



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 21, Extraordinario XIX Congreso

CUESTIONES RECURRENTE EN LA SANIDAD: UNA MIRADA AL FUTURO

PREMIOS DERECHO Y SALUD 2010

- La justificación del intervencionismo administrativo en el sector del medicamento: especial referencia a la autorización sanitaria.
Céline Baes 9
- Aspectos bio-jurídicos de los trastornos de la conducta alimentaria: pasado, presente y futuro.
Elena Martínez-Zaporta Aréchaga;
Rafael Fernández-Delgado Momparler 39

PONENCIAS

- La Directiva 2010/53/UE sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante.
Rosario Marazuela; Rafael Matesanz 79
- La libertad de circulación de los enfermos en la Unión Europea: del turismo sanitario al reintegro de gastos.
Joaquín Huelin Martínez de Velasco 85
- La jurisdicción social ante el reintegro de gastos sanitarios: cuestiones actuales.
Miguel Azagra Solano 97
- Salud alimentaria y nutrición: etiquetado de alimentos y su relación con la salud. La visión de la UE.
Enrique Bel Urgel 113

MESAS DE TRABAJO

- Huelga de hambre y alimentación forzosa.
Juan Manuel Criado Gámez 125
- El contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concierto.
Alfonso Domínguez Simón 141
- La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.
Juan Carlos Grijalba López 153
- Descansos alternativos y permisos retribuidos: evolución jurisprudencial.
Rafael Sáenz Ortiz 167
- Legislación sobre salud sexual y reproductiva: objeción de conciencia y posición legal de los padres.
María Esther Martínez Aguirre 181
- Bases Comunicaciones 2011 203
- Bases VII Premio Derecho y Salud 2011 204
- Normas de publicación. 206
- Solicitud de suscripción. 207
- Solicitud de asociación. 208



DS

XX CONGRESO
DERECHO Y SALUD

•
XX CONGRESO
DRET I SALUT

•
ZUZENBIDEA
ETA OSASUNA
XX KONGRESUA

•
XX CONGRESO
DEREITO E SAÚDE

XX Congreso Derecho y Salud



Murcia



20, 21 y 22
Junio 2011



JS
ASOCIACIÓN
JURISTAS DE LA SALUD

Región  de Murcia

Sostenibilidad del Sistema Sanitario



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 21, Extraordinario XIX 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 CANO
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)
MARÍA MARTÍN AYALA
ASESORAMIENTO Y DESARROLLO NORMATIVO (CASTILLA-LA MANCHA)

Consejo asesor:

RAFAEL MILLÁN CALENTI – (SANTIAGO DE COMPOSTELA)
DAVID LARIOS RISCO (CASTILLA-LA MANCHA)
CARMEN JOSÉ LÓPEZ RODRÍGUEZ (LUGO)
PAULA OLIVETE TRILLO (SANTIAGO DE COMPOSTELA)
JOSÉ M^A BARREIRO DÍAZ (A CORUÑA)
ANA COMESAÑA ALVAREZ (VIGO)
ROBERTO PÉREZ LÓPEZ (A CORUÑA)
JUAN MENÉNDEZ JEANNOT (OVIEDO)
NEKANE IRIARTE AMIGOT (PAMPLONA)
LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES (ALICANTE)
JOSÉ LUIS RUÍZ CIRUELOS (PAMPLONA)
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ (ALBACETE)
NURIA GARRIDO CUENCA (ALBACETE)
MARTA BLÁZQUEZ ESPÓSITO (SEVILLA)

PRODUCCIÓN: ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD
AVENIDA ROMERO DONALLO, 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.

Junta Directiva de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD:

Presidente: Rafael Álvaro Millán Calenti, *Consellería de Sanidade - Xunta de Galicia*; **Vicepresidente:** David Larios Risco, *Servicio de Salud Castilla-La Mancha (SESCAM)*. **Secretaria:** Carmen José López Rodríguez, *Abogada en ejercicio*. **Tesorera:** Paula Oliete Trillo, *Servicio Galego de Saúde*; **Vocales:** José María Barreiro Díaz, *Servicio Galego de Saúde*; Ana Comesaña Álvarez, *Universidad de Vigo*; Roberto Pérez López, *Instituto Nacional de la Seguridad Social*; Juan Menéndez Jeannot, *Servicio de Salud del Principado de Asturias*; Nenake Iriarte Amigot, *Parlamento de Navarra*; Luis Fernando Barrios Flores, *Universidad de Alicante*; José Luis Ruiz Ciruelos, *Servicio Navarro de Empleo*; Josefa Cantero Martínez, *Universidad de Albacete*; Nuria Garrido Cuenca, *Universidad de Albacete*; Marta Blazquez Espósito, *Servicio Andaluz de Salud*.



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 21, Extraordinario XIX Congreso

CUESTIONES RECURRENTE EN LA SANIDAD: UNA MIRADA AL FUTURO

PREMIOS DERECHO Y SALUD 2010

- La justificación del intervencionismo administrativo en el sector del medicamento: especial referencia a la autorización sanitaria.
Céline Baes 9
- Aspectos bio-jurídicos de los trastornos de la conducta alimentaria: pasado, presente y futuro.
Elena Martínez-Zaporta Aréchaga;
Rafael Fernández-Delgado Momparler 39

PONENCIAS

- La Directiva 2010/53/UE sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante.
Rosario Marazuela; Rafael Matesanz 79
- La libertad de circulación de los enfermos en la Unión Europea: del turismo sanitario al reintegro de gastos.
Joaquín Huelin Martínez de Velasco 85
- La jurisdicción social ante el reintegro de gastos sanitarios: cuestiones actuales.
Miguel Azagra Solano 97
- Salud alimentaria y nutrición: etiquetado de alimentos y su relación con la salud. La visión de la UE.
Enrique Bel Urgel 113

MESAS DE TRABAJO

- Huelga de hambre y alimentación forzosa.
Juan Manuel Criado Gámez 125
- El contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concierto.
Alfonso Domínguez Simón 141
- La compañía aseguradora en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.
Juan Carlos Grijalba López 153
- Descansos alternativos y permisos retribuidos: evolución jurisprudencial.
Rafael Sáenz Ortiz 167
- Legislación sobre salud sexual y reproductiva: objeción de conciencia y posición legal de los padres.
María Esther Martínez Aguirre 181
- Bases Comunicaciones 2011 203
- Bases VII Premio Derecho y Salud 2011 204
- Normas de publicación. 206
- Solicitud de suscripción. 207
- Solicitud de asociación. 208

NOTA EDITORIAL

En la revista que tiene entre las manos, se publican las ponencias y comunicaciones correspondientes a las sesiones celebradas en el XIX Congreso Derecho y Salud, celebrado el pasado mes de octubre en Logroño, La Rioja. Con nuestro mas afectuoso agradecimiento a todos los que en él participaron, les hacemos partícipes de sus interesantes trabajos, al tiempo que les invitamos a asistir al ya convocado XX Congreso Derecho y Salud (www.ajs.es), que se celebrará durante los días 20, 21 y 22 de junio en Murcia.

Dejamos constancia de que el Jurado constituido para valorar y conceder el Premio Derecho y Salud, en su V edición, convocado por la Asociación Juristas de la Salud, ha decidido, a la vista de la calidad de los trabajos presentados, y de conformidad con las bases que rigen el mismo, conceder “ex aequo” el premio correspondiente a la convocatoria del año 2010, a los trabajos: *La justificación del intervencionismo administrativo en el sector del medicamento: especial referencia a la autorización sanitaria*, del que es autora doña Céline Baes y *Aspectos bio-jurídicos de los trastornos de la conducta alimentaria: pasado, presente y futuro*, del que son coautores Elena Martínez-Zaporta Aréchaga y Rafael Fernández-Delgado Momparle.

Premios Derecho y Salud 2010

LA JUSTIFICACIÓN DEL INTERVENCIONISMO ADMINISTRATIVO EN EL SECTOR DEL MEDICAMENTO: ESPECIAL REFERENCIA A LA AUTORIZACIÓN SANITARIA.

Céline BAES

Master en Derecho de Salud-Facultad de Aix-en-Provence (FRANCIA)

Licenciada en Derecho - Facultad de Aix-en-Provence (FRANCIA)

Doctoranda en la Facultad de Derecho de Granada

I.- EL ORIGEN DEL INTERVENCIONISMO ADMINISTRATIVO EN EL MUNDO DEL MEDICAMENTO. **1.** La intervención administrativa y el medicamento. 1.1. El Derecho a la protección de la salud pública. 1.2. La prestación farmacéutica o la justificación del intervencionismo administrativo. **2.** El medicamento en situaciones de urgencia o necesidad. Intervención de las autoridades sanitarias en la salud pública. **3.** La Administración pública ante la Sociedad del Riesgo: especial referencia al medicamento. **II.- LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA O LA NECESIDAD DE MANTENER EL INSTRUMENTO DE CONTROL A PRIORI DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN SECTOR DEL MEDICAMENTO.** **1.** La autorización administrativa en el sector del medicamento: la autorización sanitaria. **2.** Un nuevo horizonte contra la Directiva de Servicios de 2006. El medicamento necesitado de un control a posteriori: la Farmacovigilancia. **III.- CONSIDERACIONES FINALES.**

Resumen: Nuestro objetivo reside en saber cómo la Administración justifica su intervención en el sector farmacéutico, y cuáles son sus principales técnicas jurídicas para garantizar la seguridad de los medicamentos.

Palabras claves: Administración sanitaria, medicamento, autorización administrativa, uso racional del medicamento.

Abstract: Our target is to know how the Public Administration justifies its involvement in the pharmaceutical sector and what are its main legal techniques to guarantee the medicines security.

Keywords: *administrative authorisation , Medicines, Rational Use of medicines, Sanitary Administration.*

I.- EL ORIGEN DEL INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVO EN EL MUNDO DEL MEDICAMENTO.

1. La intervención Administrativa y el medicamento.

El medicamento, por motivos de protección de salud de los ciudadanos, necesita una estricta regulación e intervención administrativa para velar por su uso racional. En efecto, A. EZQUERRA HUERVA¹ citando² a Alejandro NIETO³ considera que la razón de ser de una intervención administrativa⁴, estriba principalmente en la posible peligrosidad que incluye la naturaleza y destino del medicamento. Ante esta realidad, la Administración es consciente, para conseguir una óptima seguridad de los ciudadanos en materia de salud, que el medicamento no puede ser considerado, bajo ningún motivo, como una mercancía ordinaria porque existen “medicinas peligrosas cuyo tráfico debe regularse, o que el uso indebido o imprudente de la mayoría puede ser perjudicial”. Por ello, nuestro siguiente objetivo reside en poner de relieve cómo la Administración justifica su intervención en este ámbito, y cuáles son sus principales

¹ EZQUERRA HUERVA, Antonio. El modelo español de ordenación farmacéutica en el contexto comunitario europeo de libertad de establecimiento, *Derecho y Salud*. [online]. 2008, Vol.16, n° Extra. 1, pp. 19-58. Disponible en la URL: <http://www.ajs.es/downloads/vol1603.pdf>

² EZQUERRA HUERVA, Antonio, *op.cit.*, nota en pie 33, p.28.

³ NIETO, Alejandro: “La Ley alemana de Farmacia de 28 de agosto de 1960”, *RAP*, n°35, mayo-agosto de 1961, pp. 361 y ss.

⁴ Así, se puede leer: “No es un azar que durante siglos haya existido y exista en todos los países civilizados una fuerte intervención administrativa sobre farmacias y boticarios. El Estado liberal puede abstenerse de intervenir y controlar el comercio de mercaderías ordinarias; nunca dejará de hacerlo en las farmacias, ya que la salud pública está en juego. El producto farmacéutico es tan importante como la actividad del médico: es su complemento. La existencia del uno sin la otra es inimaginable. Y por lo mismo que el ejercicio de la medicina ha estado y estará siempre estrechamente controlado por la Administración, también ha de estarlo la farmacéutica. No se trata solamente (aunque ya fuera por sí sólo bastante) de que haya medicinas peligrosas, cuyo tráfico debe regularse, o que el uso indebido o imprudente de la mayoría puede ser perjudicial, si no aparece rodeado de las mayores garantías. La realidad es que fuera del mundo de la farmacopea hay numerosas sustancias peligrosas y aun mortales. (...). Lo que caracteriza la especialidad farmacéutica no es la peligrosidad potencial de sus productos, sino el que esta peligrosidad forme parte de su propia naturaleza y destino (...).”

técnicas jurídicas para garantizar la calidad, el acceso y la seguridad de estos productos no inocuos pero muy útiles para la humanidad. A estos efectos, sabiendo que el medicamento es un elemento que integra la salud y el bienestar de las personas, debemos recordar, en primer lugar, qué se entiende por “derecho a la protección de la salud”.

1.1. El derecho a la protección de la salud pública.

Como señala ESCRIBANO COLLADO, antes de la Constitución Española de 1978, el derecho a la salud⁵ se puede definir como aquel derecho individual que se “ostenta frente al Estado a fin de obtener una acción positiva de éste dirigida a la efectiva satisfacción de la salud individual por encima de las posibilidades personales⁶”. De la misma manera, podemos destacar en las siguientes líneas cómo interpreta J. PEMAN GAVIN⁷ el derecho ubicado en el artículo 43.1 CE⁸. En primer

⁵ A nuestro parecer, es más conveniente utilizar los términos “derecho a la protección de salud” que, - como a veces podemos ver en algunas obras doctrinales-, “derecho a la salud”. En efecto, como pone de manifiesto S. DEL REY GUANTER, un derecho a la salud sería un “derecho irrealizable, en tanto que los factores que alteran la salud escapan en gran medida al control humano.” Ver DEL REY GUANTER, Salvador: “El derecho a la protección de la salud: Notas sobre su entramado constitucional”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n°6, 1998, p. 163. Además, a mi juicio, el reconocimiento de un “derecho a la salud” puede implicar que los poderes públicos deban cumplir con unas obligaciones de resultados y no de medios, como es debido.

⁶ ESCRIBANO COLLADO, Pedro: *El derecho a la salud*, Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1976, p. 44.

⁷ PEMAN GAVIN, Juan: *Derecho a la salud y Administración Sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pp. 79-80.

⁸ En Francia, el derecho a la protección de la salud se define como un derecho a prestaciones de salud. De ninguna manera, puede constituir una obligación de resultado, pero sí una obligación para los poderes públicos franceses de actuar e instaurar los medios necesarios para alcanzar un nivel alto de salud. Según

el Preámbulo de la Constitución de 1946, que en el Derecho francés tiene valor constitucional, la “Nación garantiza, a todos, tanto a la madre, como al niño y a los viejos trabajadores, la protección de la salud”. El artículo L. 1110-1 del Código francés de la Salud pública establece « *Le droit fondamental à la protection doit être mis en oeuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à*

lugar, lo considera como un derecho de todo ciudadano a las prestaciones sanitarias del Estado, o a una atención médica organizada y dispensada por los poderes públicos. En segundo lugar, se refiere a este derecho como una posición subjetiva en relación con la actividad desarrollada por los poderes públicos para proteger la salubridad pública. Y por último, según este autor, es un derecho de cada persona a que su propia salud no se vea amenazada ni dañada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado⁹. Ahora bien, debemos hacer hincapié en la relación del precepto de derecho a la protección de la salud con otros mandatos constitucionales para facilitar su comprensión. Por ello, cabe referirnos al artículo 15 CE señalando que: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. En palabras de S. DEL REY GUANTER, es imprescindible subrayar la conexión entre el artículo 43 y 15 CE, en tanto que la consideración de la protección de la salud como derecho, refleja la actuación de los poderes públicos en el ámbito de un derecho fundamental como es la vida y la integridad física¹⁰. Asimismo, el artículo 40.2 CE dispone que “los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo”. El artículo 49 CE proclama que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran (...)”. En esta misma dirección, se destaca el artículo 51.1 CE refiriéndose a los consumidores y usuarios, al proclamar que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y

usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. También se establece una relación entre la protección del medio ambiente y la protección de la salud pública, con el artículo 45.1 CE, a cuyo tenor literal: “Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (...)”.¹¹ Todo ello, sin olvidar mencionar el artículo 41 CE, relativo a la Seguridad Social¹², rezando que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciuda-

¹¹ Es esencial que el lector sepa aquí de la importante conexión existente entre salud y medioambiente. Como había dicho Hipócrates “para profundizar la medicina, debemos tomar en cuenta las temporadas, conocer la calidad de las aguas, los vientos, estudiar los diversos tipos de suelos y la calidad de vida humana”. Lo cierto es que, hoy en día la “salud medioambiental” atrae muchas miradas sobre todo después de la multiplicidad de las catástrofes medioambientales y sanitarias que, por desgracia, han florecido durante estos últimos años. Basta mencionar los siguientes dramas para corroborarlo: *Tchernobyl, Erika, Seveso y Bhopal*. A partir de ahí, tanto a nivel internacional, comunitario como nacional, se ha hecho imprescindible la adopción de medidas para enfrentarse a estos grandes riesgos para la salud pública. Sin entrar más en los detalles, importa citar la Directiva 96/82/CEE relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas (modificada por la Directiva 2003/105/CE, de 16 de diciembre); a nivel internacional, la Declaración de Río organizada por la ONU en 1992 teniendo como principal objetivo el de “responder a las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer la posibilidad de que las generaciones satisfagan las suyas”; el Convenio de Aarhus ratificado por España el 29 de diciembre de 2004 (Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales), el Protocolo de Kyoto (acuerdo internacional de 1997 relativo al cambio climático) así como el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Stockholm Convention in Persistent Organic Pollutants). La información ha sido extraída de la obra de LAUDE, Anne; MATHIEU, Bernard; TABUTEAU, Didier: *Le droit à la santé*, Puf, Paris, 2007, pp. 535-538. Asimismo, pueden consultar RODRIGUEZ MARTINEZ, Carmen: *Salud Pública y Asistencia Sanitaria en la Unión Europea-Una unión más cercana al ciudadano*, Comares, Granada, 2008, pp. 221-228. En referente a cómo Francia gestiona las problemáticas medioambientales, recomiendo: COMTE, François: “Crime contre l’environnement et police en Europe: panorama et pistes d’action”, *Revue Européenne de droit de l’environnement*, n°3, 2005, p. 381 y ss.; NOIVILLE, Christine: “Principe de précaution et gestion des risques en droit de l’environnement et en droit de la santé”, *LPA*, n° 239, noviembre 2000, p. 39 y ss.

