una, se les indicó a los padres que el feto era un varón normal, lo que no era así ya que al nacer se constató que era portador de la misma anomalía que la madre. El TS reconoció una indemnización de 120.202€ a los padres por daño moral, y con esa afirmación de que en caso de desarrollarse la enfermedad podrá reclamar el propio hijo parece estar imputando a los demandados el resultado, quizás influido por el supuesto de hecho, en el que la madre era consciente de la posibilidad de transmitir la enfermedad a su hijo y pretendió evitarlo.

de que resultó probado que la madre había rechazado la realización de una amniocentesis propuesta por los médicos, que se consideró como conducta contraria al aborto. Este es uno de los aspectos que pueden resultar más discutibles en un futuro, si bien en la doctrina por el momento no se le ha prestado demasiada atención. Volveremos sobre este tema al examinar el daño moral.

A pesar de que la línea general en la Jurisdicción Contencioso-administrativa es reconocer sólo el daño moral, en dos ocasiones el TS ha admitido la introducción en la indemnización de otros conceptos económicos.

En la Sentencia de 14 de marzo de 2007, la Sala no entró a valorar la indemnización previamente reconocida por la Audiencia Nacional, con lo que, indirectamente al menos, se aceptó una indemnización por otros conceptos más allá del daño moral. En ese caso, los padres demandantes habían solicitado una indemnización de 927.614,10€ por lesiones permanentes y factores de corrección asociados (perjuicios económicos, lucro cesante, daños morales complementarios, adecuación de vivienda y vehículo, costes de asistencia personal, perjuicios morales familiares), contemplados en el Baremo anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor. El TS, tras exponer su doctrina sobre el daño moral anteriormente citada, evita pronunciarse sobre la concreta indemnización con base en que la fijación del quantum indemnizatorio está reservada a los tribunales de instancia, salvo que se demuestre en casación error, irracionalidad o vulneración de normas legales. Así, queda confirmada la cuantía fijada por la Sentencia de la Audiencia Nacional, en 360.000€, cálculo para el que había tenido en cuenta *“la naturaleza de las malformaciones, las limitaciones que comportan, el dolor de aflicción que para la menor y sus progenitores representan, las necesidades que también comportan, el tratamiento médico y rehabilitador que exigen, el resultado de la prueba practicada sobre el alcance del daño, la situación de la familia y la reparación específica derivada del sistema de la Seguridad Social”* y además la actitud inicial de la madre, que había ocultado la existencia de un aborto previo a la ginecóloga. Por tanto, parece que junto al daño moral se incluyen (sin desglosarlos separadamente) los gastos derivados de las necesidades debidas a las malformaciones

del hijo, y los correspondientes al tratamiento médico y rehabilitador al margen de la Seguridad Social.

Por la misma vía, en la sentencia de 27 de junio de 2007, el TS va a pronunciarse exclusivamente sobre los conceptos indemnizatorios que habían sido reconocidos por la Audiencia Nacional, único motivo casacional admitido, sin entrar por ello a calificar el daño como daño moral o patrimonial. Ahora bien, hace una enumeración y separación de conceptos que merece la pena destacar. La Audiencia Nacional había rechazado tres tipos de conceptos indemnizatorios solicitados por los padres:

- los que no estaban justificados,
- los gastos futuros²⁹,
- y los prestados por la Seguridad Social, concretamente asistencia sanitaria, fisioterapia y parafarmacia, o por la asistencia social (este último extremo no fue recurrido en casación por los padres).

Así, la Audiencia Nacional había excluido de la indemnización los gastos de adecuación de la vivienda y vehículo, que no estaban justificados, porque *“se trataba de un niño muy pequeño, de lo que se deduce la no necesidad de estos gastos cuando se formuló la reclamación”*, decisión que para el TS resulta razonable, confirmándola y añadiendo que *“de ser necesarios en el futuro, ello pueda motivar una reconsideración de la indemnización correspondiente”*.

²⁹ La Audiencia Nacional había hecho dos precisiones respecto al daño: *“a) es claro que la indemnización debe cubrir todos los daños que efectivamente hayan podido causarse al lesionado por el funcionamiento anormal, puesto que debe tratarse de una reparación “integral”, pero los mismos deben estar debidamente acreditados sin que en ningún caso puedan admitirse los meramente hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles, así como los contingentes, dudosos o presumibles, sin que tampoco sea bastante la mera frustración de una expectativa. Es decir, que el detrimento patrimonial debe ser actual, constatable en la realidad y cierto, tal y como ha manifestado el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de octubre de 1.989 ; y b) la indemnización debe, en su caso, resarcir los perjuicios causados por el funcionamiento anormal de la Administración, lo que no puede equipararse, sin más, a la suma que, en función de la expectativa de vida de su hijo podría reconocerse en favor de los reclamantes. Estamos, pues, ante unos perjuicios hipotéticos que, frente a lo que sostienen los actores, no pueden ser objeto de indemnización al no ser efectivos”*.

De la misma forma, la Audiencia Nacional había excluido de la cuantía indemnizatoria los gastos de asistente personal para atender al niño, y sin embargo, el TS entiende que sí debe ser indemnizable dicho concepto *“puesto que y respecto a tal concepto ha de tenerse en cuenta que la indemnización y reparación del daño ha de ser integral y el niño tiene, cuando se resuelve este recurso, ya cumplida una edad suficiente para considerar como razonable la necesidad de asistencia de una persona que le atienda en su desenvolvimiento, y ello no ya en función de una expectativa de vida, sino como un gasto necesariamente producido dada la edad del hijo de los recurrentes”*. En consecuencia eleva la indemnización de 270.456 a 480.000€.

La sentencia 4 de noviembre de 2008, última de las dictadas por la Sala Tercera hasta la fecha, parece haberse decantado ya más claramente por indemnizar además del daño moral, los gastos extraordinarios derivados de la condición discapacitada del hijo, pronunciándose expresamente al respecto y no simplemente por la vía de confirmar la Sentencia de la Audiencia Nacional como en las que acabamos de citar. Para ello la Sala trae a colación la jurisprudencia dictada en los supuesto de embarazos no deseados en los que se reconoce un daño moral por la lesión de la facultad de autodeterminación de la persona y en determinadas circunstancias un daño emergente, que en el caso de nacimientos no deseados lo constituirían los gastos necesarios para la comprobación de la paternidad, y el lucro cesante *“en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades”*. En ningún caso serían indemnizables los gastos ordinarios de la manutención del niño, que los padres están obligados a prestar a los hijos, de forma que no se puede considerar un daño antijurídico. Pues bien, trasladando esta argumentación al caso enjuiciado, en el que la no realización de una amniocentesis privó a la madre de la posibilidad de poner fin al embarazo, afirma el TS que además del daño moral consistente en la privación de la posibilidad de poder interrumpir el embarazo legalmente, es indemnizable *“la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija*

con síndrome de down”, puesto que las circunstancias *“se separan de lo normal implicando una carga económicamente muy superior a la ordinaria”*.

Por ello, si bien la posición de la Sala de lo Contencioso-administrativo ha sido la de indemnizar exclusivamente el daño moral ocasionado por la lesión a la facultad de autodeterminación de la madre causada por la negligencia del profesional sanitario en el diagnóstico prenatal, habrá que ver si se reitera la postura sostenida en esta última sentencia, favorable a indemnizar además los costes extraordinarios derivados de la enfermedad del niño, y se suma así a la postura que sostiene la Sala de lo Civil o si se trata de un pronunciamiento aislado que no va a tener continuidad.

III.2.- La privación de la facultad de abortar. El daño moral.

III.2.a.- Fundamentación.

En estos supuestos de wrongful birth, como ya hemos visto, se fundamenta mayoritariamente el daño en que la negligencia del profesional sanitario en el diagnóstico prenatal priva a la madre de decidir sobre la continuación o no del embarazo, lo que lesiona su facultad de autodeterminación, reflejo del Derecho Fundamental a la dignidad de la persona. El Tribunal Supremo así lo ha expresado, por todas, en la Sentencia de la Sala 3ª de 30 de junio de 2006, ya citada, en la que se remite a la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 53/1985³⁰ de 11 de abril de 1985. El supuesto de despenalización del aborto que nos interesa a efectos de estas acciones es el conocido como aborto *“eugenésico”* o *“embriopático”*, que es el realizado dentro de las 22 primeras semanas de gestación en caso de *“que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas”*.

El Tribunal Constitucional en la citada Sentencia calificó la dignidad como un valor inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida. Al resolver el conflicto que se presenta entre la vida del nasciturus y la dignidad de la

³⁰ Esta Sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del art. 417bis del Código Penal de 1973 efectuada por la Ley Orgánica 9/1985 que despenalizó el aborto en tres supuestos.

madre en este supuesto de despenalización del aborto, optó por dar prevalencia a ésta última para evitar imponer una carga que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. Expresa el TC que *“la afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres y, en especial, la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva”* (F11).