¹² En este ámbito, recomiendo el artículo de TORNOS MAS, Joaquín: “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 10, n°1, enero-junio de 2002, pp. 1-13.

la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l’égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible ». Así los poderes públicos franceses comparten, según las disposiciones de dicha posición normativa, las responsabilidades de sus obligaciones de salud pública con los profesionales, establecimientos y redes de salud, y los organismos de seguros de enfermedades. Además, esta disposición legislativa pone de relieve la responsabilidad de los ciudadanos en sus decisiones de salud, lo que se denomina en Francia como “*Democracia sanitaria*”.

⁹ MENENDEZ REXACH, Angel: “El Derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, ejemplar extraordinario, XI Congreso Derecho y Salud, mayo de 2003, p. 17.

¹⁰ DEL REY GUANTER, Salvador, *op.cit.*, p. 163.

danos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”, norma fundamental que garantiza un régimen público de asistencia sanitaria¹³. Sin necesidad de abundar sobre el debate doctrinal existente acerca de la posible consideración del derecho a la protección de la salud como derecho subjetivo o no, sí importa aportar algunas precisiones. Este derecho se encuentra ubicado en la rúbrica “Principios rectores de la política social y económica” de la Carta Magna española, lo que conduce a la intermediación del legislador así como de la intervención administrativa para su concreción. Como apunta E. M. ALVAREZ GONZALEZ, el derecho a la protección de la salud no puede ser considerado como “auténtico derecho subjetivo de naturaleza fundamental¹⁴”, por el mero hecho de que su invocación ante las jurisdicciones ordinarias depende de que la legislación lo haya desarrollado como derecho subjetivo¹⁵. En este sentido, merece la pena poner de manifiesto lo que comentó J. APARICIO TOVAR en este ámbito: “(...) de lo previsto exclusivamente en esta norma no puede deducirse la existencia de ese tal derecho, que nacerá, no a partir del texto constitucional, sino de la legislación infraconstitucional que lo configure. Lo que ocurre es que la expresión elegida implica ya que los mecanismos protectores de la salud que se articulen por aquella legislación tienen necesariamente que conferir un derecho subjetivo a favor de los individuos¹⁶”. Atendiendo a todo lo hasta ahora señalado, la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986¹⁷ ha

permitido la efectividad del derecho a la protección de la salud¹⁸. Su artículo 6 pone de relieve las medidas de promoción, prevención, curación, asistencia y rehabilitación. El artículo 10 establece un abanico de derechos instrumentales como el derecho a la vida, a la dignidad humana o a la intimidad. De forma general, se prevé la financiación pública; la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios; los derechos y deberes definidos para los ciudadanos; la descentralización política de la sanidad en las Comunidades Autónomas; la prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados; y la integración de las diferentes estructuras y servicios públicos de salud en el Sistema Nacional de Salud. En el sector farmacéutico, es preciso mencionar el apartado 14 del artículo citado, donde aparece como derecho de todos los ciudadanos el de obtener medicamentos y productos sanitarios que consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud. Asimismo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud¹⁹ (en adelante LCCSNS) establece acciones de coordinación y cooperación de las administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud garantizando²⁰: la equidad (es decir el acceso a las prestaciones sanitarias, y de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio que posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos); la calidad (que conjugue la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad de éstas, que oriente los esfuerzos del sistema hacia la anticipación de los problemas de salud; calidad que evalúe el beneficio de las actuaciones clínicas incorporando sólo aquello que aporte un valor añadido a la mejora de la salud, e implicando a todos los actores del sistema); y la participación ciudadana, (tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus ex-

¹³ Asimismo, pueden consultar SEMPERE NAVARRO, Antonio, CARRASCOSA BERMEJO, María Dolores: “El reintegro de gastos sanitarios: una visión general”, en Aranzadi (Ed.), *Derecho farmacéutico actual*, 2009, pp. 18-27.

¹⁴ ALVAREZ GONZALEZ, Elsa Marina: *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública- Sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Comares, Granada, 2007, p. 4.

¹⁵ Este “principio rector de la política social y económica” conlleva atender al artículo 53.1 CE a cuyo tenor literal: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.1 a)”.

¹⁶ APARICIO TOVAR, Joaquín: “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en Comares (Ed.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, 2002, p. 1553.

¹⁷ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE n°102 de 29 de abril de 1986.

¹⁸ Según su artículo primero: “La presente Ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución”.

¹⁹ BOE n°128, de 29 de mayo de 2008.

²⁰ Ver DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomas: “Igualdad, derechos de los pacientes y Cohesión del Sistema Nacional de Salud”, en Marcial Pons (Ed.), *La Reforma del Sistema Nacional de Salud- Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Madrid, 2004, pp. 24-35.

pectativas como colectivo de usuarios del sistema sanitario, que permita además el intercambio de conocimientos y experiencias)²¹. No obstante, como es debido, hemos de saber a quién corresponde adoptar las medidas idóneas para satisfacer la protección de la salud pública, y consecuentemente, la estrategia del uso racional de los medicamentos (en adelante URM); estrategia definida por la Organización Mundial de la Salud como “el uso de los medicamentos de acuerdo a las necesidades individuales, durante el tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad²²”. Mediante la configuración por el legislador de la Sanidad como servicio público, distinguiendo dos parcelas que integran el concepto: Aspecto individual o asistencial, dirigido a la persona mediante prestaciones de asistencia sanitaria; y aspecto relativo a la salud pública de carácter colectivo dirigido a crear las condiciones idóneas de salubridad, medioambiental, sanitaria, alimentaria, en el abastecimiento de agua potable, saneamiento, depuración. Esta configuración del derecho a la protección de la salud, mediante prestaciones de los poderes públicos, justifica su intervención en el uso de los medicamentos. Según el apartado 2 del artículo 43 de la Constitución Española: “competen 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 deberes de todos al respecto”. Lo cierto es que el intervencionismo administrativo en el terreno del uso racional de los medicamentos, se halla durante todo el ciclo de vida del medicamento; nada más leer el artículo 1.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios²³ (LGRUMPS) en este sector para corroborarlo: “los medicamentos de uso humano y productos sanitarios, su investigación clínica, su evaluación, autorización, registro, fabricación, elaboración, control de calidad, almacenamiento, distribución, circulación, trazabilidad, comercialización, información y publicidad, importación y exportación, prescripción y dispensación, seguimiento de la relación beneficio-riesgo, así como la ordenación de

su uso racional y el procedimiento, para en su caso, la financiación con fondos públicos”. Entonces, y como apunta E. M. ALVAREZ GONZALEZ, el uso racional de los medicamentos como actividad de la Administración podrá realizarse a través de distintas técnicas de acción administrativa: la actividad de policía o limitación (tiende a la conservación y logro del orden público mediante la limitación y condicionamiento de las actividades privadas, a través de la reglamentación, el control o la coacción); la actividad de fomento (se dirige a promover o incentivar actividades estimadas como interés general sin usar técnicas de limitación.); y la de servicio público o acción prestacional (implica la realización efectiva por la administración de actividades que satisfacen una necesidad colectiva, sustituyendo en este caso a la actividad privada)²⁴. Sin embargo, con este recorrido general, importa ser más preciso en cuanto a la prestación farmacéutica, tema que estudiaremos ahora.

1.2. La prestación farmacéutica o la justificación del intervencionismo administrativo.

La primera justificación que podemos exponer se contempla en el artículo 88 de la LGRUMPS, donde se establece: “Se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de su competencia”. En este contexto, la Administración debe intervenir no sólo para asegurar la seguridad y la calidad de los medicamentos, sino también para garantizar un acceso general a todos los ciudadanos según sus necesidades de salud. Estas dos vertientes que caracterizan el intervencionismo administrativo en este ámbito, son definidas por J. VIDA FERNÁNDEZ como las medidas preventivas garantizadoras del orden público, y como las medidas prestacionales de servicio público²⁵. No obstante, antes de desarrollar este punto, merece la pena recordar cómo la legislación espa-

²¹ Artículo 1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

²² La Organización Mundial de la Salud proclamó el concepto de URM en la *Conferencia de expertos sobre el Uso Racional del Medicamento*, organizada en Nairobi en 1985.

²³ BOE nº178, de 27 de julio de 2006.

²⁴ ALVAREZ GONZALEZ, Elisa Merina: *El Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública (...), op.cit.*, p. 26.

²⁵ Ver VIDA FERNÁNDEZ, Jose: “La prestación farmacéutica como subsistema prestacional sanitario”, en Comares (Ed.), *Comentario Práctico a la legislación reguladora de la Sanidad en España*, Granada, 2007, p. 298.

ñola define la prestación farmacéutica. El artículo 16 LCCSNS²⁶ establece que la prestación farmacéutica “comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad.” A mi modesto entender, en dicha definición, se hace hincapié, una vez más, en la razón de ser de la intervención administrativa en este sector: la garantía de un acceso a los ciudadanos según los criterios de igualdad, continuidad, universalidad, financiación pública y sobre todo, cuando y donde lo necesitan²⁷. Ahora bien, la prestación farmacéutica no siempre ha sido como la conocemos hoy en día. Como pone de manifiesto la doctrina, antes de ser una prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud universal y objetiva, era una prestación sanitaria de la Seguridad Social²⁸. En este sentido, cabe recordar que la Ley de 14 de diciembre de 1942, que crea el Seguro Obligatorio de Enfermedad, otorgaba una protección sanitaria efectiva a los trabajadores y sus familias, siendo la idea “el aseguramiento de las distintas situaciones de riesgo que incidían sobre la población trabajadora, entre los cuales se encontraba el riesgo de enfermar²⁹”. Del mismo modo, la Ley General de la Seguridad Social de 1966 (con algunos avances³⁰) consideraba la prestación farmacéutica como prestación de la Seguridad Social. Con el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, las trabas a una prestación farmacéutica universal y objetiva empiezan a desaparecer³¹, hasta conseguir

su plenitud a partir de la década de los noventa. Como recoge F. VIDA FERNÁNDEZ, se debe esperar la “tercera generación de leyes” para asistir a una nueva configuración de la prestación farmacéutica³², donde la estrategia de uso racional de los medicamentos conlleva la búsqueda de “un ajuste perfecto de las necesidades sanitarias con los medios materiales y las posibilidades económicas existentes³³”. Descendiendo al terreno de lo concreto, cabe recordar que es la derogada Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento³⁴ (Ley del Medicamento o LM), la que reconoce por primera vez en el ordenamiento jurídico español la estrategia de URM, y la que pone de relieve la necesidad de fortalecer los instrumentos utilizados por la Administración para controlar el gasto farmacéutico, asumiendo que el consumo de medicamentos indiscriminado puede causar graves perjuicios para la salud de los pacientes-consumidores. En esta misma dirección, y como recoge J. GUERRERO ZAPLANA, reforzar la intervención de la Administración en materia de precios constituía ya, en el momento de la LM de 1990, una prioridad para menoscabar el consumo irracional de los medicamentos³⁵; y por ello, era

²⁶ Asimismo, ver Exposición de Motivos de la LGRUMPS.

²⁷ QUIROS HIDALGO, José Gustavo: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 55 y ss.

²⁸ VIDA FERNÁNDEZ, Jose, *op.cit.*, pp. 299 y ss. Asimismo, pueden consultar TORNOS MAS, Joaquín: “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 10, nº1, enero-junio 2002, pp. 1-13.

²⁹ PEMAN GAVIN, Juan: “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes”, *Derecho y Salud*, Vol. 9, nº2, junio-diciembre 2001, p. 92.

³⁰ Esta Ley cubría la asistencia sanitaria por enfermedad común, accidente no laboral, maternidad, enfermedades profesionales y accidente laboral.

³¹ Con la Carta Magna española, y el reconocimiento al derecho a la protección de la salud, enmarcado en su artículo

43, se atribuye un nuevo perfil a la prestación farmacéutica; así como con la adopción de la Ley General de Sanidad de 1986, donde se pone de relieve, en su artículo 10.14 el derecho a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud. Además, debemos mencionar el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero que regula la ordenación de las prestaciones sanitarias en el Sistema de Salud, que en palabras de E. M. ALVAREZ GONZALEZ, concretó “*el alcance del sistema prestacional público en el marco de la LGS, catalogando las prestaciones básicas y complementarias a las que el usuario de los servicios sanitarios tenía derecho, y con ello, el derecho a la asistencia sanitaria constitucionalmente reconocido*.” En esta misma dirección, nótese la importancia, en este ámbito, de la LCCSNS de 2003. ALVAREZ GONZALEZ, Elsa Marina, *M op.cit.*, pp. 284 y ss.

³² En este contexto, este autor se refiere a la derogada Ley del Medicamento de 1990.

³³ VIDA FERNÁNDEZ, Jose, *op.cit.*, p. 302.

³⁴ BOE nº306 de 22 de diciembre de 1990.

³⁵ Como recoge M. C. VIDAL CASERO, “*la evidencia de que la calidad de consumo y utilización de medicamentos no es buena ha motivado el desarrollo de programas sobre el uso racional del medicamento*”. Además, añade que “*una cosa es un medicamento sea seguro, eficaz y como tal sea incluido en el registro de especialidades farmacéuticas; otra muy distinta, que sea eficiente y como tal deba ser financiado públicamente*”. VIDAL CASERO, María del Carmen: “El desarrollo legislativo de la Ley General de Sanidad y la Ley del Medicamento y el Uso Racional del Medicamento. Su problemática”,

imprescindible adoptar una norma que pudiese excluir la financiación pública del libre comercio (o de manera general, de la libertad del mercado)³⁶. El legislador de 2006 (con la LGRUMPS) abundando en lo establecido en la LM de 1990, intentó enfrentarse al crecimiento sostenido de las necesidades en prestación farmacéutica, respetando la estrategia de URM³⁷; es decir, velando por la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud así como garantizando una prestación universal y de calidad a la población española³⁸. Con esta breve introducción, hemos intentado dibujar, de manera general, el perfil del intervencionismo administrativo en el sector que nos preocupa. No obstante, cabe señalar que en situaciones excepcionales, ante epidemias o pandemias, el intervencionismo público se hace más fuerte e intenso con el objetivo de atajar el riesgo que implican para la salud individual y colectiva. Por ello, en el siguiente epígrafe, comentaremos las técnicas en situaciones de urgencia o necesidad de la salud, haciendo referencia al debate suscitado sobre la gripe H1N1.

2. El medicamento en situaciones de urgencia o necesidad. Intervención de las autoridades sanitarias en la salud pública.

La intervención estatal se justifica plenamente cuando un individuo no puede enfrentarse por sí

solo a las amenazas sanitarias que pueden surgir en cualquier momento y cualquier lugar. Como ya se sabe, la libre circulación de las personas así como de las mercancías dentro de la Unión Europea han tenido incidencias negativas para la salud de cada uno de los ciudadanos europeos, obligando a la adopción de una serie de medidas, a nivel comunitario, para controlar estas situaciones de urgencia o necesidad para la salud pública. En este sentido, visto la multiplicación de las alertas sanitarias que se han registrado durante estos últimos años a nivel internacional, el Estado español – como el francés – debieron (y deben seguir haciéndolo), fortalecer todas las estructuras de defensa sanitaria ante estas situaciones de grave riesgo sanitario para las poblaciones³⁹. Ahora bien, las razones que han motivado la elaboración de este epígrafe, son las siguientes. La primera reside en hacer hincapié en las medidas de vacunación adoptadas en ambos países, en estas situaciones excepcionales y urgentes; lo que nos conducirá a tratar el debate acerca de la gripe H1N1. La segunda es saber cómo se garantiza el URM en estos contextos donde las poblaciones pueden ver su salud amenazada.

2.1. El dispositivo español.

En primer lugar, no podemos desconocer que la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública⁴⁰ (en adelante LOMESP) otorga competencias a las autoridades sanitarias españolas para tomar medidas en situaciones de grave riesgo para la salud pública⁴¹. Concretamente, esta norma legislativa, compuesta de sólo cuatro artículos, permite a dichas autoridades, bajo el pretexto de urgencia o necesidad para la salud de los ciudadanos, tomar medidas pudiendo ir en contra de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española, sin que haya sido previsto las mínimas garantías judiciales⁴². A estos efectos, C. CIERCO SEIRA califica

Derecho y Salud, Vol. 8, nº2, julio-diciembre 2000, pp. 151-152.

³⁶ GUERRERO ZAPLANA, Jose: “La intervención administrativa en materia de medicamentos”, en Consejo General del Poder Judicial (Ed.), *Salud Pública y Derecho Administrativo*, Madrid, 2004, pp. 118-121.

³⁷ Exposición de Motivos de la LGRUMPS.

³⁸ En este ámbito, es importante recordar el contenido de algunas disposiciones legislativas del ordenamiento jurídico español donde se enmarca el derecho a una asistencia sanitaria según los principios de igualdad y calidad. En primer lugar, en la *Ley General de Sanidad*, hallamos el artículo 3.2, a cuyo tenor literal: “La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva.” En esta misma dirección, el artículo 6.4 de la citada Ley señala que: “Las actuaciones de las Administraciones Públicas Sanitarias estarán orientadas a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de salud”. Del mismo modo, cabe acudir a los artículos 1 y 2 de la LCCSNS de 2003, donde se pone de manifiesto que la intervención administrativa debe garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional. Por último, es preciso subrayar el contenido del artículo 88 de la LGRUMPS, ya citado anteriormente en nuestro estudio.

³⁹ 39CIERCO SIEIRA, Cesar: “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y Salud*, Vol. 13, nº2, julio-diciembre 2005, p. 213.

⁴⁰ BOE nº102 de 29 de abril de 1986.

⁴¹ Art. 1 de la citada ley.

⁴² No obstante, el artículo 8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo intentó responder a esta carencia señalando que “corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgen-

las disposiciones normativas de esta Ley de “desproporcionadas y con carencias alarmantes”⁴³; y basta con la lectura del artículo 2 LOMESP para comprobarlo: “Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”. Pues bien, podemos identificar en la LOMESP dos principales medidas sanitarias⁴⁴ en situación de riesgos para la salud pública. Las primeras, destacadas en el citado artículo 2, son las conocidas como “medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control”. Las segundas son las medidas “ablatorias” o “ablativas”, que en palabras de C. CIERCO SEIRA, inciden directamente sobre la esfera vital del particular, “ya sea sobre su esfera patrimonial o personal”⁴⁵. Estamos hablando de los tratamientos médicos forzosos; aislamiento preventivo; exámenes o reconocimientos médicos obligatorios; las limitaciones y restricciones a las libertades de circulación y residencia; y lo que más nos interesa, la imposición de vacunas a la población. En el ordenamiento jurídico español, la vacuna entra en la categoría de los medicamentos inmunológicos, desde la adopción de la Directiva 89/342/CEE⁴⁶, transpuesta en las normas españolas

tes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”.

⁴³ CIERCO SEIRA, Cesar: “La salud pública: Necesaria actualización de su normativa reguladora”, *Derecho y Salud*, vol. 17, Extraordinario XVII, 2009, p. 27. En esta materia, pueden igualmente consultar la obra de C. CIERCO SEIRA, *Administración pública y salud colectiva: el marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

⁴⁴ No obstante, sin entrar en detalles, debemos mencionar la existencia de otras medidas ablatorias destacadas por C. CIERCO SEIRA. Unas que inciden sobre los animales, y otras que se proyectan sobre bienes, productos o procesos productivos. Para más información, recomiendo CIERCO SEIRA, Cesar: “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *op.cit.*, pp. 236-256.

⁴⁵ CIERCO SEIRA, Cesar: “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *op.cit.*, p. 213.

⁴⁶ Directiva 89/342/CEE, por la que se adoptan disposiciones complementarias sobre medicamentos inmunológicos consistentes en vacunas, toxinas, sueros y alérgenos (DOCE, de 25 de mayo de 1989). Derogada por la Directiva

por el Real Decreto 288/1991, de 8 de marzo, por el que se regulan los medicamentos inmunológicos de uso humano⁴⁷, y modificado a su vez por el Real Decreto 1345/2007⁴⁸. La vacuna definida como una medida profiláctica tiene como principal objetivo preparar al sistema inmunitario de un individuo frente a un posible ataque de una determinada enfermedad a través de una “suerte de infección fingida”, para que el organismo pueda defenderse contra los virus, bacterias o parásitos de la enfermedad⁴⁹. Sin embargo, como acertadamente pone de manifiesto C. CIERCO SEIRA, con la utilización de la vacuna no se garantiza, al igual que con otro tipo de medicamentos, el riesgo cero. En efecto, como ya comentaremos, el Estado francés ha tenido que asumir su responsabilidad por los efectos secundarios graves que han sufrido un número considerable de franceses después de haberse vacunado de la hepatitis B. Lo cierto es que la vacunación puede provocar una serie de riesgos para la salud de las personas como el desarrollo completo de la enfermedad, reacciones alérgicas (como por ejemplo la esclerosis múltiple en el caso de la vacuna de la hepatitis B) y/o efectos secundarios⁵⁰. Ante este panorama, es legítimo que los ciudadanos puedan acceder a toda la información, según el criterio de transparencia y objetividad⁵¹, sobre las

2001/83/CE, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un Código comunitario de medicamentos de uso humano, modificada por la Directiva 2004/27/CE.

⁴⁷ BOE n°61 de 12 de marzo de 1991.

⁴⁸ Según el artículo 2.19 del Real Decreto 1345/2007, se considera medicamento inmunológico “todo medicamento consistente en vacunas, toxinas, sueros y alérgenos:

1. Los agentes utilizados para provocar una inmunidad activa como la vacuna anticolérica, el BCG, la vacuna antipoliomielítica, la vacuna antivariolosa.

2. Los agentes utilizados para diagnosticar el estado de inmunidad, en particular, la tuberculina y la tuberculina PPD, las toxinas utilizados en los test de Schick y de Dick, la brucelina.

3. Los agentes utilizados para provocar una inmunidad pasiva, como la antitoxina diftérica, la globulina antivariolosa, la globulina antinfocítica.”

⁴⁹ CIERCO SEIRA, Cesar: “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *op.cit.*, p. 231.

⁵⁰ Del mismo autor, *op.cit.*, p. 232.

⁵¹ Para más información acerca de los criterios de transparencia y objetividad de la información, recomiendo la lectura de CIERCO SEIRA, Cesar: “Las medidas preventivas de choque adoptadas por la administración frente a los productos insalubres”, *Revista de Administración Pública*, n°175, enero-abril 2009, pp. 75 y ss.

consecuencias sanitarias que puedan sobrevenir después de la vacunación. En este sentido, cabe recordar el artículo 6 de la Ley 41/2002 al establecer que: “los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuadas para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley”. No obstante, la posibilidad que haya un riesgo a la hora de utilizar una vacuna no debe conllevar el desprecio de este instrumento de prevención de gran valor para proteger la salud de los ciudadanos. Por ello, se atribuye competencia a la Administración para obligar a la población a someterse a la vacunación obligatoria si la salud pública está amenazada, según las disposiciones de la LOMESP; o para utilizar la vacuna como herramienta preventiva para una concreta categoría de personas (como los profesionales sanitarios, militares, entre otros.) Por último, sin entrar más en detalles, es importante significar que las vacunas obligatorias previstas en el programa público estable de inmunización del conjunto de población son: la vacuna contra el tétano, la difteria, la tos ferina, la meningitis C, la hepatitis B, el sarampión, la rubéola. Estas disposiciones sanitarias se encuentran sucesivamente desarrolladas en las siguientes normas: la base cuarta de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944⁵²; y el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas de 1945, modificado por la Ley 22/1980, de 24 de abril, de Vacunaciones Obligatorias Impuestas y Recomendadas. En referencia a las medidas tomadas para enfrentarse a la “supuesta epidemia” de la gripe H1N1, hemos decidido poner de relieve las decisiones públicas francesas, por el carácter desproporcionado que se desprende de las mismas.

⁵² Según el párrafo 6 de la base cuarta de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, “se declaran obligatorias las vacunaciones contra la viruela y la difteria en la forma que determinarán los reglamentos. Se mantiene la obligatoriedad de las vacunaciones preventivas contra las infecciones tíficas y paratíficas cuando por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades, esto epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total y parcial y en que ésta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias”.

2.2. Una nueva sombra en las decisiones públicas francesas: el caso H1N1.

Antes de pronunciarnos sobre la pertinencia de las medidas adoptadas por los poderes públicos franceses acerca de la gripe H1N1, nos ha parecido conveniente exponer al lector, cómo se reglamenta el dispositivo preventivo de las vacunas para enfrentarse a posibles amenazas sanitarias en el territorio galo. Como recogen los autores A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU, es el Ministerio de la Salud quien tiene competencia para definir la política francesa de vacunación⁵³, emitiendo recomendaciones y/o elaborando con el Alto Consejo de la Salud Pública⁵⁴ (Haut Conseil de la Santé Publique), el calendario de las vacunas de la población francesa. Pues, para asegurar el objetivo constitucional de protección de salud pública⁵⁵, el ordenamiento jurídico francés⁵⁶ prevé un dispositivo de vacunas obligatorias que podemos describir de la siguiente forma⁵⁷: En primer lugar, nos encontramos con vacunas obligatorias, y de forma permanente, para toda la población francesa; es

⁵³ Pueden consultar LAUDE, Anne ; MATHIEU, Bernard ; TABUTEAU, Didier : *Le Droit à la Santé*, op.cit., pp. 32-34.

⁵⁴ Es la Ley francesa n° 2004-806 de 9 de agosto de 2004, relativa a la política de salud francesa, que creó el Alto Consejo francés de la Salud Pública. Como instancia nacional experta, tiene como principal misión la de contribuir a la definición de los objetivos plurianuales de salud pública (ver art. R. 1411-4 del Código francés de la Salud pública). Asimismo, debe seguir y evaluar la realización de los objetivos nacionales de salud pública fijados por el Parlamento francés, cada cinco años. Además, proporciona a los poderes públicos sus conocimientos expertos en todo lo relativo a la gestión de riesgos sanitarios así como acerca de la evaluación de las políticas y estrategias de prevención y seguridad sanitaria. En este ámbito, ver LAUDE, Anne ; MATHIEU, Bernard ; TABUTEAU, Didier : *Le Droit à la Santé*, op.cit., p. 171.

⁵⁵ Cabe recordar que según el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 (teniendo valor constitucional): “*La Nation garantit, à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé (...)*”.

⁵⁶ Notése que la primera Ley francesa de vacuna obligatoria es la del 15 de febrero de 1902 relativa en la vacuna contra la viruela, donde encontramos en su artículo 6, el siguiente tenor literal (la traducción es mía): “*La vacuna contra la viruela es obligatoria en el primer año de vida, así como la revacunación en el undécimo y vigésimo año. Los padres o tutores son personalmente responsables de la ejecución de dicha medida*”. El carácter obligatorio de esta medida ha sido suspendido por la Ley francesa de 2 de julio de 1979, con la erradicación de la enfermedad en el territorio francés.

⁵⁷ En esta materia, ver CRISTOL, Daniele : « *Information et consentement en droit de la santé* », en puf (Ed.) *Sécurité des patients, sécurité des consommateurs : convergences et divergences*, Paris, 2009, pp. 89-91.

decir las vacunas antidiftéricas⁵⁸ y antitetánicas⁵⁹, la vacuna antipoliomielítica⁶⁰ y la vacuna antituberculosa BCG (Bacilo Calmette Guérin)⁶¹. En segundo lugar, las vacunas obligatorias específicas (según la profesión o la zona geográfica de residencia) como por ejemplo, la hepatitis B y la fiebre tifoidea. Concretamente, las personas ejerciendo una profesión en un establecimiento u organismo de prevención, o de asistencia sanitaria, así como los alumnos o estudiantes de una profesión sanitaria, quienes pueden estar expuestos a riesgos de contaminación, deben ser obligatoriamente inmunizados contra la hepatitis B y la gripe⁶². En tercer lugar, aquellas que pueden ser obligatorias según las circunstancias. En este sentido, los poderes públicos franceses pueden decidir de la obligatoriedad de la vacuna en caso de grave riesgo para la salud de la población (en caso de epidemia o guerra), como por ejemplo la vacuna contra el tífus⁶³ o

contra la viruela⁶⁴. En esta misma línea, debemos hacer algunas precisiones acerca del régimen jurídico del dispositivo de las vacunas en Francia. El carácter obligatorio de cualquier tipo de vacunación lo impone la ley⁶⁵; ya que estas medidas ablativas⁶⁶ de los principios fundamentales de la Constitución francesa, como el principio de inviolabilidad y de integridad del cuerpo humano, necesitan la intervención del legislador⁶⁷. Ante ello, la propia jurisprudencia francesa ha recordado los fundamentos constitucionales sobre los que se sienta la vacunación obligatoria. En su sentencia de 26 de noviembre de 2001⁶⁸, el Consejo de Estado francés puso de manifiesto que estas medidas tenían como objetivo el principio constitucional de protección de la salud pública y son proporcionadas al objetivo perseguido⁶⁹. Ante este panorama,

⁵⁸ En los términos del Código francés de la Salud pública (CSP), en su artículo L. 3111-1: « *La vaccination antidiphthérique par l'anatoxine est obligatoire. Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement de l'exécution de ladite mesure, dont justification doit être fournie lors de l'admission dans toute école, garderie, colonie de vacances ou autre collectivité d'enfants* ».

⁵⁹ Según el artículo L. 3111-2 CSP, « *la vaccination antitétanique par l'anatoxine est obligatoire et doit être pratiquée en même temps et dans les mêmes conditions que la vaccination antidiphthérique prescrite à l'article L. 3111-1.* »

⁶⁰ En el artículo L. 3111-3 CSP, se pone de manifiesto que : « *La vaccination antipoliomyélique est obligatoire, sauf contre-indication médicale reconnue, à l'âge et dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Académie nationale de médecine et du Conseil supérieur d'hygiène publique de France. Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement de l'exécution de cette obligation* ».

⁶¹ Podemos leer, en el artículo L. 3112-1 CSP, que: « *La vaccination par le vaccin antituberculeux BCG est obligatoire, sauf contre-indications médicales reconnues, à des âges déterminés et en fonction du milieu de vie ou des risques que font encourir certaines activités. Les modalités d'application du présent article sont définies par décret en Conseil d'Etat pris après avis du Conseil Supérieur d'hygiène publique de France.* »

⁶² Ver la nueva redacción del artículo L. 3111-4 CSP, por la Ley francesa n° 2005-1579, de 19 de diciembre de 2005 (Loi n° 2005-1579, de financement de la sécurité social, du 19 décembre 2005).

⁶³ El artículo L. 3111-7 CSP señala que: « *Le ministre chargé de la santé peut instituer par arrêté l'obligation de la vaccination contre le typhus exanthématique pour tous les sujets de dix à cinquante ans et pour toutes les catégories de personnes qui résident dans une région contaminée ou qui, du*

fait de leur profession, se trouvent particulièrement menacées. »

⁶⁴ El artículo L. 3111-8 CSP dispone que: « *En cas de guerre, de calamité publique, d'épidémie ou de menace d'épidémie, la vaccination ou la revaccination antivariolique peut être rendue obligatoire par décret ou par arrêtés préfectoraux pour toute personne, quel que soit son âge* ».

⁶⁵ Décision du Conseil d'Etat, n°172 806, du 15 novembre de 1996.

⁶⁶ Expresión utilizada por CIERCO SIEIRA, Cesar: "Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población", *op.cit.*, p. 213.

⁶⁷ En este sentido, pueden consultar dos sentencias del Consejo de Estado francés : 1) Décision du Conseil d'Etat, Assemblée plénière, du 12 décembre 1953, *Union nationale des associations familiales*. 2) Décision du Conseil d'Etat n° 66 840, du 16 juin 1967, *Ligue Nationale pour la liberté de vaccination*. En esta misma línea, es importante transcribir el contenido de su único Considerando a cuyo tenor literal: « *la vaccination antipoliomyélique est obligatoire sauf contre-indication médicale reconnue, à l'âge et dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat pris après avis de l'Académie nationale des médecins et du Conseil supérieur d'hygiène publique de France. Les personnes qui ont le droit de garde ou la tutelle des mineurs sont tenus personnellement de l'exécution de cette obligation* » ; qu'il résulte de ces dispositions que le législateur a entendu donner au gouvernement les pouvoirs les plus larges pour prendre les mesures propres tant à assurer, dans les conditions techniques les meilleures, la vaccination antipoliomyélique, qu'à faire respecter par les particuliers, dans l'intérêt de la santé publique, l'obligation de cette vaccination (...)

⁶⁸ Décision du Conseil d'Etat, n° 222741, *Association Liberté, Information, Santé*, du 26 novembre 2001.