El TS ha hecho suyas estas consideraciones y las ha utilizado para definir el bien lesionado por la negligencia de los profesionales sanitarios en el diagnóstico prenatal.

En esa misma línea, para Martín Casals y Solé Feliú, el fundamento básico de las demandas de *wrongful birth* *“se encuentra directamente relacionado con el interés jurídico que justifica la despenalización del aborto, en particular, del denominado “aborto eugenésico”, regulado en el art. 417.bis.3CP 1973.”*³¹. No obstante, para ellos no es la mera pérdida de la facultad de abortar lo que justifica la indemnización, sino la lesión que con esa pérdida se produce en uno de los intereses jurídicos de la madre, que son la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10CE).

Los daños indemnizables por ello en las acciones de *wrongful birth* son los derivados de la lesión a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la madre, que la interrupción del embarazo habría evitado. Esta es la línea que han seguido ambas Salas del Tribunal Supremo, como hemos comentado.

La reforma de la regulación del aborto anunciada por el Gobierno en principio no afectará a la configuración doctrinal y jurisprudencial de las acciones de *wrongful birth*. Aunque, eso sí, de ser un supuesto de despenalización, la interrupción voluntaria del embarazo pasará a configurarse como un derecho de la mujer, derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la integridad física y moral. El Anteproyecto de

Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, aprobado por el Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2009 mantiene el aborto dentro de las primeras 22 semanas de gestación siempre que exista *“riesgo de graves anomalías en el feto”*³², que coincide con el supuesto de despenalización del art. 417.bis 3 que tenemos en la actualidad.

Sí es una novedad la posibilidad que se contempla en el Anteproyecto de que la mujer pueda solicitar la interrupción voluntaria del embarazo, independientemente del plazo de gestación, de forma excepcional, en dos supuestos: cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida, y cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico³³ y así lo confirme un comité clínico, al que corresponderá en este caso autorizar la interrupción a solicitud de la embarazada. Si estas dos nuevas previsiones salen adelante en la tramitación parlamentaria de la Ley, se ampliarán los supuestos en los que se puede accionar por *wrongful birth*: cuando durante el diagnóstico prenatal no se detecten negligentemente las anomalías fetales incompatibles con la vida³⁴ y cuando no se detecte la enfermedad extremadamente grave e incurable en el feto, que pudo haberse diagnosticado.

Pero dejando de lado los detalles de la nueva regulación y su repercusión en las acciones de *wrongful birth*, para los que tendremos que esperar a la aprobación definitiva, en líneas generales parece que el cambio no va a afectar a estas reclamaciones.

³² Habrá que esperar la tramitación parlamentaria de esta norma para ver si se mantiene esta redacción, ya que el art. 417.bis del CP habla de *“graves taras físicas o psíquicas en el feto”*. Aunque parece que la intención del legislador es la misma, puede que la mención expresa de las anomalías físicas o psíquicas no esté de más, sobre todo atendiendo a la polémica que rodea a la regulación del aborto.

³³ Nótese que delimitar lo que constituye un *“riesgo de graves anomalías”* y lo que constituye *“una enfermedad extremadamente grave e incurable”* puede no estar nada claro, y sin embargo, mientras que las primeras justifican la interrupción del embarazo hasta las 22 semanas, las segundas justifican el aborto en cualquier momento del embarazo, siempre que lo autorice un comité clínico.

³⁴ Si sale adelante, será un supuesto límite ya que si el feto efectivamente presenta una anomalía incompatible con la vida no llegará a nacer o morirá una vez haya nacido, lo cual en principio no obsta para seguir sosteniendo que se privó a la madre de interrumpir voluntariamente su embarazo ocasionándole un daño moral.

³¹ *“Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006”*, cit. páginas 529-530

III.2.b.- La reclamación del padre.

Aceptado que la negligencia en el diagnóstico prenatal priva a la gestante de acudir a la interrupción voluntaria del embarazo y ello lesiona su facultad de autodeterminación, podemos afirmar que se produce un daño moral indemnizable para la madre. Ahora bien, nos preguntamos si este fundamento es válido también para afirmar que existe un daño moral para el padre.

Para Macía Morillo³⁵, aunque enlazar el daño directamente con el derecho a la dignidad del art. 10CE facilita su identificación, esta teoría limitaría la legitimación para reclamar por wrongful birth a la madre, ya que en relación a la interrupción voluntaria del embarazo únicamente son tenidos en cuenta sus intereses, no los del padre, pues su voluntad no se tuvo en cuenta al establecer el supuesto de despenalización del aborto³⁶. En el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo se mantiene que la decisión sobre el aborto es privativa de la madre, sin ninguna intervención del padre.

La Sala 3ª del TS en su Sentencia de 5 de diciembre de 2007 adoptó esta posición y rechazó la legitimación del padre en el único supuesto en el que se ha planteado su reclamación en solitario, declarando no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina. Fundamenta el TS que *“el Tribunal de instancia ha tomado también en consideración la circunstancia de que la facultad de optar por la interrupción del embarazo constituye, en circunstancias normales, un derecho personal e intransferible de la madre, conforme resulta del art. 5 de la Ley General de Sanidad, art. 417 bis CP, y 9 del RD 2409/86 y fundamento decimotercero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, lo que se convierte en obstáculo para la reclamación formulada con carácter exclusivo por el padre con dicho fundamento, que es lo que ocurre en el supuesto considerado por el Tribunal de instancia, sin tener en cuenta, además, que no hay constancia alguna del consentimiento, expreso o tácito de la madre*

³⁵ *“La responsabilidad médica por los diagnósticos...”* cit. páginas 360- 363

³⁶ En el mismo sentido de cuestionar la legitimación del padre para reclamar se expresa Rubio Torrano, Enrique en *“Responsabilidad patrimonial por diagnóstico prenatal”*, Aranzadi civil nº 19/2007, Pamplona 2007.

para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil fundado en la privación de ese derecho personal e intransferible que a ella le corresponde”.

Martín Casals y Solé Feliú³⁷ solventan esta objeción afirmando que los daños son extensibles al padre de rebote o par ricochet, como víctima indirecta de la privación a la mujer de su facultad de abortar. Sin embargo, Macía Morillo³⁸ ha opuesto también que generalmente la apreciación de los daños de rebote se restringe a los casos de daños derivados de la privación de la vida o una lesión grave en la víctima inicial, lo que no encaja en este supuesto, ya que se pretende que el daño para el padre deriva, no del daño sufrido por el hijo que sería el sujeto con una lesión grave, sino del daño para la madre derivado de la privación de la facultad de abortar.

La determinación del daño sufrido por el padre y su correlativa legitimación para reclamar será una de las cuestiones que deberán aclararse para que la configuración jurisprudencial de estas acciones sea coherente y exista seguridad jurídica porque de momento, discusiones doctrinales aparte, lo cierto es que en la Sala de lo Civil no se ha tratado nunca separadamente ni se ha cuestionado la legitimación del padre, reconociendo siempre sin ningún reparo la indemnización a ambos progenitores. También es cierto que nunca se ha planteado la reclamación del padre en solitario, sino que las reclamaciones se han interpuesto siempre conjuntamente por el padre y la madre. De suscitarse la pretensión del padre en exclusiva, habría que ver si la Sala 1ª se decanta por la misma solución adoptada por la Sala de lo Contencioso, a nuestro juicio posición coherente con la definición del daño como privación de la facultad de abortar o si defiende la legitimación del padre para reclamar en solitario, manteniendo ésa u otra definición del daño.

Algunos autores basan la existencia del daño moral en otras cuestiones, lo cual facilita la afirmación de que se produce un daño también para el padre. Así, Galán Cortés³⁹ habla de que se produce un daño moral directo por la falta de preparación

³⁷ *“Comentario a la Sentencia del TS de 7 junio 2002...”* cit. página 1118.

³⁸ *“La responsabilidad médica por los diagnósticos...”* cit. páginas 360- 363

³⁹ *“Responsabilidad civil médica...”* cit. página 309.

psicológica para el nacimiento de un niño discapacitado y por la privación de la facultad de abortar, lo que para Martín y Casals funciona como fundamento subsidiario para las acciones de *wrongful birth*⁴⁰, y un daño moral como dolor o sufrimiento ante la situación desvalida en que se encuentra el hijo. En similares términos se pronuncia Garriga Gorina⁴¹, para quien el daño moral no se debe a la privación de la facultad de abortar, sino al impacto emocional de traer al mundo un hijo con discapacidades, que requerirá de los padres una dedicación más intensa y el sufrimiento que provoca no saber quién lo cuidará en caso de que les sobreviva.