⁶⁹ El Considerando 6 de dicha Sentencia señala que : « *Considérant que les dispositions des articles L. 3111-1 à L. 3111-11 et des articles L. 3112-1 à L. 3112-5 rendent obligatoires un certain nombre de vaccinations ou donnent la possibilité à l'autorité administrative d'instituer par voie réglemen-*

debemos abrir un nuevo paréntesis recordando el régimen de responsabilidad reconocido en el ordenamiento jurídico francés en caso de accidente causado por una vacuna⁷⁰. Antes de 1958, la víctima debía demostrar la culpa del servicio de salud, lo que, a partir de esta fecha, cambió por el reconocimiento del régimen de la presunción de culpa⁷¹. La Ley francesa n° 64-643, de 1 de julio de 1964⁷² estableció el régimen de responsabilidad sin culpa del Estado para los accidentes imputables a una vacuna obligatoria realizada en un centro sanitario público o privado. En esta misma dirección, según la Ley n° 75-401, de 26 de mayo de 1975⁷³, cualquier perjuicio directamente imputable a una vacunación obligatoria debe ser reparado por el Estado sin necesidad de demostrar la culpa. Con la Ley de 4 de marzo de 2002⁷⁴ se pone de manifiesto que la indemnización debe ser pagada por el Oficio Nacional⁷⁵ de Indemnización de los errores médicos, afecciones iatrogénicas e infecciones nosocomiales⁷⁶ (en adelante ONIAM), según el “principio

taire de telles obligations ; que si ces dispositions ont pour effet de porter une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain invoqués par les requérants, elles sont mises en oeuvre dans le but d'assurer la protection de la santé, qui est un principe garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958, et sont proportionnées à cet objectif ; que, dès lors, elles ne méconnaissent pas le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ; que, pour les mêmes raisons, elles ne portent pas une atteinte illégale au principe constitutionnel de la liberté de conscience. »

⁷⁰ Información extraída de LAUDE, Anne ; MATHIEU, Bernard ; TABUTEAU, Didier , *op.cit.*, p. 34.

⁷¹ En este sentido, pueden consultar una Sentencia del Consejo de Estado francés: Decisión du Conseil d'Etat, n° 38230, *Secrétaire d'Etat à la Santé publique c/ Dejours*, du 7 mars 1958.

⁷² Loi du 1 juillet 1964 relative à la vaccination antipomyélitique obligatoire.

⁷³ Loi n°75-401 du 26 mai 1975 modifiante l'article L. 10-1 du Code de la Santé publique afin de faire supporter par l'Etat la réparation de tout dommage imputable directement à une vaccination obligatoire et insérant un article L. 10-2 dans ce même code (art. 10-2 : Déclaration de la part du médecin ou de la sage-femme de toute vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions définies au présent code).

⁷⁴ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

⁷⁵ En su versión original: *Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*.

⁷⁶ Según el artículo L. 1142-22 CSP, el ONIAM es un establecimiento público de carácter administrativo del Estado francés, bajo la tutela del Ministerio de la Salud.

de indemnización vía Solidaridad nacional⁷⁷”. El fundamento de este principio se halla en las disposiciones del Código francés de la Salud Pública, en su artículo R.3111-22⁷⁸ (creado por el Decreto francés n°2005-1768 de 20 de diciembre de 2005⁷⁹), a cuyo tenor literal: “La solicitud para la indemnización de un perjuicio considerado como imputable a una vacunación obligatoria se presentan ante la ONIAM⁸⁰”. No obstante, es con la Ley francesa de 9 de agosto de 2004⁸¹, cuando los perjuicios derivados de una vacunación obligatoria entraron en el campo de aplicación de dicho principio⁸². En lo relativo a las vacunas no obligatorias⁸³, el Estado francés asume la responsabilidad en el caso de que se demuestre la culpa⁸⁴. Ahora bien, el historial francés relativo a las vacunas se revela bastante tumultuoso, y sobre todo, – como

⁷⁷ Este principio permite la indemnización independientemente de la existencia de un responsable. Para más información, pueden consultar el libro de LAUDE, Anne; MATHIEU, Bernard ; TABUTEAU, Didier , *op.cit.*, pp. 499-538.

⁷⁸ Asimismo, ver el artículo L. 1142-1 CSP, en su párrafo 2, redactado de la siguiente manera: “Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire.”

⁷⁹ Décret n°2005-1768 du 30 décembre 2005, en su artículo 3.

⁸⁰ En el texto original, podemos leer : « La demande en vue de l'indemnisation d'un dommage considéré comme imputable à une vaccination obligatoire est adressée à l'Office National d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales mentionné à l'article L. 1142-22. Accompagnée d'un dossier rapportant le caractère obligatoire de la vaccination, eu égard, s'il y a lieu, à l'activité professionnelle de la victime, la réalisation des injections et la nature du dommage imputé à la vaccination. »

⁸¹ Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

⁸² Art. L 3111-9 CSP.

⁸³ En esta materia, ver GROMB, Sophie, “L'indemnisation des accidents de vaccination”, *Médecine et maladies infectieuses*, n°11, vol. 39, noviembre 2009, pp. 809-814.

⁸⁴ Ver Décision du Conseil d'Etat, n° 06014, du 4 mai 1979.

apunta D. CRISTOL –, con muchas dificultades para conciliar “las lógicas de seguridad individual con la protección de la salud en su sentido colectivo”⁸⁵; basta con recordar el escándalo de la hepatitis B para corroborar lo dicho. En la década de los noventa, el Estado francés desarrolló una gran campaña nacional de vacunación contra la hepatitis B. Entre 1994 y 1998, más de dos tercios de la población francesa, y casi la totalidad de los nacidos en el territorio francés han sido vacunados. Sin embargo, de veinte millones de franceses, más de 1300 de ellos han sufrido efectos secundarios de tipo neurológico, y otras mil personas desarrollaron esclerosis múltiple⁸⁶. Ante ello, es interesante destacar una sentencia del Consejo de Estado francés de 2007⁸⁷, donde reconoce el nexo causal entre la vacuna contra la hepatitis B y la esclerosis múltiple⁸⁸, ante la demanda de una enfermera que sufrió de los síntomas de la esclerosis múltiple después de haberse vacunada contra la hepatitis B en 1991. Lo cierto es que, como ya lo hemos mencionado, esta profesión sanitaria tenía la obligación de vacunarse según las disposiciones del artículo L. 3111-4 CSP. En este contexto, el legislador reconoció el nexo causal entre sus síntomas y la vacunación; y consecuentemente, la responsabilidad del Estado francés según lo establecido en el artículo L. 3111-9 CSP⁸⁹. Esta ola de desconfianza que so-

brevuela las decisiones públicas francesas sigue todavía creciendo con lo que, a nuestro parecer, podría conocerse como el “escándalo H1N1”. Lo cierto es que las medidas preventivas adoptadas por el Estado, para enfrentarse a la supuesta pandemia de gripe A, han sido tachadas por la sociedad francesa (en todos sus niveles) de “desproporcionadas”, “irresponsables” o “injustificadas”⁹⁰. Por ello, el 17 de febrero de 2010, el Senado francés autorizó la instauración de una Comisión de investigación relativa al papel de las grandes firmas farmacéuticas en la gestión de la gripe H1N1. La elaboración de esta Comisión compuesta de diversos especialistas (directores de establecimientos públicos sanitarios, profesores de facultades de Medicina y Farmacia, médicos, farmacéuticos, etc.) tenía como principal objetivo analizar el impacto de las medidas gubernamentales adoptadas en materia de pandemia de gripe⁹¹. En consonancia con todo ello, podemos resaltar una primera problemática, cuya gravedad es de gran amplitud: la desconfianza de las profesiones sanitarias. Las incertidumbres relativas a la eficacia de la vacuna disponible en el mercado francés han sido animadas por las propias dudas expresadas por estos profesionales. Algunos de ellos consideraban la vacuna más arriesgada para la salud de los ciudadanos franceses que el propio virus de la gripe H1N1⁹²;

⁸⁵ CRISTOL, Daniele : « Information et consentement en droit de la santé », *op.cit.*, p. 91.

⁸⁶ Recomiendo la lectura de las siguientes obras : VERCOUTERE, Marc : *Vaccin Hépatite B. Les coulisses d'un scandale*, Pierre Marco, Paris, 2002; GIACOMETTI, Eric : *La santé publique en otage-Les scandales du vaccin contre l'Hépatite B*, Albin Michel, Paris, 2001; FICQUET, Elsa : *Le vaccin contre l'Hépatite B en France : polémique autour des aspects médicaux-scientifiques, juridiques et médiatiques*, Tesis de la Universidad de Lyon 1, Facultad de Farmacia, 2008.

⁸⁷ Ver Décision du Conseil d'Etat, n° 267635, du 9 mars 2007.

⁸⁸ A partir de este momento, las sentencias reconociendo la responsabilidad del Estado francés en materia de vacunación obligatoria se han multiplicado. Para citar las más importantes, ver: Décision du Conseil d'Etat, n° 296630, du 10 avril 2009; Décision du Conseil d'Etat, n° 304325, du 24 juillet 2009; Décision du Conseil d'Etat, n° 332716, du 22 janvier 2010.

⁸⁹ En su Considerando 6 de dicha Sentencia, el Consejo de Estado francés señala que: « (...) le directeur général de la santé a proposé à Mme A une indemnisation au titre de la responsabilité de l'Etat du fait des vaccinations obligatoires, sur le fondement des dispositions de l'article L. 3111-9 du code de la santé publique, après avoir relevé que la commission nationale de règlement amiable des accidents vaccinaux avait (...) considéré au vu des éléments du dossier que la vac-

cination contre l'hépatite B pouvait être regardée comme un facteur déclenchant de (son) état de santé et qu'elle avait (...) ainsi retenu une imputabilité directe de (ses) troubles à (sa) vaccination ; qu'ainsi, dès lors que les rapports d'expertise, s'ils ne l'ont pas affirmé, n'ont pas exclu l'existence d'un tel lien de causalité, l'imputabilité au service de la sclérose en plaques dont souffre Mme A doit, dans les circonstances particulières de l'espèce, être regardée comme établie, eu égard, d'une part, au bref délai ayant séparé l'injection de mars 1991 de l'apparition du premier symptôme cliniquement constaté de la sclérose en plaques ultérieurement diagnostiquée et, d'autre part, à la bonne santé de l'intéressée et à l'absence, chez elle, de tous antécédents à cette pathologie, antérieurement à sa vaccination (...).

⁹⁰ En este sentido, pueden consultar CANNET, Didier : le vaccin contre la grippe H1N1 suscite méfiance et toujours autant de questions, de 29 de noviembre de 2009, disponible en la URL: www.lemonde.fr

⁹¹ En esta materia, ver la pagina oficial del Senado francés, en <http://www.senat.fr>, así como su pagina dedicada a la Comisión de Investigación relativa a la gripe A, disponible en la URL: <http://www.senat.fr/commission/enquete/Grippe/index.html>

⁹² Ante este panorama, ver la página web del Sindicato de los enfermeros franceses, y su artículo Vaccination H1N1 :

otros consideraban que existía una gran disconformidad entre la realidad y la información proporcionada por las autoridades sanitarias. Como señala D. CANNET, “los argumentos políticos, mediáticos y/o multinacionales, los relativos a los conflictos de intereses habían superado aquellos de carácter puramente médico y científico⁹³”. La segunda problemática justifica una vez más, desde nuestro modesto punto de vista, la desconfianza en los poderes públicos franceses: se trata aquí de las cláusulas de irresponsabilidad acordadas con la Industria farmacéutica por el Estado francés, en caso de reacciones adversas o efectos secundarios de dicha vacuna. En este contexto, la indemnización se basa sobre el “principio de solidaridad nacional”. Lo sorprendente aquí es las autoridades sanitarias francesas han demostrado tener más confianza en los productos de los laboratorios farmacéuticos que ellos mismos. Por ello, y pese a su longitud, juzgamos conveniente poner a la disposición del lector, el extracto del contrato⁹⁴ firmado entre el Estado francés y el laboratorio farmacéutico BAXTER⁹⁵: “El titular (en este caso el laboratorio) se compromete a pedir la autorización de puesta en el mercado y de cumplir con todos los requisitos para conseguirla. La Administración declara que la utilización de las vacunas, objeto de este presente contrato, se hará solamente en situaciones epidemiológicas. En estas condiciones, corresponde a la Administración decidir de las operaciones de vacunación de la población, bajo la responsabilidad del Estado. En este sentido, el titular es, en principio, el responsable de los productos defectuosos. No obstante, en derogación y considerando las circunstancias excepcionales que caracterizan el objeto de este contrato, el Estado se compromete a garantizar al titular contra las consecuencias de todas las posibles reclamaciones o acciones judiciales que éste podría conocer en el marco de las operaciones de vacunación salvo en caso de culpa del

propio titular o en caso de proporcionar un producto no-conforme a las especificaciones descritas en la autorización de puesta en el mercado⁹⁶”. Los poderes públicos franceses justifican esta cláusula contractual basándose en la circunstancia excepcional de la pandemia de gripe A y en el carácter urgente de la vacunación. Sin embargo, esta cláusula, derogando al derecho común de la responsabilidad civil⁹⁷ (por productos defectuosos), protege los laboratorios farmacéuticos de cualquier acción judicial ante los tribunales franceses. Esta medida desproporcionada- según mi opinión- ha provocado, en la sociedad francesa, una desconfianza irreversible en la vacuna contra la gripe H1N1. Todo ello, nos lleva a poner de manifiesto la tercera problemática: la desproporción entre la cantidad de vacunas solicitadas a los laboratorios farmacéuticos y el número de personas vacunadas. El Estado francés ha pedido más de noventa millones de vacunas contra cinco millones de franceses vacunados; lo que demuestra, en mi parecer, el fracaso de las autoridades sanitarias. Lo cierto es que Francia solicitó el diez por ciento de las vacunas a nivel mundial⁹⁸. A mi juicio, esta incertidumbre caracterizando todo el “debate H1N1” ha perjudicado la esencia misma de la vacuna. Desde su descubrimiento, la vacuna ha sido, y sigue siendo un instrumento preventivo de gran importancia para proteger la salud de cada uno de nosotros. Ha permitido salvar muchísimas vidas, y tener ahora algunas dudas sobre su eficacia, puede poner en

méfiance des infirmiers , disponible en la URL: en <http://www.syndicat-infirmier.com>

⁹³ Ver el artículo on-line de CANNET, Didier, *op.cit.*

⁹⁴ Marché public n° EPRUS/09-36 relatif à l'acquisition de vaccins contre le virus H1N1, passé sur le fondement de l'article 3-7° du Code des marchés publics issu du Décret n°2006-975 du 1 août 2006 entre l'Etablissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires (EPRUS) et BAXTER SAS.

⁹⁵ Este contrato está disponible en la URL : <http://www.lepoint2.com/soins/pdf/Vaccin-H1N1%20medias.pdf>

⁹⁶ La traducción es mía. En el texto original, se lee que: « (...) le titulaire s'engage à demander l'autorisation de mise sur le marché et à accomplir toute démarche de droit en vue de l'obtenir. (...) L'administration déclare que l'utilisation des vaccins objet du présent marché ne se fera qu'en cas de situation épidémiologique le nécessitant. Dans ces conditions, les opérations de vaccination de la population seront décidées pour la seule administration et seront placées sous la responsabilité de l'Etat. Dans ce cadre, le titulaire est en principe, responsable du fait des produits défectueux. Toutefois, à titre dérogatoire et considérant les circonstances exceptionnelles qui caractérisent l'objet du présent marché, l'Etat s'engage à garantir le titulaire contre les conséquences de toute réclamation ou action judiciaire qui pourraient être élevées à l'encontre de ce dernier dans le cadre des opérations de vaccination sauf en cas de faute du titulaire ou sauf en cas de livraison d'un produit non conforme aux spécifications décrites dans l'autorisation de mise sur le marché. »

⁹⁷ Ver artículos 1386-1 a 1386-18 del Código Civil francés.

⁹⁸ Estas cifras son disponibles en el artículo, Afflux de critiques contre le gouvernement et son surplus de vaccins, de 4 de enero de 2010, disponible en la URL: www.liberation.fr

peligro lo que siempre haya representado: “una técnica preventiva por excelencia en orden a proteger la salud de la población⁹⁹”. No obstante, es evidente que los poderes públicos españoles como franceses, deben aumentar sus esfuerzos para asegurar el mandato constitucional de protección de la salud pública, así como, (y sobre todo si el objetivo es legitimar sus decisiones públicas respectivas), asegurar la transparencia de sus iniciativas. En realidad, es importante significar aquí, por lo que más adelante se dirá, que si consideramos el siglo XXI como aquel del “principio de autonomía” del paciente-usuario-consumidor de medicamentos, es imprescindible que éste pueda acceder a toda la información de forma veraz, clara y objetiva. En otros términos, si la estrategia de uso racional de los medicamentos implica que un individuo tenga el medicamento, donde y cuando lo necesite para restablecer su salud, es obvio que, en situaciones de urgencias o de excepcional gravedad para la salud pública, las autoridades sanitarias deben seguir cumpliendo esta meta, sin que los intereses económicos (y en caso de la gripe A, de los propios laboratorios farmacéuticos-) superen el interés de la salud pública.

3. La Administración pública ante la Sociedad del riesgo: especial referencia al medicamento.

Para entender la problemática a la que nos enfrentamos ahora, merece la pena, en primer lugar, apoyar nuestra argumentación mediante el estudio realizado por J. ESTEVE PARDO¹⁰⁰, quien puso de manifiesto la nueva relación entre Ciencia y Derecho¹⁰¹. Pues bien, como señala este autor, la Humanidad intentó, a lo largo de su historia, luchar contra los peligros naturales y/o dominar la naturaleza, y por ello, los avances tecnológicos e industriales han constituido una respuesta para liberarse

de estos peligros¹⁰². La Industria farmacéutica, por su producción masiva de medicamentos, ha permitido y permite tanto la erradicación de numerosas enfermedades e infecciones, como la posibilidad de responder a las necesidades de salud de los ciudadanos¹⁰³. No en vano, en palabras de J. ESTEVE PARDO¹⁰⁴, estas nuevas tecnologías, teniendo como objetivo hacer desaparecer los peligros naturales, no han impedido la aparición de nuevos riesgos para los individuos¹⁰⁵. Como señala U. BECK¹⁰⁶, “el desarrollo de la industria y la tecnología nos ha conducido hacia la sociedad¹⁰⁷ del riesgo”: los riesgos medioambientales, los riesgos para la salud, los riesgos que amenazan al propio planeta, etc. Y de todo ello, surgió un nuevo desafío para el Derecho. En primer lugar, se pone de manifiesto que en esta materia, la Ciencia adelanta al Derecho, por la falta de “referencias jurídicas materiales en la decisión y gestión sobre riesgos¹⁰⁸”. Ante este panorama, este autor ilustra su razonamiento con un ejemplo muy interesante para nuestra investigación: el medicamento. Nos expli-

¹⁰² ESTEVE PARDO, Jose, *op.cit.*, pp. 137-138.

¹⁰³ Sin desbordar de nuestro ámbito de estudio, merece la pena decir aquí que, pese al papel imprescindible de la Industria farmacéutica en la erradicación de las enfermedades, hay que recordar, como lo pone de manifiesto M. MADURGA SANZ, que el 15% de la población mundial utiliza el 85% de los medicamentos, y que a la inversa, el 85% de la población restante solo utiliza un 15% de los medicamentos, vacunas y quimioprolácticos. Ver MADURGA SANZ, Mariano: “El uso racional (razonable) de medicamentos y las agencias reguladoras de medicamentos: AEMPS”, en Contextos Farmamundi (Ed.), *Esenciales para la vida, Jornadas sobre la problemática del acceso a medicamentos esenciales y posibles soluciones*, Valencia, 2009, pp. 251-268.

¹⁰⁴ En esta misma materia, pueden consultar otras obras de este autor como: *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999; *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

¹⁰⁵ En este sentido, este autor distingue con claridad, el peligro del riesgo. Según él, el peligro “tiene su origen en la naturaleza, en sus fuerzas o en sus limitaciones”. Sin embargo, el riesgo tiene su origen “en la tecnología y afecta, principalmente a la naturaleza, a bienes tales como el medioambiente y por supuesto, al ser humano.” Ver ESTEVE PARDO, Jose, *op.cit.*, pp. 137-138.

¹⁰⁶ BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998.

¹⁰⁷ En esta materia, recomiendo el artículo muy interesante de RECUERDA GIRELA, Miguel Angel: “Dangerous Interpretations of the Precautionary Principle and the Foundational Values of European Union Food Law: Risk versus Risk”, *Journal of Food Law & Policy*, vol. 4, 2008, pp. 1-43.

¹⁰⁸ ESTEVE PARDO, Jose, *op.cit.*, p. 141.

⁹⁹ CIERCO SIEIRA, Cesar: “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *op.cit.*, p. 231.

¹⁰⁰ ESTEVE PARDO, Jose: “Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión”, *Documentación Administrativa*, n°265-266, enero/agosto 2003, pp. 137-149.

¹⁰¹ Asimismo, pueden consultar la obra de J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho- Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.

ca que, pese a que un medicamento siga todas las exigencias normativas de calidad, eficacia y seguridad, nada impide con el paso del tiempo, el descubrimiento científico de un nuevo riesgo para la salud por el consumo de ese medicamento¹⁰⁹. En consonancia con todo ello, cabe recordar los escándalos del Stalinon¹¹⁰ y de la Talidomida¹¹¹, verdaderas tragedias que conllevaron un profundo cambio en la esfera jurídica. A partir de ahí, se hace sentir la necesidad de un control estricto, por parte de la Administración, para que los medicamentos alcancen los requisitos de calidad; que sean seguros; que no produzcan, en condiciones normales de uso, efectos tóxicos o indeseables desproporcionados al beneficio que procuran; que sean eficaces en las indicaciones terapéuticas aprobadas; y que estén correctamente identificados y acompañados de la información precisa para su utilización. Pues si bien el medicamento es un producto para curar, aliviar o prevenir las enfermedades, no existe la garantía absoluta de que no contenga un mínimo de riesgos en su consumo. Hecho que nos remite al el “principio de precaución”¹¹² o

¹⁰⁹ Del mismo autor, *op.cit.*, p. 141.

¹¹⁰ Como recoge A. LECA, “*L’affaire Stalinon*” revela a la opinión pública la existencia de riesgos terapéuticos relacionados con la toma de medicamentos y la necesidad de tomar en cuenta estos riesgos en el control ejercido sobre la producción farmacéutica. (Véase la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Sena París, y la del 19 de diciembre de 1957, y la Sentencia del Tribunal francés de Apelación del 3 de junio de 1958.) En 1954, varios fallecimientos son las razones por las cuales el Stalinon no pueda ser comercializado. En 1957, el farmacéutico está condenado. En este caso, el principio activo del medicamento era un compuesto inestable cuyo carácter peligroso era reconocido. En otros términos, el Visa ha sido expedido a saber que el medicamento no era seguro. Para los poderes públicos, el visa no quita la responsabilidad del farmacéutico y cabe indicar que esta autorización no es una caución científica. Ver LECA, Antoine: *Droit Pharmaceutique*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2006, pp. 293-330.

¹¹¹ A partir de 1961, este producto considerado como tranquilizante, puesto por primera vez en el mercado por el Laboratorio alemán *Chemie Grunenthal* en 1957, suscita graves interrogaciones. Se estima a 12.000 el número de niños nacidos con malformaciones-imputables a este producto del hecho que su utilización por mujeres embarazadas. El escándalo internacional de la Talidomida ha sido al origen del fortalecimiento de los controles de la toxicidad en todos los países, y más allá de la creación de la autorización de puesta en el mercado. Ver LECA, Antoine, *op.cit.*, p. 360.

¹¹² Para más información acerca del “principio de precaución”, recomiendo la lectura de la obra de DOMENECH PASCUAL, Gabriel: *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos - el derecho del ciudadano a ser protegido por los po-*

cautela¹¹³”, cuyo fundamento es¹¹⁴ permitir a los Estados actuar ante la producción de un eventual riesgo para la salud pública¹¹⁵. La razón de ser de este principio es la existencia de una “incertidumbre científica sobre la relación de causalidad, en sentido amplio, entre un fenómeno y un daño, así como la naturaleza y la gravedad del riesgo¹¹⁶”; o según G. DOMENECH PASCUAL, “todas las decisiones de los poderes públicos se adoptan en la incertidumbre, y no bajo riesgo, pues nunca podemos saber con absoluta certeza esa probabilidad de las consecuencias que pueden acarrear¹¹⁷”. No es de extrañar – como recoge G. DOMENECH PASCUAL – que el Estado tenga la obligación de proteger los ciudadanos “no sólo contra daños en sentido estricto, sino también frente a simples peligros o riesgos”. Además, dicho autor añade que para conseguir “la óptima y más eficaz salvaguarda de los bienes fundamentales”, es imprescindible la adopción de todas las medidas protectoras tendientes a evitar la materialización de las amenazas que afectan a los ciudadanos¹¹⁸. A estos efectos – como ponen de manifiesto J. F. OLALLA y C. ALVAREZ – la sociedad pide no solamente la reducción al máximo los riesgos derivados del consumo de los medicamentos, sino también “que le den a conocer las magnitudes y sentidos del riesgo, en cada

deres públicos, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 253-312.

¹¹³ En este ámbito, ver BOMBILLAR SAENZ, Francisco Miguel: *Intervención Administrativa y Régimen jurídico del medicamento en la Unión Europea*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Granada, Granada, 2010, pp. 138-167.

¹¹⁴ Ver CAMPIONE, Toni Roger: “El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre Kollateralschädengesellschaft, en Atelier, *La Seguridad en la Sociedad del riesgo*, Barcelona, 2003, pp. 11-26.

¹¹⁵ En esta materia, pueden consultar numerosos obras doctrinales escritas con talento como por ejemplo BARRANCO VELA, Rafael; RECUERDA GIRELA, Miguel Angel: “El principio de precaución como condicionante de la innovación tecnológica y su reconocimiento en el Derecho internacional y comunitario”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n°8, 2005, pp. 9-33. CIERCO SEIRA, Cesar: “el principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español”, *Revista de Administración Pública*, n° 163, 2004, pp. 73-125.

¹¹⁶ BOMBILLAR SAENZ, Francisco Miguel, *op.cit.*, pp. 138-139.

¹¹⁷ DOMENECH PASCUAL, Gabriel: *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos (...)*, *op.cit.*, p. 249.

¹¹⁸ DOMENECH PASCUAL, Gabriel: *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos (...)*, *op.cit.*, p. 149.

circunstancia; justificar simplemente el número de posibles casos de una reacción adversa, no es suficiente si no se relacionan con el número de expuestos a esa reacción.¹¹⁹ En este sentido, la doctrina¹²⁰ detecta que en la toma de decisiones públicas se comienza a tener en cuenta un análisis del riesgo que conlleve determinadas actuaciones¹²¹. Ante este nuevo panorama, el análisis se fundamenta en los siguientes aspectos: determinación del riesgo, que consiste en evaluar científicamente el riesgo; gestión del riesgo, que consiste en sopesar las alternativas y tomar las decisiones más adecuadas; comunicación del riesgo, que consiste en la difusión de la información sobre el riesgo y sobre las medidas¹²². A ello ayuda la Farmacovigilancia al poner de relieve que una adecuada ponderación del riesgo y del beneficio es, hoy en día, “una marca distintiva de la gestión excelente de la asistencia. Si la seguridad es importante en cualquier ámbito asistencial, se puede decir que en el ámbito de la utilización de los medicamentos se da el paradigma de lo que supone este atributo de la asistencia sanitaria tanto en términos de resultados en salud como en implicaciones para la clínica y para la gestión del sistema sanitario¹²³”. Otra garantía jurídica en el sistema de gestión de riesgos de los medicamentos: es el sistema de “Trazabilidad”. Hoy, podemos constatar una preocupación creciente en torno a la seguridad de los medicamentos, que se viene manifestando por el auge en la circulación de medicamentos falsificados¹²⁴. Lo

que hace imprescindible disponer de un sistema transparente, fiable y ágil para que las autoridades sanitarias puedan ser capaces de reaccionar con rapidez y de forma adecuada ante los riesgos detectados en la calidad y seguridad de los medicamentos, así como garantizar un abastecimiento adecuado y continuado de los mismos a los ciudadanos. Además, merece la pena subrayar la necesidad de crear un mecanismo para que los laboratorios farmacéuticos, los almacenes mayoristas y las oficinas de farmacia efectúen, entre otras cosas, un seguimiento de cada lote y de cada unidad de presentación del medicamento puesto en el mercado, con el fin de proceder eficazmente a su retirada siempre que sea preciso, minimizando con ello los riesgos para la salud pública. Como recoge G. DOMENECH PASCUAL, la trazabilidad de los medicamentos tiene dos principales fines: conservar en condiciones de fácil acceso la información relevante sobre los riesgos y beneficios del correspondiente producto a fin de evaluarlos mejor y más rápidamente; poder tomar con la mayor rapidez posible las medidas adecuadas de protección de la salud, localizar y retirar el medicamento, una vez efectuada la evaluación¹²⁵. En la LGRUMPS¹²⁶, la trazabilidad conlleva una serie de obligaciones para todos los actores implicados. Pese a su longitud, creemos útil reseñar el contenido del artículo 87, para constatar la amplitud de dichas obligaciones que se desprenden de este instrumento jurídico: “Los laboratorios farmacéuticos deberán comunicar, en los términos que se fijen reglamentariamente, al Ministerio de Sanidad y Consumo las unidades de presentaciones identificadas por lotes de medicamentos y destinatario, vendidas en territorio nacional, así como las que sean objeto de devolución. Asimismo, garantizarán, en los términos que se fijen reglamentariamente, la identificación de cada unidad a lo largo de su recorrido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.4 de la presente Ley”. “Los almacenes mayoristas comunicarán, en los términos que se fijen reglamentariamente, a la Comunidad Autónoma en la que tengan su domicilio social y al Ministerio de Sanidad y Consumo

¹¹⁹ OLALLA, Jose Felix; ALVAREZ, Carlos: Organización y coordinación de la Farmacovigilancia en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Europeo Farmacéutico*, nº2, 1995, p. 17.

¹²⁰ RECUERDA GIRELA, Miguel Angel: *Seguridad alimentaria y Nuevos alimentos - Régimen jurídico- administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2006.

¹²¹ En palabras de M. A RECUERDA GIRELA, “las Administraciones han incorporado en los últimos años, especialmente en la actividad de policía o de limitación, un enfoque preventivo que viene establecido en la propia legislación que trata de afrontar los peligros por medio de la evaluación, reducción y eliminación de los riesgos”. RECUERDA GIRELA, Miguel Angel: *Seguridad alimentaria y Nuevos alimentos*, op.cit., p. 38.

¹²² RECUERDA GIRELA, Miguel Angel: *Seguridad alimentaria y Nuevos alimentos*, op.cit., p. 37.

¹²³ Ver IV Jornadas de Farmacovigilancia, “Hacia la prevención del riesgo”, Comunidad de Madrid, celebradas el 30 y 31 de marzo de 2006, p. 4, disponible en el Portal de Salud de la Comunidad de Madrid, www.madrid.org

¹²⁴ Para más información, ver BAES, Céline: “La venta de medicamentos por Internet: un nuevo reto para los Estados

miembros de la Unión Europea”, en Comares (Ed.): *El acceso al medicamento. Retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho a la salud*, Granada, 2010.

¹²⁵ DOMENECH PASCUAL, Gabriel: *Régimen jurídico de la Farmacovigilancia*, Civitas, Navarra, 2009, p. 184.

¹²⁶ Ver Capítulo V de la LGRUMPS, titulado “De la trazabilidad de los medicamentos”.

las unidades suministradas y las devueltas, con indicación del lote al que pertenezcan así como el destinatario, tanto se trate de oficinas o servicios de farmacia como de otros almacenes mayoristas, con independencia de la comunidad autónoma en la que radiquen”. “Sin perjuicio de los conciertos que se pudieran suscribir, los titulares de las oficinas de farmacia comunicarán al órgano competente de la Comunidad Autónoma en la que tengan su ámbito de actuación las unidades de medicamentos dispensadas”. Como vemos, este mecanismo de trazabilidad pone de relieve el papel imprescindible de las autoridades sanitarias para velar por el mandato constitucional de protección de salud, y la necesidad de una constancia en sus esfuerzos para gestionar los eventuales riesgos que puedan aparecer en el momento del consumo masivo de los medicamentos. Para ello, existe en la actualidad un proyecto de Real Decreto relativo a un nuevo sistema de trazabilidad de los medicamentos para garantizar el abastecimiento y facilitar las actuaciones en materia de seguridad¹²⁷, que sustituirá el Real Decreto 725/2003 de 13 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos del artículo 100 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento¹²⁸. La razón de ser de esta nueva iniciativa reside en, por una parte, garantizar a los ciudadanos la accesibilidad a todos los medicamentos que precisan, asegurando en todo el momento el abastecimiento; y por otra parte, garantizar una actuación de las autoridades sanitarias de forma más eficiente e inmediata cuando se detecten problemas de seguridad. De manera general, este nuevo sistema de trazabilidad de los medicamentos introduce garantías de transparencia durante todo el ciclo de vida de estos mismos; es decir, desde la producción y/o importación, pasando por la dispensación en las oficinas de farmacias hasta el consumo por el propio paciente- usuario del Sistema Nacional de Salud. Porque si es competencia de la administración sanitaria velar por la salud de los ciudadanos, es imprescindible también seguir fortaleciendo las técnicas administrativas para intentar reducir el adelanto de la Ciencia sobre el Derecho. Tal como pone de manifiesto la doctrina

¹²⁷ Véanse Proyecto de Real Decreto por el que se regula la Trazabilidad de los medicamentos de uso humano. Disponible en la URL: http://www.correofarmaceutico.com/documentos/301006definitivo_trazabilidad.pdf

¹²⁸ BOE nº 152 de 26 de junio de 2003.

francesa¹²⁹, una actuación tardía de las autoridades competentes puede tener consecuencias dramáticas para la salud de la población; y el historial francés pueden constituir una vez más, y por desgracia, un buen ejemplo de lo anteriormente defendido.