Lo cierto es que algunas de las primeras sentencias de la Sala de lo Civil se expresaban en términos parecidos, y es fácil incluso presumir la existencia tanto en la madre como en el padre de un daño moral, como angustia o preocupación por el nacimiento inesperado de un hijo discapacitado. Sin embargo, estas teorías, se utilicen como fundamento principal o subsidiario para definir el daño, son más vagas y se basan en apreciaciones más subjetivas. El dolor por el nacimiento de un hijo “desvalido”, o la angustia por el futuro de ese hijo, pueden ser sentimientos muy variables de unas familias a otras, y de unos contextos socioculturales a otros y sobre todo aproximan el daño a la existencia del hijo. De forma añadida, implican una visión muy negativa de la discapacidad⁴², contraria a los esfuerzos legislativos y de otros ámbitos que se realizan para integrar social y laboralmente a las personas con discapacidad, lo cual tampoco resulta conveniente.

III.2.c.- La reclamación de otros sujetos.

La siguiente pregunta es la de si cabe ampliar el círculo de sujetos que pueden reclamar un daño moral. Se trataría habitualmente de los hermanos o incluso abuelos del niño nacido con una enferme-

dad o discapacidad que a causa de la negligencia médica no se detectó, o por lo menos no a tiempo de acudir a la interrupción del embarazo.

Nuevamente, si el fundamento del daño es la privación a la madre de la facultad de abortar, tendríamos que negar legitimación para reclamar en solitario a estos otros sujetos como hermanos o abuelos del niño⁴³, como es previsible que hiciera la Sala de lo Contencioso, a la vista de las afirmaciones hechas en la Sentencia citada de 5 de diciembre de 2007 en la que rechazó la legitimación del padre.

Sin embargo, en la vía civil el TS admitió en su Sentencia de 18 de mayo de 2006 una indemnización de 30.000€ por daño moral a la hermana del hijo nacido con síndrome de down. En este supuesto, la reclamación la plantearon los padres en nombre propio y en representación del propio hijo discapacitado y de su otra hija. Martín Casals y Solé Feliu⁴⁴ criticaron este pronunciamiento porque mientras que en el caso del padre entienden que el daño de rebote deriva del daño sufrido por la madre como consecuencia de la lesión a su dignidad y al libre desarrollo, en el caso de los hermanos el daño de rebote se derivaría del nacimiento del niño con síndrome de down. Aducen que sería un contrasentido rechazar la indemnización al propio hijo y admitirla para los hermanos, además de abrir la puerta a que los hermanos reclamen a la madre que decidió no abortar.

En efecto, los hermanos y otros posibles familiares no tienen intereses protegidos en relación al aborto, pero tampoco el padre los tiene, por lo que, al igual que sucede en el caso del padre, habría que buscar el fundamento en otro tipo de daño moral como la falta de preparación psicológica, el sufrimiento por el hijo enfermo, etc. En cualquier caso, el daño moral de estos otros sujetos habrá de acreditarse, lo que parece más difícil que para los progenitores⁴⁵. No obstante, parece claro que el daño se circunscribe al daño moral, porque mientras que en el caso del padre la condición discapacitada del

⁴⁰ “Responsabilidad civil por la privación...” cit. página 6.

⁴¹ Garriga Gorina Margarita, “Negligencia en el diagnóstico prenatal” Indret, 3/2003, Barcelona 2003, página 8.

⁴² El propio TS llegó a decir que “había que tener en cuenta el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas” en relación a un niño con síndrome de down en su primera sentencia de 6 de junio de 1997.

⁴³ Así, Martín Casals y Solé Feliu afirman que los hermanos carecen de intereses propios protegidos en relación con los supuestos de despenalización del aborto. “Comentario a la sentencia de 18 de mayo de 2006” cit. página 535.

⁴⁴ . “Comentario a la sentencia de 18 de mayo de 2006” cit. páginas 535-536.

⁴⁵ Macía Morillo, Andrea “La responsabilidad médica por los diagnósticos...” cit. página 387.

hijo supondrá unos gastos extraordinarios que deberá afrontar junto con la madre, viéndose afectado su patrimonio, en las situaciones habituales, el patrimonio de los hermanos o los abuelos no se verá afectado por los especiales gastos derivados de la situación del hijo.

III.2. d.- Cuantificación del daño moral.

En cuanto a la cuantificación del daño moral, la dificultad para su fijación no es exclusiva de las acciones de wrongful birth. En ocasiones los tribunales acuden a una fijación prudencial⁴⁶ y en otras ocasiones se aplica de forma orientativa el baremo contenido en el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004⁴⁷.

Lo cierto es que tanto en la Jurisdicción Contencioso-administrativa como en la Civil, en los supuestos de wrongful birth en los que se ha apreciado exclusivamente la existencia de un daño moral, las cuantías indemnizatorias han oscilado entre los 60.000€ (Sentencia Sala 1ª de 23 de noviembre de 2007 y Sentencia Sala 3ª de 4 de noviembre de 2005) y los 150.000€ (Sentencia Sala

3ª de 16 de octubre de 2007), aunque no se justifica demasiado la determinación del concreto quantum indemnizatorio y se acude a una fijación ponderada, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en lo actores.

III.3.- El daño patrimonial: los costes extraordinarios derivados de la discapacidad del hijo.

III.3. a.- Determinación.

Como señalábamos al comienzo, en los supuestos de wrongful birth la pareja desea tener un hijo, no se trata de reclamaciones por concepciones no deseadas. Lo que ocurre es que por una negligencia en los profesionales sanitarios no se detectó la presencia de una anomalía o no se informó a tiempo de acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, y el niño nace con una malformación o enfermedad incurable. Digamos que los padres esperaban un hijo sano y el error médico les priva de decidir si desean continuar con un embarazo que desembocará en el nacimiento de un hijo con problemas serios de salud o discapacidad.

El hecho de que sea un hijo deseado, unido a la dificultad de calificar como daño la vida de un hijo, lleva a evitar indemnizar por el nacimiento en sí, o por la vida o la manutención del hijo en general. La Sentencia de la Sala 1ª de 21 de diciembre de 2005, que, como ya indicamos, define claramente el daño por primera vez en estas acciones, descartó expresamente indemnizar los costes que no tengan relación con la discapacidad del niño puesto que estamos “ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad”. Como hemos visto, la Sala de lo Civil del TS es partidaria de indemnizar a los progenitores por estos costes extraordinarios, además de por el daño moral. La doctrina se ha inclinado también por esta opción de indemnizar los gastos extraordinarios derivados de la anomalía o enfermedad del hijo⁴⁸. No así, de momento, la Sala de lo Con-

⁴⁶ La Sentencia de la Sala 1ª de 4 de octubre de 2006, en un supuesto de negligencia en un trasplante capilar efectuado por un centro privado, declaró: “Esta Sala ha venido declarando que la determinación de la cuantía por indemnización por daños morales, como es la que se impugna en el recurso, debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste. En efecto, se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (SSTS 31 de mayo de 1983; 25 junio de 1984; 28 de abril de 2005; 10 de febrero de 2006, entre otras).”

⁴⁷ Es el caso de la Sentencia de la Sala 3ª de 4 de abril de 2000, que acude al baremo de tráfico de forma analógica y orientativa, en concreto a la cuantía prevista “en la tabla II para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean”

⁴⁸ Macía Morillo, “La responsabilidad médica por los diagnósticos...” cit. páginas 398-403; Garriga Gorina, Margarita “Negligencia en el diagnóstico prenatal” cit. página 8; Galán Cortés se refiere a los gastos extraordinarios y al lucro cesante en “Comentario a la Sentencia de 6 de julio de 2007”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 76, 2008, página 289.

tencioso-administrativo. Martín Casals y Solé Feliu lo justifican además en que son estos costes extra los que fundamentan el supuesto de despenalización del aborto⁴⁹, al intentar evitar gravar a la madre con la carga económica excesiva que supone atender al hijo enfermo.

La ventaja de calificar como daño estos costes extraordinarios, es por un lado, que posibilita la indemnización al padre, cuyo patrimonio tiene que hacer frente a estos costes conjuntamente con el de la madre como obligados a prestar alimentos al hijo. Por otro lado, permite una indemnización mayor y proporciona, por lo menos en teoría, una mejor atención de las necesidades del hijo. Mientras que las cuantías indemnizatorias por daño moral oscilan entre los 60.000€ y los 120.202€⁵⁰, en los casos en que se indemniza el daño moral y el daño patrimonial derivado de la condición discapacitada del hijo las cantidades oscilan entre los 300.000€ y los 666.229€⁵¹. Estas diferencias más que notables hacen que, desde el punto de vista de los progenitores, se prefiera obviamente la segunda opción. El desequilibrio entre la situación personal y familiar de los padres, que tienen que hacerse cargo del cuidado de un hijo con necesidades muy especiales, frente a los profesionales y los centros sanitarios, amparados por seguros de responsabilidad civil que les evitan el desembolso económico, animan desde luego a solicitar y fijar indemnizaciones más cuantiosas para los padres.