En este contexto, el Consejo de Estado francés nos recuerda en el “Affaire du sang contaminé”¹³⁰, que el riesgo para la salud pública, que había sido identificado, debe determinar la responsabilidad sanitaria que incumbe al Estado. Lo cierto es que en 1983, la Comunidad científica estableció el riesgo de contaminación del virus VIH vía transfusión sanguínea y reconoció la eficacia del proceso de calentamiento para inactivar dicho virus en 1984. Ahora bien, el Consejo de Estado francés declaró, en una Sentencia de 1993¹³¹, que correspondía a las autoridades sanitarias francesas informar, a partir de 1984, de la existencia de un riesgo grave de contaminación, y tomar las medidas necesarias para intentar que no se propagase dicho virus mediante la utilización de los productos calentados disponibles en el mercado internacional¹³². Sin embargo, sabiendo que las autoridades sanitarias francesas informaron, vía una circular el 20 de diciembre de 1985 (es decir un año después), del riesgo de contaminación, el Consejo de Estado francés reconoció una “carencia culpable de la Administración”¹³³, conllevando la responsabilidad del Estado. El segundo caso se conoce como el dossier del amianto¹³⁴. Las víctimas francesas de esta sustancia peligrosa para la salud, criticaron la intervención tardía del Estado dejando, por su falta de reglamentación, expuestos los trabajadores que usaban los productos con base de amianto durante demasiado tiempo; lo que ha provocado un número considerable de muertes¹³⁵. En

¹²⁹ LAUDE, Anne ; MATHIEU, Bernard ; TABUTEAU, Didier, *op.cit.*, pp. 136-138.

¹³⁰ Para más información, pueden consultar, CASTERET, Anne Marie : *L'affaire du sang contaminé*, La découverte, Paris, 1992; GREILSAMER, Laurent: *Le procès du sang contaminé*, Le Monde éditions, Paris, 1992 ; MORELLE, Aquilino: *La défaite de la Santé publique*, Flammarion, Paris, 1996.

¹³¹ Décision du Conseil d'Etat, n° 138653, du 9 avril 1993.

¹³² Ver Considerando 4 de dicha Sentencia.

¹³³ Considerando 5.

¹³⁴ En esta materia, ver MAYLE, François : *Amiante, 100.000 morts à venir*, Le Cherche Midi, Paris, 2004; TABUTEAU, Didier : *La sécurité sanitaire*, Berger-Levrault, 2 édition, Paris, 2002.

¹³⁵ Pueden consultar los numerosos documentos producidos por el Senado francés en su página web oficial

este sentido, el Consejo de Estado francés ha concluido, en una sentencia de 2004¹³⁶, reconociendo la culpabilidad del Estado por una “carencia culpable en la prevención de los riesgos.”¹³⁷ Además, en el Considerando 3, ha señalado que “incumbe a las autoridades públicas francesas (competentes en materia de prevención de los riesgos profesionales) informar de los peligros que pueda conocer un trabajador durante el ejercicio de su profesión; y tomar (con los conocimientos científicos disponibles) las medidas las más apropiadas para limitar y/o eliminar estos peligros¹³⁸”. Con estos dos ejemplos queremos poner de relieve otra obligación de la Administración pública francesa; obligación que puede verse aplicada a la española: se trata de la obligación de informar de los riesgos para la salud pública¹³⁹. En mi modesto entender, la sociedad del riesgo en la que vivimos obliga a los poderes públicos de ambos países a ser más cuidadosos a la hora de intervenir en materia de salud pública. Ya deben intentar responder a las amenazas sanitarias y/o riesgos (mediante investigaciones, encuestas, estudios científicos) de forma más eficiente y rápida para reducir o eliminar el impacto que puedan tener para la población. Todo ello, nos lleva a destacar otra herramienta de la Administración pública para seguir con nuestro propósito. Sin embargo, por la complejidad que se desprende del principal instrumento de control administrativo-la autorización sanitaria-, nos ha parecido justificado e imprescindible, consagrar la totalidad del próximo epígrafe sobre esta herramienta jurídica; porque como pone de manifiesto la doctrina, la “autorización, además de técnica de control, es a su vez un instrumento de gestión de riesgos porque permite a los poderes públicos limi-

tar, restringir, o impedir las actividades de riesgo, que de otra forma, estarían plenamente permitidas¹⁴⁰”. Pero, antes de iniciar el estudio de la autorización administrativa como técnica de intervención de la Administración pública me gustaría subrayar el momento clave en el que actualmente se encuentra el derecho administrativo que ha de hacer frente a las nuevas exigencias que impone el Derecho comunitario. Hecho que, indudablemente, afecta a nuestro objeto de estudio.

II.- LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA O LA NECESIDAD DE MANTENER EL INSTRUMENTO DE CONTROL A PRIORI DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL SECTOR DEL MEDICAMENTO.

1. La autorización administrativa en el sector del medicamento: la autorización sanitaria.

Antes que nada, merece la pena recordar que, cualquier intervención administrativa, de control o de organización, tiene como objetivo, la búsqueda de un equilibrio entre la libertad y la iniciativa privada con las exigencias del interés general¹⁴¹. Concretamente, en palabras de SANCHEZ MORON, es la búsqueda de la garantía de la seguridad¹⁴². En la legislación española, la autorización administrativa se entiende como “todos aquellos actos administrativos, cualquiera que sea su denominación específica, por los que en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado¹⁴³”. Como señala J. C. LAGUNA DE PAZ, la autorización es un instrumento de actuación pública¹⁴⁴ de carácter pre-

<http://www.senat.fr>, y sobre todo el Informe *on-line* n°301, “Gestion de l’Amiante”, de 14-15 de abril de 2005, disponible en la URL: <http://www.senat.fr/rap/r04-301/r04-3010.html#fnref1>

¹³⁶ Décision du Conseil d’Etat, n° 241150, du 3 mars 2004.

¹³⁷ Considerando 5.

¹³⁸ En su versión original: « *il incombe aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle, et d’arrêter, en l’état des connaissances scientifiques, au besoin à l’aide d’études ou d’enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers* ».

¹³⁹ LAUDE, Anne ; MATHIEU, Bernard ; TABUTEAU, Didier, *op.cit.*, p. 138.

¹⁴⁰ RECUERDA GIRELA, Miguel Angel: *Seguridad Alimentaria y Nuevos Alimentos (...)*, *op.cit.*, p. 197.

¹⁴¹ SANCHEZ MORON, Miguel: *Derecho Administrativo-Parte General*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 638-639.

¹⁴² SANCHEZ MORON, Miguel *op.cit.*, p. 639.

¹⁴³ Art. 1.2 del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los Procedimientos de Otorgamiento, Modificación y Extinción de Autorizaciones.

¹⁴⁴ Existe un debate doctrinal sobre el propio concepto de autorización administrativa. Ante este panorama, M. SANCHEZ MORON nos explica que algunos autores la consideran como un instrumento con un “mero carácter declarativo”,

ventivo¹⁴⁵, basado en la protección del interés general¹⁴⁶. Además, este autor pone de manifiesto que, independientemente de la clase de autorización¹⁴⁷ reconocida en el ordenamiento jurídico español¹⁴⁸, este instrumento se fundamenta en el control preventivo para que: “un sujeto realice respecto de la actuación de otro, con el fin de comprobar que reúne las condiciones que permiten entender que dicho comportamiento no dañará sus intereses, o los de aquellos cuya salvaguardia tenga encomendada¹⁴⁹”. En esta misma dirección, cabe hacer una última precisión. El control previo de la Administración puede resultar esencial si la actividad desarrollada comporta un riesgo para el interés general, o que, en palabras de J. C. LAGUNA DE PAZ, la actividad lesione los derechos de los terceros¹⁵⁰. En consonancia con todo ello, en la LGRUMPS, se dispone que “ningún medicamento fabricado industrialmente podrá ser puesto en el

otros como “constitutivo de derechos a los actos de autorización”, y los que diferencian autorizaciones y “meras comprobaciones”. No obstante, este autor pone de relieve que: “esta distinción no es clara en la actualidad, ya que algunas autorizaciones denominadas y reguladas como tal por las leyes tienen también una finalidad constitutiva de derechos no pre-existent”. Ver SANCHEZ MORON, Miguel, *op.cit.*, p. 648.

¹⁴⁵ Como recoge J. C. LAGUNA DE PAZ, la autorización puede asimismo entenderse como “una declaración de voluntad dirigida a producir determinados efectos jurídicos vinculantes. Naturalmente, la voluntad de la Administración no equivale a la autodeterminación propia del mundo jurídico-privado sino que es expresión de la legalidad, al servicio del interés general.” Ver LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos, *La autorización administrativa*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, pp. 54-55.

¹⁴⁶ LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos: *La autorización administrativa*, *op.cit.*, pp. 31-32.

¹⁴⁷ SANCHEZ MORON, Miguel, *op.cit.*, pp. 649-650.

¹⁴⁸ En efecto, este autor destaca tres clases de autorizaciones administrativas:

- La *autorización competencial*, que es un instrumento de relación entre órganos o entes públicos.

- La *autorización de policía*, que controla el ejercicio de una actividad sujeta a la libre iniciativa y presidida por la libertad de empresa con el fin de verificar su compatibilidad con el interés general, y en su caso, introducir las adaptaciones que sean necesarias.

- Y la *autorización demanial*, que permite aprovechamientos del dominio público cualificados por su riesgo, intensidad, escasez u otras circunstancias especiales.

LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos: *La autorización administrativa*, *op.cit.*, pp. 35-36. Asimismo, en este ámbito, recomiendo la lectura de E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 133-147.

¹⁴⁹ LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos, *op.cit.*, p. 35.

¹⁵⁰ Del mismo autor, *op.cit.*, p. 56.

mercado sin la previa autorización de comercialización concedida por la autoridad competente y la inscripción posterior en el registro de especialidades farmacéuticas¹⁵¹”. Ante este panorama, la doctrina ha considerado la autorización sanitaria como el “elemento formal del concepto jurídico de medicamento¹⁵²”. La Ley General de Sanidad de 1986 ya impuso la obligación en cuanto “la reglamentación, autorización y registro¹⁵³ u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que, al afectar al ser humano, pueden suponer un riesgo para la salud de las personas¹⁵⁴”. De esta manera, a nivel nacional, es competencia de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante AEMPS) controlar los aspectos fundamentales de los medicamentos puestos en el mercado¹⁵⁵. Por ello, el otorgamiento de la autorización sanitaria de los medicamentos debe basarse en los siguientes requisitos: calidad, seguridad, y eficacia¹⁵⁶. A la vista de las anteriores consideraciones, cabe ya destacar el conjunto de garantías previstas en la

¹⁵¹ Art. 9 de la LGRUMPS.

¹⁵² En esta materia, ver VILLALBA PEREZ, Francisca Leonor: *La profesión farmacéutica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 112-113.

¹⁵³ En esta misma línea, nótese que el art. 95.2 LGS señala que “no podrán prescribirse y se reputará clandestina la circulación de medicamentos sanitarios no autorizados u homologados, con las responsabilidades administrativas y penales a que hubiera lugar”.

¹⁵⁴ Art. 40.5 de la LGS.

¹⁵⁵ Asimismo, pueden consultar URFALINO, Philippe : “L’authorisation de mise sur le marché du médicament: une décision administrative sanitaire et économique », *revue française des affaires sociales*, n°4, octobre-décembre 2001, pp. 85-90.

¹⁵⁶ Según las disposiciones del art. 10 LGRUMPS, la AEMPS debe, antes de otorgar la autorización, controlar si los medicamentos:

- alcanzan los requisitos de calidad que se establezcan,
- son seguro, no produciendo en condiciones normales de utilización efectos tóxicos o indeseables, desproporcionados al beneficio que procura,
- son eficaces en las indicaciones terapéuticas para las que se ofrece,
- están correctamente identificados
- suministran la información precisa para su correcta utilización.

No obstante, como apunta J. G. QUIROS HIDALGO, estos requisitos no tienen necesariamente que ser absolutos; ante al contrario, la evaluación de los efectos terapéuticos positivos del medicamento se apreciarán considerando la relación beneficio/riesgo. Ver QUIROS HIDALGO, Jose Gustavo, *op.cit.*, p. 151.

LGRUMPS¹⁵⁷, que nos permite tener una visión general de lo que se requiere para autorizar un medicamento en el mercado nacional, según los criterios de URM. En primer lugar, se exige el cumplimiento de la “garantía de calidad”¹⁵⁸. Se trata de que el medicamento deba tener perfectamente establecida su composición cualitativa y cuantitativa. Para ello, la Administración tiene competencia para establecer programas de control de calidad de los medicamentos y comprobar la observancia de las condiciones de la autorización y las demás que sean de aplicación¹⁵⁹. En segundo lugar, podemos hacer hincapié en la “garantía de seguridad”¹⁶⁰. Concretamente, la LGRUMPS se refiere a las garantías de seguridad, no toxicidad y tolerancia y exige que los medicamentos, sustancias medicinales y excipientes estén sometidos a distintos estudios toxicológicos para garantizar su seguridad en condiciones normales de uso y que estén en relación con la duración prevista del tratamiento. En esta misma dirección, el apartado 5 de dicho artículo pone de relieve la necesidad de que se fomente la colaboración entre la Administración sanitaria y los demás agentes del URM¹⁶¹ para garantizar precisamente la seguridad de los medicamentos. Asimismo, se destaca la importancia que en este aspecto tiene el Sistema de Farmacovigilancia al proclamar que: “los profesionales sanitarios, los laboratorios farmacéuticos y los almacenes mayoristas están obligados a comunicar a las autoridades sanitarias las anomalías de las que tuvieran no-

ticia (...)”¹⁶². En tercer lugar, “la garantía de eficacia”¹⁶³ constituye otro requisito importante al destacar la necesidad de que se realicen estudios preclínicos y ensayos clínicos que se ajustarán a las exigencias normativas y a las que se deriven de los avances en el conocimiento científico de la materia. En cuarto lugar, la “garantía de identificación”¹⁶⁴, donde a cada principio activo le será tribuida una Denominación Oficial Española (DOE), que el Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá mediante un Código Nacional de Medicamentos de general aplicación, para facilitar su pronta identificación¹⁶⁵. Y por último, la “garantía de información”¹⁶⁶. Aunque este punto será objeto de posterior estudio, es importante subrayar ahora que dicha garantía es imprescindible para la autorización de un medicamento, y debe encontrarse en los documentos de embalaje (o etiquetado)¹⁶⁷, en el prospecto¹⁶⁸ y en la ficha técnica¹⁶⁹. Como vemos,

¹⁶² En este sentido, ver los arts. 12.5 y 11.7 de dicha Ley.

¹⁶³ Art. 13 de la LGRUMPS.

¹⁶⁴ Art. 14 de dicha Ley.

¹⁶⁵ Art. 14.3.

¹⁶⁶ Art. 15.

¹⁶⁷ El artículo 15.4 señala que: “en el etiquetado figurarán los datos del medicamento, como la denominación del principio activo, del titular de la autorización, vía de administración, cantidad contenida (...)”. No obstante, y pese a su longitud, debemos poner de relieve la modificación de dicho artículo en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, en el marco de la adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, hallada en el artículo 47 a cuyo tenor literal: “En el etiquetado figurarán los datos del medicamento, como la denominación del principio activo, del titular de la autorización, vía de administración, cantidad contenida, número de lote de fabricación, fecha de caducidad, precauciones de conservación, condiciones de dispensación y demás datos que reglamentariamente se determinen. En cada embalaje figurarán codificados los datos del Código Nacional del Medicamento, el lote y unidad que permitan su identificación de forma individualizada por medios mecánicos, electrónicos e informático, en la forma que se determine reglamentariamente. En el embalaje deberá incluirse un espacio en blanco a rellenar por el farmacéutico donde éste podrá describir la posología, duración del tratamiento y frecuencias de tomas. Al dispensar un medicamento, las oficinas de farmacia deberán emitir un recibo en el que se haga constar el nombre del medicamento, su precio de venta al público, y la aportación del paciente. En el caso de los medicamentos que sean objetos de publicidad prevista en el artículo 78 de la LGRUMPS, el recibo haga constar, además, el descuento que, en su caso, se hubiese efectuado.”

¹⁶⁸ Según el artículo 15.3, el prospecto “se elaborará de acuerdo con el contenido de la ficha técnica y proporcionará a los pacientes la información suficiente sobre la denominación del principio activo, identificación del medicamento y su

¹⁵⁷ En este sentido, cabe destacar el contenido de la Exposición de Motivos de la LGRUMPS, a cuyo tenor literal: “La experiencia derivada de la aplicación de la LM ha puesto en evidencia la necesidad de intensificar la orientación de la reforma en torno a dos ideas-fuerzas: la ampliación y reforzamiento de un sistema de garantías que gire en relación a la autorización del medicamento y la promoción del uso racional del mismo. Es de señalar que la citada ley se refería ya a la primera de ellas al establecer la exigencia de garantía de calidad, seguridad y eficacia de los medicamentos. Sin embargo, el desarrollo tecnológico, la globalización y el acceso a la información así como la pluralidad de agentes que progresivamente intervienen en el ámbito de la producción, distribución, dispensación y administración de medicamentos aconsejan en estos momentos, además de intensificar dichas garantías, ampliarlas a la transparencia y objetividad de las decisiones adoptadas así como al control de sus resultados.”

¹⁵⁸ Art. 11 de la LGRUMPS.

¹⁵⁹ Apartado 6 del artículo 11 LGRUMPS.

¹⁶⁰ Art. 12 de la LGRUMPS.

¹⁶¹ Aquí nos referimos esencialmente a los profesionales sanitarios.

la intervención administrativa se puede apreciar en cada una de estas garantías, velando por la estrategia de URM, para que los ciudadanos puedan conseguir medicamentos de calidad y adecuados a sus necesidades de salud. El trámite de concesión de la autorización se lleva a cabo mediante el correspondiente procedimiento administrativo. Pues bien, sin entrar en detalles acerca de los distintos procedimientos de autorización existentes a nivel comunitario y nacional, hemos de reseñar no obstante, una problemática destacada por G. DOMENECH PASCUAL¹⁷⁰ acerca de los mismos, señalando la existencia de dos grandes carencias en las decisiones adoptadas por el legislador español a la hora de transponer los textos comunitarios relativos a esta materia¹⁷¹, que ponen de manifiesto cierto déficit de transparencia y de participación. En referencia a la transparencia, se aprecia un desequilibrio entre la legislación comunitaria y la nacional en el terreno de la información que constituye una pieza clave en el logro de la estrategia de URM, y merecería mejor consideración por parte del legislador español. Es una evidencia que, cuanto más información tenga el ciudadano, mejor serán sus decisiones en cuestión de salud. No obstante, esta certidumbre ha sido defendida mejor a nivel comunitario que en el propio ordenamiento jurídico español; y las razones carecen de fundamentos. En efecto, no tiene mucho sentido, hoy en día, excluir el ciudadano de los procedimientos de autorización y seguimiento, sabiendo con seguridad, que cada uno de ellos puedan tener un papel importante en la valoración de los riesgos de los medicamentos. Además, es cierto que, como recoge G. DOMENECH PASCUAL, con las nuevas tecnologías de la información y comunicación, las restricciones del derecho a recibir información se

han hecho obsoletas e injustificables¹⁷². Para corroborar lo anteriormente expuesto, basta con mencionar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷³, donde en varias ocasiones, se ha puesto de manifiesto la necesidad de facilitar el acceso a la información de los ciudadanos. Añadiendo el artículo 21.3 de la Directiva 2001/83 que se: “podrán a disposición del público sin dilación la autorización de comercialización, junto al resumen de las características del producto”. Sin embargo, en la LGRUMPS¹⁷⁴, se destaca que la AEMPMS debe asegurar “el acceso público de sus decisiones sobre autorizaciones de medicamentos, sus modificaciones, suspensiones y revocaciones, cuando ellas sean firmes¹⁷⁵, así como el resumen de las características del producto”. A mi juicio, esta falta de adaptación a las disposiciones comunitarias no tiene fundamento. Otro ejemplo nos ofrece este autor donde se plasma una vez más el déficit de transparencia por parte de la legislación española: el Sistema de Farmacovigilancia¹⁷⁶. Mientras que en las legislaciones comunitarias se destaca la obligación de poner a disposición de los ciudadanos, una información sin demora¹⁷⁷, el le-

¹⁷² DOMENECH PASCUAL, Gabriel: “Déficits de transparencia y participación (...), *op.cit.*, p. 58.

¹⁷³ SSTEDH de 19 de febrero de 1998, *Guerra y otros*, 14967/89, en su párrafo 60. SSTEDH de 9 de junio de 1998, *McGinley y Egan c. Reino Unido*, 21825/93 y 23414/94, párrafo 101. La de 18 de junio de 2002, *Onerlydiz c. Turquía*, 48939/99, párrafo 82. Y por último, la de 19 de octubre de 2005, *Roche c. Reino Unido*, 3255/96, en su párrafo 162.

¹⁷⁴ Art. 16.4 LGRUMPS.

¹⁷⁵ Es decir, cuando no son susceptibles de impugnar mediante recurso ordinario.

¹⁷⁶ DOMENECH PASCUAL, Gabriel: “Déficits de transparencia y participación (...), *op.cit.*, pp. 65-66.

¹⁷⁷ El artículo 102 de la Directiva 2001/83/CE tiene este siguiente tenor literal: “Los Estados miembros establecerán un sistema de farmacovigilancia. Este sistema se encargará de recabar información útil para la supervisión de medicamentos y, en particular, acerca de las reacciones adversas a los medicamentos en los seres humanos, y de efectuar la evaluación científica de esa información. Los Estados miembros velarán por que la información pertinente recogida mediante este sistema se transmita a los demás Estados miembros y a la Agencia Europea del Medicamento. Esta información se registrará en la base de datos, y estará permanentemente accesible para todos los Estados miembros y deberá ponerse sin demora a disposición del público.” En esta misma línea, se destaca el artículo 26 III del Reglamento 726/2004 donde se pone de manifiesto que: “la Agencia (EMA), en consulta con los Estados miembros y con la Comisión, establecerá una red informática para la transmisión rápida de información a las autoridades competentes de la Comunidad en caso de alertas a un defecto de fabricación o a reacciones adversas

titular e instrucciones para su administración, empleo y conservación así como sobre los efectos adversos (...).”

¹⁶⁹ La ficha técnica o resumen de las características del producto “reflejará las condiciones de uso autorizadas para el medicamento y sintetizará la información científica para los profesionales sanitarios”. Ver art. 15. 2 LGRUMPS.

¹⁷⁰ DOMENECH PASCUAL, Gabriel: “Déficits de transparencia y participación en los procedimientos de autorización y seguimiento de los medicamentos”, en Comares (Ed.), *El acceso al medicamento: retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho a la salud*, Granada, 2010, pp. 53-82.

¹⁷¹ Directiva 2001/83, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, la Directiva 2004/27/CE que modifica la Directiva 2001/83.

gisador de 2006 (con la LGRUMPS) no menciona, en ningún momento, esta condición; solamente, se dispone que “cuando las Administraciones consideran que interesa de forma relevante a la salud pública, garantizarán el acceso público a la misma¹⁷⁸”. De ahí, se desprende un desequilibrio entre lo previsto por la legislación comunitaria y la nacional, un desequilibrio, que a nuestro parecer, dificulta la meta de un uso racional de los medicamentos. No obstante, existe otra carencia a la que ya hemos hecho mención: la participación ciudadana en los procedimientos de autorización. El paciente-usuario- consumidor de medicamentos es un agente más de la cadena del medicamento, que debe implicarse, al igual que los profesionales sanitarios, y las autoridades sanitarias, para que el objetivo del URM se acerque cada vez más a una realidad factible. Por ello, la importancia de otorgar un nivel alto de información al paciente es imprescindible para asegurar su participación responsable; la información es clave esencial para que el ciudadano pueda actuar de manera eficaz y autónoma para la consecución de la estrategia del URM. Además, como apunta G. DOMENECH PASCUAL, la decisión o no de autorizar un medicamento en el mercado nacional, afecta de manera directa a los ciudadanos “al crear un riesgo para su integridad física y en última instancia para su vida, lo que constituye una afeción de sus derechos fundamentales reconocidos en el artículo 15 CE¹⁷⁹”. En consonancia con todo ello, podemos destacar el importante papel del ciudadano para lograr el URM. En nuestra opinión, incluir el ciudadano en las decisiones públicas, y por ende, en los procedimientos de autorización de los medicamentos legitima el poder de las autoridades sanitarias. Además, en palabras de G. DOMENECH PASCUAL, el acceso a la información “acerca de la marcha de los asuntos públicos, y también acerca del control público de los medicamentos, constituye una expresión del principio democrático¹⁸⁰”. Un URM no puede concebirse sin una correcta información de los medicamentos a los pacientes, sin

menoscabar la necesaria participación de los mismos en los ordenamientos jurídicos que el siglo XXI llama a desarrollar.

2. Un nuevo horizonte con la Directiva de Servicios de 2006.

Es imprescindible ser muy cuidadoso con las nuevas perspectivas ofrecidas por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior¹⁸¹ (DS), porque aunque haya proclamado la exclusión de su campo de aplicación de los servicios sanitarios¹⁸², entendemos que es relevante tener en cuenta la incidencia de dicha norma comunitaria en el Derecho administrativo español¹⁸³, por lo que ser repercusión aun-

¹⁸¹ DO L 376/36, de 27 de diciembre de 2006.

¹⁸² El Considerando 22 de la Directiva de Servicios dispone que: “La exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de la presente Directiva debe abarcar los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicios”.

¹⁸³ En esta materia, recomienda la lectura de los siguientes trabajos doctrinales: QUADRA SALCEDO JANINI, Tomas: “¿Quo Vadis, Bolkenstein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n°22, 2007. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomas Ramon: “Un nuevo derecho administrativo para el mercado interior”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n°22, 2007, pp. 189-197. FOTINOPOULOU BASURKO, OLGA: “Presente, pasado y futuro de la Directiva relativa a los servicios sobre el mercado interior”, *Revista de derecho social*, n°34, 2006. GARCIA COSO, E., “Mercado Interior (III): Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios”, en Huygens (Ed.), *Derecho de la Unión Europea*, Barcelona, 2010. JIMENEZ GARCIA, Francisco: “Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n°28, septiembre/diciembre 2007. LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos: “Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n°6, junio 2009. LINDE PANIAGUA, Enrique: “Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n°14, 2008. PAREJO ALONSO, Luciano: “La Desregulación de los servicios como motivo de la Directiva Bolkenstein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n°6, junio 2009. PONCE SOLE, Julio: “¿Mejoras normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, n°180, septiembre/diciembre 2009. QUADRA-SALCEDO

graves, así como de otros datos de farmacovigilancia relativos a medicamentos autorizados. Estos datos se pondrán a disposición del público, previa evaluación si fuera necesario.”

¹⁷⁸ Art. 53.3 LGRUMPS.

¹⁷⁹ DOMENECH PASCUAL, Gabriel: “Déficits de transparencia y participación (...), *op.cit.*, p. 74.

¹⁸⁰ Del mismo autor, *op.cit.*, p. 55.

que indirecta en nuestro objeto de estudio, afectará en un futuro próximo y nos conducirá legal, doctrinal y jurisprudencialmente a un Derecho administrativo europeo¹⁸⁴. Así lo señala parte de la doctrina al afirmar que entramos en una nueva era del Derecho administrativo¹⁸⁵, que se verá en la obligación de validar las técnicas administrativas tradicionales, que algunos dudan que puedan servir en el siglo XXI¹⁸⁶. Lo que nos lleva a preguntarnos si la autorización sanitaria seguirá teniendo futuro en el ordenamiento jurídico español. Para intentar encontrar una posible solución a la problemática resaltada, debemos recordar, en primer lugar, el fundamento o razón de ser¹⁸⁷ de la Directiva de Servicios¹⁸⁸: eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre los Estados miembros para reforzar la integración entre los pueblos de Europa¹⁸⁹ y fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible¹⁹⁰; plasmado todo ello en el Considerando 5 de la DS, a cuyo tenor literal: “Por tanto, procede

FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomas: “La Directiva de Servicios y la libertad de empresa”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n°7, octubre 2009. RIVERO ORTEGA, Ricardo: “Reformas del Derecho Administrativo para 2010: la difícil transposición de la Directiva de Servicios en España”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n°34, 2009. ROMAN VACA, Eduardo: “La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior: la propuesta Bolkenstein”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n° 84, 2006.

¹⁸⁴ RIVERO YSERN, Enrique: “La actividad de intervención en la Directiva de servicios: autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas”, en Civitas, *Mercado europeo y reformas administrativas- La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Navarra, 2009, p. 151.

¹⁸⁵ RODRIGUEZ, Tomas Ramon: “Un nuevo derecho administrativo para el mercado interior”, *op.cit.*, pp. 189-191.

¹⁸⁶ LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos, *op.cit.*, p. 27.

¹⁸⁷ Recomiendo la lectura del Capítulo de FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomas Ramon: “La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general”, en Civitas, *Mercado europeo y reformas administrativas- La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Navarra, 2009, pp. 21-58.

¹⁸⁸ En este ámbito, pueden consultar LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos, “Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n°6, junio 2009, pp. 42-51.

¹⁸⁹ Su Considerando 7 señala que: “Esta coordinación de las legislaciones nacionales debe garantizar un elevado grado de integración jurídica comunitaria y un alto nivel de protección de los objetivos de interés general y, especialmente, la protección de los consumidores, que es indispensable, para establecer una confianza entre los Estados miembros.”

¹⁹⁰ Considerando 1 de la Directiva.

eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado. Dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estado miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogiendo a la libre circulación de servicios. Los prestadores deben disponer de la posibilidad de elegir entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro”. En el ámbito doctrinal, algunos autores han puesto de relieve la necesidad de encontrar un equilibrio entre el necesario control previo de determinadas actividades y la aspiración a la mayor desregulación posible. La idea defendida es que el fuerte intervencionismo administrativo puede perjudicar a la iniciativa privada que puede gastar largos meses en reunir todas las autorizaciones exigidas¹⁹¹. Como recoge M. SANCHEZ MORON, este debate sobre la extendida intervención pública en la economía mediante todo tipo de instrumento administrativo (como las autorizaciones previas), existe desde los años ochenta¹⁹² del siglo pasado¹⁹³. Especificando que de él surgió la necesidad de introducir en algunos sectores una desregulación, es decir, “la eliminación de normas jurídicas que imponen condiciones o límites y controles administrativos previos a la libre iniciativa empresarial”. En este sentido, cualquier tipo de régimen de autorización debe cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad para no constituir una traba a las libertades proclamadas en los Tratados

¹⁹¹ LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos, *op.cit.*, p. 28.

¹⁹² En este sentido, como pone de relieve T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, desde la entrada en vigor del Acta Única Europea, “se han desmontado los viejos monopolios fiscales y se han puesto en marcha procesos de liberalización de sectores enteros de actividad (como la televisión, los teléfonos, los correos, etc.) tradicionalmente configurados como servicios públicos y reservados, en consecuencia, por la Ley a las Administraciones públicas”. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomas Ramon, *op.cit.*, p. 190.

¹⁹³ SANCHEZ MORON, Miguel, *op.cit.*, p. 638.

comunitarios¹⁹⁴. Con ello, quiere poner de relieve que las nuevas formas de intervención y control administrativo, que se dibujan desde hace ya treinta años, no deben interpretarse como un intento de menoscabar la intervención de la Administración pública, sino más bien, como la posibilidad dada a esta Institución de intervenir de manera más eficaz y rápida¹⁹⁵. Todas las medidas pueden resultar necesarias para que la autorización administrativa pueda tanto proteger el interés general como restar las trabas a las actividades empresariales. L. PAREJO ALONSO hace hincapié en el carácter desregulador, y no liberalizador, de la Directiva de Servicios 2006, y critica que dicha norma “parta de un concepto de obstáculo ilegítimo a la libre competencia en el mercado tan amplio, que pone bajo sospecha de restricción indebida, cualquier regulación jurídico-pública del acceso al mercado de las actividades de servicios o de ejercicio de éstas¹⁹⁶”. En esta misma dirección, duda de la buena fe del legislador comunitario, al señalar que éste es “consciente de lo dudoso del terreno competencial que pisa. Y por ello presenta la norma como lo que no es, al hablar una y otra vez de coordinación y aproximación, cuando lo que realmente verifica es una operación de intensa integración jurídica que (empleando una referencia comparativa de Derecho interno) equivale a una Ley básica y dista de ser una Ley de armonización¹⁹⁷”. Añadiendo que la razón de ser de esta Directiva no reside en las eliminaciones de las trabas a las libertades comunitarias sino a la instauración de un “mercado sin normas o, mejor, un mercado en el que las normas están, en principio, prohibidas, salvo que sean necesarias y proporcionadas para cumplir exigencias imperativas de interés general¹⁹⁸”. En cualquier caso, es cierto que existe algún temor a que la velocidad en la implementación de los medios pueda

hacer prevaler los intereses del Mercado Interior Europeo sobre los que, como la protección de la salud pública, y por ende, la meta del Uso Racional del Medicamento, constituyen intereses generales protegidos por la Carta Magna Española. Temor que evidentemente deberá estar fundamentado e intentaré ilustrar. El régimen de autorización está definido, en dicha norma comunitaria, como “cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio¹⁹⁹”. Asimismo, la citada norma pone de relieve la reunión de tres condiciones esenciales para que un Estado miembro pueda supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización: la no discriminación; la necesidad, es decir que el régimen de autorización esté justificado por una “razón imperiosa de interés general”; y la proporcionalidad. En este caso, el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz²⁰⁰. Téngase en cuenta que además de los requisitos ya mencionados, los regímenes de autorización deben cumplir con los criterios de claridad, objetividad, transparencia, accesibilidad, entre otros²⁰¹. En esta misma dirección, conviene señalar que la Directiva de 2006 anima a una simplificación de los procedimientos de autorización²⁰², posibilitando la tramitación por vía electrónica, o través de las ventanillas únicas²⁰³. Por lo demás, el legislador comunitario pone de manifiesto que las normas relativas a los procedimientos administrativos no deben tener por objeto la armonización de dichos procedimientos, sino suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento²⁰⁴. Pues bien, y como recoge E.