Sin embargo, convendría apuntar unas reflexiones al respecto. Entendemos acertado y totalmente comprensible el aumento de las indemnizaciones ya que en ocasiones las reconocidas por daño moral son realmente escasas, sobre todo si las comparamos con las fijadas para resarcir otras lesiones corporales que pueden parecer de menor entidad. Ahora bien, si se sostiene que el daño es la lesión que se produce en la facultad de autodeterminación de la mujer, en su dignidad, ¿realmente los gastos extraordinarios derivados de la discapacidad son consecuencia de esta lesión? El nexo causal entre la privación de la facultad de decidir y el daño moral parece claro, pero no así con los

efectos económicos de la discapacidad del niño. Debemos tener presente que las malformaciones del niño no son consecuencia de una actuación médica, que las mismas son incurables y que el hijo hubiera nacido con ellas en cualquier caso. Esta postura nos acerca peligrosamente a la indemnización, no de la vida o las lesiones del hijo directamente, pero sí de alguna manera a las consecuencias económicas de las mismas. Esto nos lleva a otra cuestión: ¿cabe sostener que los padres sufren un daño patrimonial formado por estos gastos extraordinarios y negar que el hijo sufra un ningún daño? Al alcanzar la mayoría de edad si no está incapacitado o prorrogada la patria potestad, será el patrimonio del hijo el que deba hacer frente a sus propios gastos, por lo que no parece muy congruente aceptar que unos concretos gastos sean resarcibles para los padres y que los mismos gastos no lo sean para el hijo.

Reflexiones aparte, la doctrina⁵² coincide en señalar que esta postura jurisprudencial es la correcta y que deben indemnizarse los costes extraordinarios derivados de la discapacidad del hijo a los padres, obligados a prestar alimentos al hijo, aunque distinguiendo en la fijación de la indemnización las diversas partidas del daño, ya que las Sentencias que hemos visto del TS no individualizan los conceptos y fijan una cantidad global comprensiva tanto del daño moral como de los daños patrimoniales extraordinarios.

Y una vez que se separen ambas partidas, ¿cuáles son estos costes extraordinarios que resultan indemnizables? Algunos autores han enunciado qué conceptos estarían incluidos. Salás Darrocha⁵³, en una exhaustiva enumeración, alude a los tratamientos médicos especializados, la necesidad de acudir a centros especializados en estimulación precoz, la rehabilitación, la adaptación del domicilio familiar, el transporte y asistencia a un centro escolar normal o con programa de integración o de educación especial, el salario de la persona que atienda al niño con carácter retribuido, y en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria, tratamientos e intervenciones quirúrgicas necesarias.

⁴⁹ “Comentario a la Sentencia de 6 de junio de 2002...” cit. página 1117

⁵⁰ Sentencias de la Sala 3ª del TS de 4-11-2005 y 10-5-2007, respectivamente.

⁵¹ Sentencias de la Sala 1ª del TS de 6-6-1997 y 24-10-2008, respectivamente.

⁵² Martín Casals y Solé Feliu, “Comentario a la Sentencia de 7 de junio de 2002” Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil nº 60, 2002. Página 1117; Galán Cortés, “Responsabilidad civil médica” cit. página 331.

⁵³ “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción ...” cit. página 2709.

El mayor obstáculo para la apreciación de estos daños patrimoniales extraordinarios es precisamente que se trata de gastos futuros, hipotéticos, inciertos. Como señala Lacruz⁵⁴ la jurisprudencia requiere que el daño sea cierto, es decir, que exista palpablemente el menoscabo, y que pueda valorarse con una razonable seguridad, lo que sucede habitualmente con los daños materiales y ofrece mucha mayor dificultad con el lucro cesante. En cada reclamación concreta por wrongful birth existirán gastos de muy probable realización, y por tanto más fáciles de aceptar, y otros no tanto. Por poner un ejemplo, en el caso de nacimiento de un niño con síndrome de down probablemente no serán necesarias adaptaciones en el hogar, o por lo menos no demasiado importantes, en contraste con el caso de un hijo con malformaciones que puede precisar desde una cama articulada hasta sillas de ruedas, etc... Otra cosa será, además, la cuantificación de dichos gastos, habida cuenta de que son gastos a futuro, con lo que no puede nunca determinarse una cuantía cierta, ni justificarla más allá de meras probabilidades.

El lucro cesante sufrido por los padres (por ejemplo, el abandono de una actividad profesional para dedicarse al cuidado del hijo) también será difícil de acreditar, salvo que se haya producido ya en el momento de la reclamación, y aun así con reticencias porque el padre o la madre podrían volver a trabajar en cualquier momento.

Otro obstáculo importante a mi juicio es que entre los gastos derivados de la especial condición de discapacidad del niño se incluyen gastos que van a ser prestados, abonados o subvencionados por entidades como la Seguridad Social, el Departamento o Consejería de Salud de la Comunidad Autónoma, los Servicios Sociales, autonómicos y municipales, etc... en lugar de ser abonados por los padres. Cabe preguntarse entonces si no se produce un enriquecimiento injusto al ser incluidos en la indemnización por lo menos algunos de los gastos señalados anteriormente⁵⁵, habida cuenta de

que la asistencia sanitaria se prestará por el servicio público de salud correspondiente, se le ofrecerán posibilidades educativas, logopedia, los padres pueden percibir algunas prestaciones de la Seguridad Social, subvenciones para adaptación de la vivienda o el coche, etc... conceptos que son mencionados en algunas Sentencias de la Sala de lo Civil del TS.

La Sala Tercera del TS, en los únicos supuestos en los que ha reconocido un daño patrimonial además del daño moral a los padres, parece ir por esta línea, descartando incluir en la indemnización los servicios de asistencia sanitaria, parafarmacia y fisioterapia, a prestar por la Seguridad Social (Sentencia de 27 de junio de 2007⁵⁶). Descarta asimismo otros gastos por no estar justificados en ese momento, como los de adaptación de vivienda y vehículo, y admite el gasto de una persona que atienda al niño en su desenvolvimiento. Cabe preguntarse si habría que descontar también, al igual que ocurre con las prestaciones de la Seguridad Social, el gasto de asistente personal en el caso de que el hijo sea calificado en situación de dependencia y le sea reconocida una prestación económica derivada de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, o incluso sea atendido en un centro residencial o en un centro de día.

Por tanto, en mi opinión, si atendemos realmente a los gastos justificados, y no a los gastos futuros o hipotéticos, a los gastos que puedan calificarse como probables, y además se intenta evitar la producción de un enriquecimiento injusto, la determinación de los costes derivados de la discapacidad que resultan indemnizables y su cuantificación es verdaderamente difícil⁵⁷. De forma más simple, los gastos extraordinarios derivados de la

que *“nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto.”*

⁵⁶ En la Sentencia de 14 de marzo de 2007 igualmente parece descartar la reparación específica que presta la Seguridad Social.

⁵⁷ Sin entrar a valorar la relación de causalidad entre estos gastos patrimoniales y la negligencia del profesional sanitario, que también plantea problemas.

⁵⁴ Derecho de Obligaciones. Vol. II AAVV Dirige Lacruz Berdejo. Dykinson, Madrid 1999, páginas 479-480.

⁵⁵ En esta línea, la Jurisdicción Social cuando condena al empresario a abonar una indemnización al trabajador por un accidente de trabajo, descuenta de la indemnización lo ya percibido por el trabajador por la Seguridad Social, en concepto de incapacidad temporal y de incapacidad permanente. La reciente Sentencia de la Sala 4ª de 21-1-08 dice claramente

condición de discapacidad del niño podrían ser un criterio para elevar la cuantía indemnizatoria por daño moral, que es lo que parece que pretende el TS en algunos casos al establecer una cantidad global por el daño moral causado a los padres por la privación de la posibilidad de acudir al aborto, y los costes extraordinarios de atender al hijo discapacitado.

III.3.b.- ¿Garantías del destino de la indemnización?

Por último, queremos destacar que esta parte de la indemnización se justifica en los gastos extraordinarios que los padres deberán afrontar en la crianza de su hijo y que, aunque en ocasiones no puedan acreditarse con certeza, va destinada a sufragar gastos concretos. Pero la concesión sin más de una indemnización a los padres, por elevada que sea, no garantiza en absoluto el destino de la indemnización ni la mejor atención a las futuras necesidades sanitarias, educativas o materiales del hijo. La indemnización pasa a engrosar el patrimonio de los padres y no se establece por lo general ningún control.

Algunos autores han entendido en este punto adecuada la fijación de una pensión a favor del hijo, como hizo la Sentencia del TS de la Sala 1ª de 18 de mayo de 2006, que estableció una indemnización de 180.000€ a los padres, 30.000€ a la hermana por daño moral y una pensión vitalicia para el niño de 900€, actualizada anualmente conforme al IPC, a abonar a la persona que ostente la patria potestad o tutela. Martín y Solé⁵⁸ son favorables a este pronunciamiento, aunque entienden que hubiera sido más adecuado establecerla a favor de la persona que se encuentre en cada momento obligada a prestar alimentos, puesto que *“el tutor se encuentra obligado no a prestar sino a procurar los alimentos a la persona sujeta a tutela, lo que supone para él la obligación de reclamar los alimentos al pariente que corresponda”*.

Desde el punto de vista de la justicia material, es perfectamente comprensible la inclinación por fijar una pensión para el hijo. Lo que, en mi opinión, no es tan claro es que una pensión mensual se dirija a reparar exclusivamente los gastos extra-

ordinarios de la enfermedad o discapacidad del hijo. Para ello, teóricamente al menos, habría que calcular los gastos normales de manutención de un niño, frente a los gastos de manutención y cuidado de un niño discapacitado (con la diversidad de situaciones que pueden quedar incluidas), y fijar la pensión en la diferencia entre ambas. No parece que la sentencia citada haya efectuado ninguna operación de este estilo, ya que hace referencia únicamente a la garantía del principio de reparación íntegra del daño, con lo que, además, parece indemnizar por el conjunto de lesiones que padece el niño. No hay que olvidar que las lesiones o la enfermedad del feto eran incurables en cualquier caso y no son imputables a la actuación del médico, sino que lo que se indemniza en estos supuestos es la privación negligente a la madre de la posibilidad de abortar.

Mejores garantías para el hijo, si se quiere, ofrece la previsión de la Sentencia de la Sala 1ª de 4 de febrero de 1999, que estableció que de los 425.000€ que reconoció como indemnización total, los padres podrían disponer de 125.000€, y 300.000€ quedarían en una cuenta hasta que la hija alcanzase los 18 años, salvo que los padres, previa autorización judicial, necesitaran disponer de ellos en interés de su hija. Y es que suscita cierta preocupación el hecho de que las Sentencias reconozcan indemnización a los padres para hacer frente a los gastos extraordinarios del hijo, quedando el dinero a su entera disposición, sin garantías de que redunde en beneficio del niño, lo que podría efectuarse mediante previsiones de este tipo, o mediante la constitución de patrimonios protegidos a favor del hijo discapacitado, que es lo que parece hacer esta Sentencia, anterior a la reforma del Código Civil por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre que introdujo esta figura. Precisamente el objeto de constituir un patrimonio protegido para una persona con discapacidad es establecer mecanismos adecuados para garantizar la afectación de los bienes y derechos que componen ese patrimonio a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares (Exposición de Motivos y art. 1 de la Ley 41/2003). Aunque no está prevista la constitución del patrimonio protegido en virtud de Sentencia, sí que se establece que cualquier persona con interés legítimo pueda solicitar a la persona con discapacidad o a sus padres o tutores si ésta no tiene capacidad de obrar suficiente, que se constituya un patrimonio protegido y, en caso de negativa de los

⁵⁸ “Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006”, cit. página 534

padres o tutores, que el Ministerio Fiscal inste su constitución ante el juez. Por tanto, aunque no encaja exactamente en ninguna de las formas de constitución del art. 3 de la Ley 41/2003, la creación de un patrimonio protegido sería una garantía más que conveniente para la indemnización de los costes extraordinarios derivados de la discapacidad. La gestión de este patrimonio la realiza un administrador, con la supervisión del Ministerio Fiscal, con lo que se pretende garantizar que los bienes, derechos, frutos o rentas del patrimonio protegido se destinen a satisfacer las necesidades vitales de su beneficiario, exigiéndose autorización judicial para los mismos supuestos que se le exigen al tutor respecto al patrimonio de su tutelado.

Al hilo de lo anterior, cabría preguntarse la conveniencia de la intervención en los procedimientos por wrongful birth del Ministerio Fiscal, en defensa de los intereses del menor, a pesar de que no está expresamente prevista esta intervención salvo en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (art. 749 Ley Enjuiciamiento Civil).

A modo de resumen, respecto al daño patrimonial hemos de decir, con la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria de la Sala de lo Civil del TS, que, además del daño moral por la privación a los padres de la posibilidad de decidir sobre el aborto por la actuación negligente del médico, habrán de indemnizarse los gastos extraordinarios derivados de la condición de discapacitado del niño. No obstante, la determinación de qué gastos son indemnizables, y en qué cuantías, resulta difícil, y la jurisprudencia no los ha definido, estableciendo en la mayor parte de los casos indemnizaciones globales comprensivas del daño moral y del patrimonial.

IV.- EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL LIFE.

En las acciones de wrongful life, los presupuestos son los mismos que los exigidos para las acciones de wrongful birth, solo que en este caso la reclamación se plantea por el hijo nacido discapacitado o por sus padres actuando en su nombre y representación. La negligencia de los profesionales sanitarios en el curso del diagnóstico prenatal, por acción u omisión, privó a la madre de decidir acerca del aborto cuando éste era posible y el niño nació con graves problemas o discapacidades.

Como hemos adelantado en la introducción, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia españolas rechazan la admisibilidad de las acciones de wrongful life en nuestro ordenamiento. Desde la perspectiva del hijo, se acentúan las dificultades para la determinación del daño que ya existían cuando la acción la ejercitan los padres puesto que la alternativa a nacer con una discapacidad era no haber nacido. Además, aunque nos centráramos en la vida discapacitada y no en el nacimiento, no hay que olvidar que la enfermedad no podía ser evitada ni tratada, por lo que parece ineludible relacionar el daño con la propia vida del hijo.

Aplicar en este caso la teoría de la separación y encontrar un fundamento separado de la vida que ampare estas reclamaciones parece complicado en opinión de algunos autores⁵⁹, a diferencia de las acciones planteadas por los padres, en las que el daño se sitúa en la lesión de la facultad de autodeterminación de la gestante.

Con todo, en este supuesto estamos ante una verdadera pérdida de oportunidades para el hijo⁶⁰, pues su nacimiento dependía, no del azar, pero sí de la decisión de un tercero, su madre, que le es ajena y como tal supone un elemento aleatorio. Sin embargo, ello no supone la admisión de la indemnización a favor del hijo, ya que el beneficio esperado o la pérdida que se pretendía evitar era nacer, la vida del propio demandante, con lo que volvemos al obstáculo inicial.

El fundamento que posibilitaba la afirmación de un daño para la gestante, como hemos visto, se situaba en la facultad de autodeterminación de la mujer, que se veía lesionada por la mala praxis médica, al privarle de la oportunidad de acudir al aborto embriopático. Sin embargo, la mayoría de los autores coinciden en que cuando el legislador español introdujo este supuesto de despenalización

⁵⁹ Galán Cortés "*Responsabilidad civil médica*" cit. página 310. Macía Morillo examina diversas teorías que intentan alejar el daño del nacimiento del hijo, como afirmar que lo lesionado es la facultad de abortar de la gestante o la privación a los progenitores de decidir sobre la descendencia futura, una eventual lesión del derecho a no nacer o la privación al hijo de un hipotético derecho a la información, todas ellas con muchos obstáculos y objeciones. "*La responsabilidad médica por...*" cit. páginas 403-438.

⁶⁰ Martín Casals y Solé Feliú, "*Comentario a la Sentencia del TS de 7 de junio de 2002...*" cit. página 1120.

de la interrupción voluntaria del embarazo no lo hizo para proteger los intereses del futuro ser. Martín Casals y Solé Feliú⁶¹ afirman que la despenalización del aborto bajo ciertas circunstancias no intenta proteger los intereses del nasciturus, sino exclusivamente los de la madre y por extensión los del padre, por lo que no se produce ninguna lesión a los intereses del feto cuando se priva a la madre de su facultad de decidir sobre el aborto, que justifique la imputación de un daño al profesional sanitario.

Además, sostienen estos mismos autores que “*el derecho a la vida contemplado en el art. 15CE no plantea ningún conflicto entre el derecho a la vida del feto y un supuesto “derecho a no nacer con graves anomalías”*. Esta conclusión sólo sería posible si se admitiese que la no-vida es preferible a la vida enferma o con malformaciones, con la consiguiente valoración negativa de la vida de las personas con discapacidades”. Galán Cortés⁶², en la misma línea argumentativa, añade que aunque se considerase que el niño no reclama por vivir, sino por vivir discapacitado, de manera que el daño es la vida en tan lamentable situación, resultaría muy difícil calificar como daño dicho estado, porque sería tan personalísimo que sólo el interesado podría evaluarlo siendo necesaria una “matización externa” por razones de seguridad jurídica. Además, si se admitiera este derecho a no nacer discapacitado, el hijo podría interponer una eventual demanda contra la madre que voluntariamente optó por continuar con el embarazo, aun siendo consciente de las malformaciones que iba a presentar su hijo al nacer. Por lo tanto para estos autores no existe un daño, al no poder calificarse como tal la propia vida del niño y no encontrar estas acciones ningún otro fundamento.

Macía Morillo⁶³, en cambio, ha sostenido que el obstáculo de calificar la vida como daño puede superarse. Para ello entiende que ha de partirse de que la vida es un bien supremo del ordenamiento jurídico, pero no se trata de un bien absoluto, sino que admite excepciones (la legítima defensa, el aborto, el suicidio, la pena de muerte...). La relati-

vización del bien vida hace posible aceptar que en casos excepcionales, la vida puede ser considerada un daño. “*En concreto, el hecho de que tal reclamación no pretende la destrucción o finalización de la vida, sino únicamente una indemnización por el hecho de su comienzo –no un ataque, pues, a la vida, sino a su idea como valor supremo– permite, como mínimo, dudar del rechazo inicialmente categórico de este daño, pues éste parece estar más bien influido por consideraciones éticas o morales (que, por principio, excluyen a radice toda posibilidad de erosionar el bien vida)*”⁶⁴. Para esta autora, pues, aunque no exento de críticas y dudas, puede afirmarse la existencia de un daño en las acciones de *wrongful life*. No obstante, los problemas se trasladan al elemento del nexo causal puesto que los daños no le son imputables al profesional sanitario.

Por su parte, Salás Darrocha⁶⁵ ha planteado que si se relativiza el bien vida, puede considerarse que los perjuicios no están en el hecho del nacimiento, ni en el daño moral, ni en el propio hecho de la discapacidad, pero sí pueden considerarse como daños los gastos patrimoniales derivados, especialmente el sobrecoste de esa vida y a modo de lucro cesante los derivados de una eventual incapacidad laboral, evitando que se produzca, eso sí, una duplicidad en la reclamación de estos gastos con los padres. Martín y Solé reiteran que al médico sólo puede imputársele objetivamente el no haber permitido que la madre abortase, y por consiguiente, no haber impedido que su hijo con discapacidad llegase a nacer, por lo que el problema vuelve a situarse entre el “*falso conflicto entre nacer con la anomalía y un inexistente derecho del nasciturus a no nacer*”⁶⁶.

Sin obviar las anteriores consideraciones, en realidad tampoco parece muy congruente admitir que estos sobrecostes sean indemnizables para los padres pero no para el hijo, si atendemos a que si no se prorroga la patria potestad, ni el hijo es incapacitado, los gastos recaerán sobre el patrimonio de éste. Los problemas en el nexo causal son los mismos en ambos casos. La única diferencia es

⁶¹ “Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006...”, cit. página 541 y sig.

⁶² “La responsabilidad civil...” cit. página 302

⁶³ “La responsabilidad médica por los diagnósticos...” cit. página 439 y sig.

⁶⁴ “La responsabilidad médica por los diagnósticos...” cit. página 581.

⁶⁵ “Las acciones de *wrongful birth*...” cit. página 2670

⁶⁶ “Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006...” cit. página 542.

que en el caso de los padres, uno de los fundamentos para amparar la despenalización del aborto que esgrimió el TC en su Sentencia nº 53/1985 era evitar a la mujer entre otras cosas la carga que supone el sobrecoste de criar un hijo con discapacidad a la vista de los escasos apoyos públicos existentes, enlazando así con el fundamento de las acciones de wrongful birth. Pero cabe plantearse, además del problema en el nexo causal, si con la reforma de la Ley del Aborto y su configuración como un verdadero derecho derivado de la dignidad del art. 10CE y no como un supuesto de despenalización, este argumento seguirá siendo válido. También si habrá perdido vigencia en el momento actual en el que el Estado social intenta reforzar la atención a las personas con discapacidad, la promoción de su autonomía personal y su integración en el ámbito laboral, educativo, social y cultural, que nos haría plantearnos si subsiste (al menos en la teoría) esa escasez de apoyos por parte de los poderes públicos a la que aludía el TC en 1985.

En la jurisprudencia, el TS sólo ha resuelto reclamaciones en nombre de los hijos en la vía Civil, y siempre junto a la reclamación de los padres, tras plantear éstos las demandas en nombre propio y también en representación del hijo menor. Es el caso de la Sentencia de 18 de diciembre de 2003, en la que sin embargo el daño del niño pasó inadvertido y el TS no lo tuvo en cuenta en el fallo. Por su parte en la Sentencia de 18 de mayo de 2006 el TS confirmó el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona que había reconocido una pensión vitalicia a favor del hijo, pero aquí el TS no entró a revisar el daño en casación porque no se planteó por la vía adecuada, por lo que tampoco se pronuncia respecto al daño del hijo.

Sin embargo, en las Sentencias posteriores de 6 de julio y 23 de noviembre de 2007 el TS sí se pronunció expresamente, para descartar la indemnización a favor del hijo recurriendo a la jurisprudencia ya elaborada previamente en los casos de concepciones no deseadas y trasladando aquí la afirmación de que *“Debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la Sentencia de 5 de junio de 1998⁶⁷, que no debe admitirse que este*

tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo”, basándose en que la vida humana es un bien precioso protegido por el ordenamiento jurídico.

En la Sala de lo Contencioso-administrativo, aunque no se ha planteado ningún supuesto de reclamación del hijo, o de los padres en nombre y representación del hijo, es previsible su rechazo, a la vista de la postura que sostiene sobre el daño como privación a la madre de la facultad de decidir sobre el aborto, que le ha llevado a rechazar la legitimación del padre para reclamar en solitario por ser un derecho intransferible de la madre⁶⁸.

Así pues, parece que, por lo menos en la actualidad, y a pesar de algunos intentos de relativizar el bien “vida” o de proponer la indemnización de los costes extraordinarios derivados de la discapacidad, hemos de afirmar que ni doctrinal ni jurisprudencialmente se admite la reclamación por parte del hijo a los profesionales sanitarios por los fallos en el diagnóstico prenatal que impidieron a la madre optar por la interrupción voluntaria del embarazo. Algunos autores⁶⁹ entienden que la solución

suponer el médico que no quedaban restos del ovario izquierdo, intervenido previamente, lo que no era así, quedando la mujer embarazada de gemelas. Establece el TS respecto al daño: *“La sentencia de primera instancia incluye entre los conceptos indemnizables el daño moral a la actora, producido, dice, por los embarazos no deseados. No puede esta Sala compartir tal punto de vista, porque la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores, ni siquiera cuando, como ocurre en el presente caso, los nacidos carecen de tara o enfermedad que pudiera servir de excusa para sostener lo contrario de lo anteriormente afirmado. Otra cosa es que el patrimonio de los progenitores tenga que afrontar mayores gastos o dejar de obtener ingresos por la suspensión o abandono del trabajo ante la contingencia inesperada del embarazo y parto, y en este sentido es admisible una compensación económica, que se fija aquí, por las circunstancias que denotan la poca prueba practicada, en ocho millones”*

⁶⁸ Aún así, la Sentencia de 10 de mayo de 2007 contiene una afirmación un tanto inquietante, que ya hemos señalado anteriormente, al afirmar que *“si como consecuencia de la afectación del menor asintomático en la fecha de la reclamación, éste presentase una evolución que se plasmase en cualquier patología derivada de la adrenoleucodistrofia, tendrá derecho él o sus representantes legales a ser indemnizado por aquella, a cuyo fin podrán ejercitar las acciones que estimen convenientes”*.

⁶⁹ Martín Casals/ Solé Feliú *“Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006...”* cit. Página 542; también Macía Morillo *“La responsabilidad médica...”* cit. página 583.

⁶⁷ Se trata de un supuesto de una madre que se sometió a una ligadura de trompas, practicándose sólo de la derecha, al

de estos casos no pasa por el instituto de la responsabilidad civil sino que ha de remitirse al Estado social, que ha de hacerse cargo de la atención a las necesidades de las personas con discapacidad, solución adoptada en Francia⁷⁰ para las reclamaciones por wrongful life, lo que además tiene la ventaja de equiparar la atención que pueden recibir todos los niños discapacitados, independientemente de que sus madres hubieran decidido voluntariamente continuar con el embarazo, o se hubieran visto privadas de dicha oportunidad de decidir.

V.- CONCLUSIONES.

Conocemos como acciones de wrongful birth y wrongful life los casos en los que la negligencia de un profesional sanitario en el curso del control de la gestación priva a los padres de decidir con una información correcta sobre la interrupción o no del embarazo, pues por la negligencia de los profesionales no tienen la oportunidad de conocer que el hijo nacerá con malformaciones o enfermedades graves e incurables, mientras aún están a tiempo de interrumpir legalmente el embarazo. Así, o no se les informa de la posibilidad de realizar pruebas de diagnóstico prenatal, o se les informa erróneamente sobre el resultado de dichas pruebas, o se les traslada el resultado extemporáneamente cuando ya no tienen posibilidad de acudir al aborto.

Como en cualquier otro supuesto de responsabilidad civil en general y de responsabilidad sanitaria en particular, deben reunirse los requisitos generales de la responsabilidad civil. Los elementos más problemáticos son la determinación del daño, por la dificultad de calificar el nacimiento de un niño como un daño para sus padres y para el propio hijo, y la relación de causalidad, ya que las lesiones no son imputables al médico, sino que el niño hubiera nacido con ellas de todas maneras, por tratarse de enfermedades o lesiones incurables o inevitables.

Centrándonos en el elemento del daño, para evitar las objeciones que conlleva calificar como tal la propia vida del hijo, tanto éticas y morales como jurídicas, se intenta fijar el daño en otros eventos o elementos más alejados del propio nacimiento o de la vida del niño.

Así, en las acciones de wrongful birth, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del TS sostienen que la negligencia del médico o profesional sanitario priva a la gestante de la posibilidad de decidir sobre el aborto, al que podría acudir legalmente puesto que concurren los requisitos del supuesto de despenalización del art. 147bis.3 CP. Esta privación lesiona el derecho a la dignidad y la facultad de autodeterminación de la madre, al privarle de la posibilidad de decidir sobre su descendencia futura, lo que tendrá un efecto indudable sobre todos los ámbitos de su vida, por el nacimiento de un niño gravemente enfermo o discapacitado, y ampara por ello la reclamación de la madre.

A partir de aquí, se ha admitido que las consecuencias de esta privación están constituidas por un daño moral, admitiéndose generalmente que se produce en ambos progenitores, y un daño patrimonial, los extraordinarios gastos derivados de la discapacidad del niño, que el supuesto de despenalización del aborto pretende evitar a los padres. Así lo ha entendido la Sala de lo Civil del TS, definiendo claramente el daño desde su Sentencia de 21 de diciembre de 2005 tras unas primeras Sentencias en las que el daño se definía de forma vaga e imprecisa.

Sin embargo, entendemos que esta solución no está exenta de problemas sobre los que será necesaria una profunda reflexión. La propia Sala de lo Contencioso-administrativo del TS no ha compartido esta determinación de los efectos que produce la lesión a la facultad de autodeterminación y por lo menos hasta el momento ha entendido indemnizable exclusivamente el daño moral sufrido por los padres, al privárseles de su facultad de decidir sobre acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, no incluyendo en la indemnización los gastos patrimoniales extraordinarios. No obstante, en su última Sentencia de 4 de noviembre de 2008, esta Sala se ha apartado del que era su criterio general y se ha unido al sostenido por la Sala de lo Civil, admitiendo que son indemnizables los gastos patrimoniales extraordinarios al implicar una carga muy superior a la ordinaria, que permite calificarlos como daño.

Esta divergencia entre las diferentes Salas del Alto Tribunal nos lleva a plantearnos si realmente los gastos extraordinarios son indemnizables, y si los mismos son consecuencia de la privación de la

⁷⁰ Ver nota al pie nº 4.

facultad de acudir al aborto, es decir, si existe un nexo causal entre esta lesión y los gastos citados, imputable al médico, aunque frente a esto se opone que uno de los fundamentos que esgrimió el TC en su Sentencia nº 53/1985 para afirmar la prevalencia de los intereses de la mujer en el aborto embriopático fue precisamente no gravarla obligatoriamente con la mayor carga que supone criar a un hijo con graves dificultades, habida cuenta el escaso apoyo público.

Otro punto a nuestro entender conflictivo será la determinación del daño del padre y su consiguiente legitimación, ya rechazada por la Sala Tercera en la única ocasión en la que un hombre ha planteado su reclamación en solitario sin el concurso de la madre. Y es que los intereses del padre no son tenidos en cuenta en relación con la despenalización del aborto, por lo que su legitimación no puede basarse en dicha lesión y habrá que buscarla en otros fundamentos, como el daño de rebote o el daño moral por la falta de preparación psicológica para el nacimiento de un niño con problemas, aunque este tipo de teorías encuentran más objeciones en la doctrina.

Entrando a analizar los pronunciamientos jurisprudenciales, uno de los inconvenientes de los que adolecen es que en los casos en que se ha reconocido una indemnización por los daños morales y los patrimoniales, no se han separado ambos conceptos, fijando cuantías globales, y muchas veces determinadas prudencialmente.

La fijación del daño moral siempre resulta difícil, no es un problema exclusivo de estos supuestos, por tratarse de un daño extrapatrimonial, de difícil traducción económica, por lo que es irremediable, a falta de otros criterios objetivos, realizar una ponderación de las circunstancias del caso, o una fijación prudencial, como ha hecho el TS al fijar las indemnizaciones por daño moral en los casos de wrongful birth.

Pero en el supuesto de las acciones de wrongful birth, la determinación de los costes patrimoniales derivados de la discapacidad tampoco está exenta de dificultades. En primer lugar, es necesario definir qué costes son los realmente indemnizables, teniendo en cuenta que los supuestos de hecho no serán equiparables y las necesidades de los niños pueden ser muy diferentes, por lo que no puede establecerse un elenco general sino que

habrá que determinarlo en cada caso concreto. En segundo lugar, se tratará muchas veces de gastos futuros e inciertos, por lo que habrá que acreditar una alta probabilidad de que se realicen, además de enfrentarse a una cuantificación incierta. Y por último, habrá que ver si cabe excluir, como ha establecido la Sala 3ª, aquellos gastos por servicios o asistencias que vayan a ser prestados por la Seguridad Social o los servicios sociales, entre otras entidades, para evitar un enriquecimiento injusto de los padres.

En lo que respecta a las acciones de wrongful life, han sido rechazadas por la doctrina mayoritaria por no poder separar el daño del propio nacimiento o la vida del hijo, al igual que entiende la Sala de lo Civil del TS, a pesar de algunos intentos por fijar un daño al margen de los mismos. De momento, habrá que remitir la atención de estos casos a otros mecanismos diferentes de la responsabilidad civil.

Como conclusión, podemos afirmar que el TS ha admitido las acciones de wrongful birth, configurando como daño indemnizable la privación a la gestante de la posibilidad de acudir a la interrupción voluntaria del embarazo. A partir de ahí, si esta privación produce un daño moral exclusivamente, o un daño moral más un daño patrimonial derivado de la condición de discapacidad del niño, y la determinación y cuantificación de estos conceptos, serán cuestiones que deban ir aclarándose y depurándose en los próximos años, en los que la posible ampliación de los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo por la nueva Ley y el avance de las técnicas de diagnóstico, especialmente de diagnóstico genético preimplantatorio, pueden hacer que aumente el número de demandas a profesionales sanitarios por este tipo de conductas.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, Lacruz Berdejo (director) *Derecho de Obligaciones. Vol. II*. Dykinson, Madrid 1999.
- ARCOS VIEIRA, Mª LUISA, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*. Cuadernos de Aranzadi Civil, Nº 27, Aranzadi, Pamplona 2007.
- DE ANGEL YÁGÜEZ RICARDO, *Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de wrongful birth: ¿Es posible hablar ya de una "jurisprudencia"?*, Revista Derecho Y Genoma Humano nº 22/2005, Bilbao 2005, páginas 179 a 206.

GALAN CORTÉS, JULIO CÉSAR, *Responsabilidad Civil Médica*, Civitas, Pamplona 2007, páginas 297 a 340.

GALAN CORTÉS, JULIO CÉSAR, *Comentario a la Sentencia de 6 de julio de 2007*, Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil nº 76, Pamplona 2008 páginas 279 a 290.

GARRIGA GORINA, MARGARITA, *Negligencia en el diagnóstico prenatal*, Indret, 3/2003, Barcelona 2003.

MACÍA MORILLO, ANDREA, *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Revista de Derecho Universidad del Norte, nº 27, Barranquilla 2007.

MACÍA MORILLO, ANDREA, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2005.

MARTIN CASALS MIQUEL, SOLÉ FELIU JOSEP, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)* Indret, Barcelona 2004.

MARTIN CASALS MIQUEL, SOLÉ FELIU JOSEP, *Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006*, Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil nº 73, Pamplona 2007 páginas 1109 a 1121.

MARTIN CASALS MIQUEL, SOLÉ FELIU JOSEP, *Comentario a la Sentencia del TS de 7 de junio de 2002*, Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil nº 60, Pamplona 2002, páginas 527 a 542.

RUBIO TORRANO, ENRIQUE, *Responsabilidad patrimonial por diagnóstico prenatal*, Aranzadi civil nº 19/2007, Pamplona 2007.

SALÁS DARROCHA, JOSEP TOMÁS, *Las acciones de wrongful birth y wrongful life ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Actualidad Administrativa nº 22, Madrid 2005 páginas 2692 a 2711.

Sentencias de la Sala 3ª de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo:

	Fecha Sentencia	Nº Recurso de casación	Referencia Aranzadi
1	04/11/2005	5377/2001	RJ 2006\1544
2	26/01/2006	5681/2001	RJ 2006\4346
3	30/06/2006	217/2005	RJ 2006\6580
4	14/03/2007	8017/2002	RJ 2007\1750
5	10/05/2007	4779/2003	RJ 2007\3403
6	26/06/2007	4747/2003	_____
7	16/10/2007	9768/2003	RJ 2007\7620
8	05/12/2007	92/2007	RJ 2007\9142
9	04/11/2008	4936/2004	RJ 2008\5860

LISTADO DE SENTENCIAS

Sentencias de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo:

	Fecha Sentencia	Nº Recurso de casación	Referencia Aranzadi
1	06/06/1997	165/1993	RJ 1997\4610
2	04/02/1999	2236/1994	RJ 1999\748
3	07/06/2002	3834/1996	RJ 2002\5216
4	18/12/2003	766/1998	RJ 2003\9302
5	19/07/2005	720/1999	RJ 2005\ 5341
6	21/12/2005	1986/1999	RJ 2005\10149
7	18/05/2006	3337/1999	RJ 2006\4724
8	19/06/2007	2047/2000	RJ 2007\5572
9	06/07/2007	3036/2000	RJ 2007\3658
10	23/11/2007	4469/2000	RJ 2008\24
11	24/10/2008	1894/2003	RJ 2008\5793
12	17/11/2008	1560/2003	RJ 2008\ 6049

Premio Derecho y Salud 2010

La Asociación de Juristas de la Salud convoca el VI Premio Derecho y Salud 2010 para trabajos de estudio e investigación sobre Derecho Sanitario, conforme a las siguientes:

BASES

1. CRITERIOS

Se convoca el **VI Premio Derecho y Salud** destinado a premiar los ESTUDIOS de investigación publicados (o pendientes de publicar, una vez aprobada su publicación por el Consejo Editorial) en los números ordinarios de la Revista Derecho y Salud correspondientes al año 2010, que aborden temas relacionados con el Derecho, la Sanidad y/o la Salud.

2. PARTICIPANTES

Podrán concurrir al **VI Premio Derecho y Salud** tanto personas individuales, como equipos de trabajo constituidos al efecto. No podrán participar los miembros del Consejo Editorial ni de la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud.

3. FORMA

Los investigadores que deseen concurrir al **VI Premio Derecho y Salud**, deberán dirigirse ajs@ajs.es ; dlarios@sescam.org y presidente@ajs.es y enviar sus trabajos por correo electrónico indicando en la remisión la solicitud de publicación además de la intención de participar en el premio.

Los ESTUDIOS (redactados en castellano) con una extensión mínima de 20 páginas y máxima de 80, que serán originales e inéditos, se presentarán escritos a doble espacio en letra "times new roman" tamaño 12.

4. PLAZO.

Los ESTUDIOS se podrán enviar a lo largo del año 2010, teniendo en cuenta que el cierre de la edición de los números ordinarios de la revista corresponderá con el 30 de mayo y el 30 de septiembre. El Consejo Editorial decidirá en todo caso sobre la procedencia de la publicación.

Los ESTUDIOS que se envíen con posterioridad al 30 de septiembre no podrán optar al premio.

5. DOTACIÓN

El **VI Premio Derecho y Salud** estará dotado con 3.000 euros. En caso de que sea declarado desierto, el

jurado podrá proponer diversos accésit hasta la totalidad de la dotación.

6. JURADO

El Jurado estará compuesto por cinco miembros: el Presidente de la Asociación de Juristas de la Salud, que lo será a su vez del Jurado, el Director y el Secretario del Consejo Editorial de la Revista Derecho y Salud, además de dos invitados por la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud, entre personalidades representativas y de reconocido prestigio en la disciplina del Derecho Sanitario. Actuará como Secretario el que lo sea de la Asociación Juristas de la Salud.

El funcionamiento del Jurado, que podrá realizar sus sesiones on-line, se acomodará a las normas contenidas en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El jurado valorará, entre otros aspectos, la calidad científica; la concreción y claridad expositiva; el interés científico, tanto académico como práctico; la originalidad y actualidad del tema.

7. FALLO y ENTREGA DEL PREMIO.

El fallo se dará a conocer antes del 20 de octubre de 2010.

La entrega del premio tendrá lugar durante la celebración del XIX Congreso DERECHO Y SALUD, que organiza la Asociación convocante, los días 20, 21 y 22 de octubre en Logroño (La Rioja)

8. ACEPTACIÓN DE LAS BASES

Los participantes aceptan en su integridad estas Bases así como el fallo del Jurado, renunciando a cualquier reclamación en relación con las mismas.

Santiago de Compostela, DICIEMBRE 2010

NORMAS DE PUBLICACIÓN

ESTUDIOS Y COMUNICACIONES

1. Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos.
2. En el caso de los ESTUDIOS que aborden en profundidad cualquier tema del Derecho Sanitario, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 80 páginas.
3. En el caso de las COMUNICACIONES que realicen una crónica, apunte o conclusión breve respecto a un tema del Derecho Sanitario, la extensión máxima no podrá superar las 15 páginas.
4. Tanto los ESTUDIOS como las COMUNICACIONES deberá remitirse por correo electrónico a la redacción de la revista, indicándose en el mismo texto original y datos del autor/es.
5. En todo caso se utilizará letra tipo “times new roman”, tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados, ni subrayados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
6. La primera página debe incluir, por este orden:
 - a. Título del artículo
 - b. Nombre y apellidos del autor o autores
 - c. Profesión o título académico del autor y/o centro de trabajo.
 - d. Un breve resumen de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave (en español e inglés).
 - e. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
 - f. Fecha de finalización del trabajo
7. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice, siguiendo los siguientes modelos:
 - a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *La relación médico-enfermo*, Alianza Editorial, Madrid 1983, p36 [o pp. 36-39].
 - b. Capítulos de libros: ESER, Albin: “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica” en MIR PUIG, S. (Ed.): *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, 1988, p.12 [o pp. 12 y ss].
 - c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermin: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
 - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las *XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
 - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso. [Con acceso el 4.3.2006].
8. Los manuscritos serán evaluados anónimamente por los miembros del Consejo Editorial de la Revista, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.



Asociación Juristas de la Salud
 http://www.ajs.es
 Avda. Romero Donallo nº 21, 3ªA
 15706 Santiago de Compostela

SOLICITUD DE SUSCRIPCION A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

DATOS SUSCRIPCION

Nombre/Razón Social: _____

Departamento/Servicio: _____

Número de ejemplares: _____

Dirección: _____

Código Postal: _____

Población: _____

Teléfono/s:

--	--	--

Fax: _____

Dirección e-mail: _____

DNI/NIF: _____

FORMA DE PAGO

Transferencia A la cuenta 0182-6022-32-0201538629

Domiciliación Bancaria

Titular de la cuenta: _____

NIF del titular: _____

Entidad Bancaria: _____

Oficina: _____

Dirección oficina: _____

Código Entidad:

--	--	--	--

 (4 dígitos)

Código Sucursal:

--	--	--	--

 (4 dígitos)

Dígitos de Control:

--	--

 (2 dígitos)

Cuenta:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Importe de la suscripción 60 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: Asociación Juristas de la Salud
 Avda. Romero Donallo nº 21, 3ªA
 15706 Santiago de Compostela

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "suscriptores" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Avda. de Romero Donallo, 21, 3º A, de Santiago de Compostela (15706), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a js@ajs.es, indicando "derechos ARCO".



Asociación Juristas de la Salud
http://www.ajs.es
Avda. Romero Donallo nº 21, 3ªA
15706 Santiago de Compostela

SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre: _____
Primer apellido: _____
Segundo apellido: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Teléfono/s:

--	--	--

Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI/NIF: _____

DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Código Sucursal:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Dígitos de Control:

--	--

 (2 dígitos)
Cuenta:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

ENVÍO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: _____
Cargo: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____

Cuota de la Asociación 80 euros anuales

Remitir a: Asociación Juristas de la Salud Avda. Romero Donallo nº 21, 3ªA 15706 Santiago de Compostela

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "socios" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Avda. de Romero Donallo, 21, 3º A, de Santiago de Compostela (15706), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los socios en el marco de las actividades propias de la entidad, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a js@ajs.es, indicando "derechos ARCO".

Galicia

Ven. Siéntela

Lugares que merece la pena descubrir,

momentos únicos que merece la pena vivir.

Galicia, tan tuya, tan cerca.