¹⁹⁴ En esta misma línea, M. SANCHEZ MORON privilegia el concepto de “neorregulación” al de “desregulación”.

¹⁹⁵ Según M. SANCHEZ MORON, “no es que el Estado haya dejado de intervenir o deba dejar de intervenir en la vida económica y social, sino que interviene de una manera distinta a como lo hacía en la mitad del siglo XX.”. Ver SANCHEZ MORON, Miguel: *Derecho Administrativo-Parte General*, op.cit., p. 638.

¹⁹⁶ PAREJO ALONSO, Luciano: “La Desregulación de los servicios como motivo de la Directiva Bolkenstein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n°6, junio 2009, p. 34.

¹⁹⁷ PAREJO ALONSO, Luciano, op. cit. p. 38.

¹⁹⁸ Del mismo autor, op.cit., p. 37.

¹⁹⁹ Art. 4.6) de la Directiva de Servicios 2006.

²⁰⁰ Ver art. 9.1 de la citada Directiva, y su art. 15.3.

²⁰¹ Art. 10. 2.

²⁰² En este ámbito, pueden consultar NEVADO BATALLA, Pedro: “Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimiento y tramites para facilitar el acceso a una actividad de servicios”, en Civitas (Ed.), *Mercado europeo y reformas administrativas- La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Navarra, 2009, pp. 165-187.

²⁰³ Art. 6.

²⁰⁴ Considerando 42 de la Directiva 2006/123/CE.

RIVERO YSERN, sabiendo que las normas comunitarias inciden sobre el derecho interno que ha de ajustarse a ellas²⁰⁵, el legislador español adoptó la Ley 25/2009 de 22 de diciembre²⁰⁶, en el marco de la adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio²⁰⁷, donde se plasma las modificaciones en materia de autorizaciones sanitarias. Pese a la longitud del texto, merece la pena parafrasearlo para que el lector pueda darse cuenta de cómo la Directiva de 2006 pueda afectar a nuestra materia. En este sentido, el artículo 41 de la Ley 25/2009, modifica el artículo 25 de la Ley General de Sanidad de 1986, dándole otro tenor literal: “La exigencia de autorizaciones sanitarias, así como la obligación de someter a registro por razones sanitarias a las empresas o productos, serán establecidas reglamentariamente, tomando como base lo dispuesto en la presente Ley. Las autorizaciones sanitarias y los registros obligatorios que se establezcan, en virtud de la habilitación prevista en el apartado 1 del presente artículo deberán cumplir las condiciones siguientes: no resultarán discriminatorios ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad, o por lo que se refiere a sociedades, por razón de ubicación del domicilio social; deberán estar justificados en la protección de la salud pública; se cuidará que el régimen que se establezca sea el instrumento adecuado para garantizar la consecución del objetivo de protección de la salud pública y no vaya más allá de lo necesario para conseguirlo, así como que no pueda sustituirse por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado; los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones o registros a los que se refiere esta Ley deberán ser claros e inequívocos, objetivos, transparentes, proporcionados al objetivo de protección de la salud pública y darse a conocer con antelación. Cuando la actividad desarrollada tenga una repercusión excepcional y negativa en la salud de los ciudadanos, las Administraciones públicas, a través de sus órganos competentes podrán decretar la intervención administrativa pertinente,

con el objetivo de eliminar aquélla. La intervención sanitaria no tendrá más objetivo que la eliminación de los riesgos para la salud colectiva y cesará tan pronto cuando aquéllos queden excluidos.” El contenido de este último párrafo, no debe extrañar sabiendo que, a nivel comunitario, asistimos a la tendencia de substituir las autorizaciones por comunicaciones previas o declaraciones responsables²⁰⁸. Según la propia definición de J. C. LAGUNA DE PAZ, la comunicación previa es una técnica de control preventivo, con una “intervención pública de baja intensidad, que permite proteger el interés general, con una mínima carga burocrática, para el particular y para la propia Administración²⁰⁹”. Como indica la Ley 17/2009 sobre libre acceso a las actividades de servicios, una autorización no estará justificada cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador²¹⁰, para que se facilite, si resulta necesario, un control de la actividad. Y si bien la citada Ley excepciona de su aplicación a los servicios sanitarios, mi intención es verificar si la autorización sanitaria de medicamentos en el territorio español coincide con las exigencias del Derecho comunitario. En relación al requisito de no discriminación, es necesario recordar que el propio artículo 49 TCE impone la supresión de toda medida nacional que suponga una discriminación por razón de la nacionalidad o de la residencia, y que afecte a sujetos nacionales de otros Estados comunitarios²¹¹. En el procedimiento de autorización, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios no distingue si el solicitante de dicha autorización es de nacionalidad española o de otro Estado miembro. Tratando de saber si dicha autorización está justificada por razón imperiosa de in-

²⁰⁵ RIVERO YSERN, Enrique, *op.cit.*, p. 151.

²⁰⁶ Ley 25/2009, de 22 de diciembre, en el marco de la adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. *BOE* n° 308 de 23 de diciembre de 2009.

²⁰⁷ Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. *BOE* n° 283 de 24 de noviembre de 2009.

²⁰⁸ Se distingue principalmente de la autorización administrativa porque ésta última da lugar a un acto administrativo otorgando un título habilitante para el propio desarrollo de la actividad; lo que es imprescindible si el interés general en cuestión es la protección de la salud pública. Para más información, ver LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos, *op.cit.*, p. 95.

²⁰⁹ LAGUNA DE PAZ, Jose Carlos, *op.cit.*, pp. 91 y ss.

²¹⁰ Asimismo, ver artículo de la citada Ley.

²¹¹ Las medidas nacionales discriminatorias sólo son admisibles, si están expresamente previstas por el mismo Derecho comunitario, como sucede, *ad ex*, con las actividades que participan del poder público (art.45 TCE), y con las limitaciones a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios por razón de orden público, sanidad pública o seguridad pública (art.46 TCE).

terés general²¹², no cabe duda de que la protección de la salud pública figure entre éstas mismas. Además, la peculiaridad del medicamento como “producto esencial para la salud” justifica las restricciones de las libertades comunitarias de establecimiento y circulación, si el objetivo perseguido es garantizar un abastecimiento seguro y de calidad de medicamentos a la población. En cuanto a la proporcionalidad de la autorización sanitaria, estamos convencidos de que el objetivo de protección de la salud no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz²¹³. Por la zona de incertidumbre científica que rodea el propio concepto de medicamento, reducir la intervención administrativa de las autoridades competentes a un único control a posteriori puede poner en peligro no sólo la propia salud de los individuos, sino generar también una situación de desconfianza entre los poderes públicos y los ciudadanos²¹⁴. En esta misma dirección, debemos acudir a una STJCE de 20 de febrero de 2001²¹⁵, donde se hacía hincapié en la necesidad de justificar el régimen de autorización administrativa previa²¹⁶, demostrando que²¹⁷: “dicho régimen es necesario para poder imponer obligaciones de servicio público y que es proporcionado respecto al fin perseguido, de forma que no podría alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas de la libre circulación de servicios, en particular, mediante un sistema de declaraciones a posteriori²¹⁸”. Asimismo, insiste el Tribunal señalando que: “por consiguiente, para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado,

aun cuando introduzca una excepción a una libertad fundamental, debe en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria (...). Además, cualquier persona afectada por una medida restrictiva basada en dicha excepción debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional²¹⁹”. Ya hemos tenido ocasión de resaltar la problemática de una posible incidencia indirecta de la Directiva de Servicios de 2006 en nuestro sector, que al menoscabar las exigencias del control previo, privilegia la realización de un control a posteriori. En mi opinión, la especificidad de un bien de consumo como el medicamento, obliga, si el objetivo sigue siendo el URM, al mantenimiento de una autorización previa a la comercialización del mismo en el mercado, y al fortalecimiento, de un sistema que pueda garantizar la salud pública; el sistema de Farmacovigilancia.

3. El medicamento necesitado de un control a posteriori: la Farmacovigilancia.

Con todo lo expuesto anteriormente, es evidente que un medicamento no es un producto inocuo y por ello, los requisitos de calidad, seguridad y eficacia son imprescindibles si el objetivo esencial es proteger la salud de los ciudadanos, y por ende, asegurar el logro del URM. Por ello, es significativo que el artículo 9.1 de la LGRUMPS, resalte la necesaria seguridad que debe concurrir en el medicamento señalando que “en condiciones normales de utilización no deberá producir efectos tóxicos, indeseables, o desproporcionados al beneficio que procura”. Lo cierto es que el medicamento no es un producto carente de efectos negativos, y para prevenir o reducir estos efectos nocivos para el paciente y mejorar así la salud pública, ha sido imprescindible crear y organizar mecanismos para evaluar y controlar el nivel de seguridad de los medicamentos. En efecto, el objetivo deseado es controlar la eficacia y seguridad de un medicamento en condiciones reales²²⁰, es decir una vez puesto

²¹² En este ámbito, merece la pena transcribir el contenido literal del artículo 4.8) de la Directiva de Servicios donde figura la definición de “razón imperiosa de interés general”: “razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, etc.”

²¹³ Art. 9.1.c) de la Directiva de Servicios.

²¹⁴ En este sentido, recordar que esta situación se ha producido en el territorio francés con el caso de la gripe H1N1.

²¹⁵ STJCE de 20 de febrero de 2001, asunto C-205/99, “Analir”.

²¹⁶ Información extraída de LOPEZ SAKO, Masao Javier: *Regulación y autorización de los parques eólicos*, Civitas, Navarra, 2008, p. 455.

²¹⁷ Información encontrada en la obra de LOPEZ SAKO, Masao Javier: *Regulación y autorización de los parques eólicos*, op.cit., p. 455.

²¹⁸ Apartado 35 de la citada Sentencia.

²¹⁹ Apartado 38.

²²⁰ La Exposición de Motivos de la LGRUMPS señala que: “Aunque los medicamentos han contribuido decisiva-

en venta, al saber que puedan existir reacciones adversas²²¹ que no estén detectadas durante el periodo de estudios de pre-comercialización de un fármaco. En este contexto, hemos de asumir que el riesgo cero no existe, y por ello, era necesario crear un sistema posterior a la autorización de comercialización del medicamento para asegurar una relación beneficio-riesgo²²² adecuada para la salud del paciente. En mi modesto entender, cuando la doctrina puso de manifiesto que la autorización sanitaria es el “elemento formal del concepto jurídico de medicamento²²³”, podríamos añadir que tanto el control previo como el control a posteriori forman parte del concepto jurídico del medicamento. Ante este panorama, nace en España²²⁴, la Far-

mente a la mejora de la esperanza y al aumento de la calidad de vida, en ocasiones plantean problemas de efectividad y de seguridad que han de ser conocidos por los profesionales por lo que cobra especial referencia el protagonismo que esta ley otorga al sistema español de farmacovigilancia del Sistema Nacional de Salud, con un enfoque más innovador, que incorpora el concepto de farmacoepidemiología y gestión de los riesgos, y la garantía de seguimiento continuado del balance beneficio/riesgo de los medicamentos autorizados.”

²²¹ El artículo 2.c) del Real Decreto 1344/2007 define las reacciones adversas como “cualquier respuesta a un medicamento que sea nociva y no intencionada, y que tenga lugar a dosis que se apliquen normalmente en el ser humano para la profilaxis, el diagnóstico o el tratamiento de enfermedades, o para la restauración, corrección o modificación de funciones fisiológicas. Este término incluye también todas las consecuencias clínicas perjudiciales derivadas de la dependencia, abuso y uso incorrecto de medicamentos, incluyendo las causadas por el uso fuera de las condiciones autorizadas y las causadas por errores de medicación.”

²²² Ver el artículo de GILLARD LOPEZ, Juan: “El balance beneficio-riesgo del medicamento (I)”, *Actualidad del derecho sanitario*, n°147, 2008, pp.223-226. Y del mismo autor, el artículo “El balance beneficio-riesgo del medicamento (II)”, *Actualidad del derecho sanitario*, n°149, 2008, pp.373-376.

²²³ En esta materia, ver VILLALBA PEREZ, Francisca Leonor: *La profesión farmacéutica*, op.cit., pp. 112-113.

²²⁴ En Francia, es el artículo R. 5144-1 del Código francés de la Salud Pública (CSP) que define el ámbito de la Farmacovigilancia: « La pharmacovigilance a pour objet la surveillance du risque d'effet indésirable résultant de l'utilisation des médicaments et produits à usage humain mentionnés à l'article L.511-1, des produits mentionnés à l'article L.658-11 et des médicaments et produits contraceptifs mentionnés à l'article 2 du Décret n°69-104 du 3 février 1969. » Además, los artículos R.5144-5 a R. 5144-22 del CSP precisan como se organiza el Sistema francés de farmacovigilancia. En este sentido, nótese que el sistema francés reúne las competencias de la Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria de los Productos de Salud; la Comisión Nacional de Farmacovigilancia (...); los Centros Regionales de Farmacovigilancia (...); los miembros de las profesiones sanitarias y (...) y las farmacias (...). Asimismo, cabe señalar que Francia coopera con las Institu-

macovigilancia²²⁵ definido en el artículo 53 en su apartado 1 de la LGRUMPS²²⁶ como: la “actividad de salud pública que tiene por objetivo la identificación, cuantificación, evaluación y prevención de los riesgos del uso de los medicamentos una vez comercializados, permitiendo así el seguimiento de los posibles efectos adversos de los medicamentos”. Además añade en su apartado 2 que “los profesionales sanitarios tienen el deber de comunicar con celeridad a los órganos competentes en materia de farmacovigilancia de cada Comunidades Autónomas las sospechas de reacciones adversas a las que tengan conocimiento y que pudieran haber sido causadas por medicamentos.” Sencillamente, su principal objetivo reside en analizar (es decir identificar, cuantificar, evaluar) y gestionar (adoptar medidas reguladoras, comunicar y prevenir) los riesgos de los medicamentos comercializados en el territorio español²²⁷. Asimismo, el Real Decreto 1344/2007, de 11 de octubre, por el que se regula

ciones internacionales en materia de farmacovigilancia. En otros términos, el sistema nacional francés de farmacovigilancia está integrado dentro de los sistemas internacionales de la Organización Mundial de Salud y de la Agencia Europea de los Medicamentos. En este sentido, Francia aplica las disposiciones del Reglamento 726/2004 haciendo obligatorio la notificación de la información relativa a las reacciones adversas presumidas de los medicamentos autorizados por la Comunidad. Además, comunica a la OMS todas las reacciones adversas halladas (A.LAUDE., B. MATHIEU., D. TABUTEAU., *Droit de la Santé*, PUF, Paris, 2007, pp.106-107.). Cabe señalar un dispositivo francés complementario llamado “Farmacodependencia” (pharmacodépendance) para vigilar los productos clasificados como estupefacientes y psicotrópicos (véanse artículos del Código francés de la Salud Pública R.5132-97 a R. 5132-116.). Es de competencia de la Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria de los Productos de Salud; y funciona de igual manera al dispositivo de farmacovigilancia. Para más informaciones en esta materia, recomiendo las obras de EY-RAUD, Sophie: *Evolution du contrôle du médicament en France*, Thèse pharm. Bordeaux II, 1986 ; y BENICHO, Christian : *Guide pratique de pharmacovigilance*, éd. Pradel, Paris, 1992.

²²⁵ DOMENECH PASCUAL, Gabriel: *El régimen jurídico de la Farmacovigilancia*, Thomson Reuters, Navarra, 2009.

²²⁶ Ver el Real Decreto 1344/2007, de 11 de octubre, por el que se regula la Farmacovigilancia de los Medicamentos de uso humano, *BOE* n°262, de 1 de noviembre de 2007. Real Decreto 711/2002, de 19 de julio, por el que se regula la Farmacovigilancia de Medicamentos de uso humano, *BOE* n°263, de 20 de julio de 2002. Real Decreto 520/1999, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española del Medicamento, *BOE* n°77, de 31 de marzo de 1999.

²²⁷ DE ABAJO, Francisco Javier: “Improving pharmacovigilance beyond spontaneous reporting”, *Int J Pharm Med*, n°19, 2005, pp. 209-218.

la Farmacovigilancia de los Medicamentos de uso humano²²⁸, incorporando las novedades introducidas en la Directiva 2004/27 de 31 de marzo de 2004²²⁹, entiende el Sistema Español de Farmacovigilancia (en adelante SEF), como una estructura descentralizada, coordinada por la AEMPS, que integra las actividades que las Administraciones sanitarias realizan de manera permanente y continuada para recoger, elaborar y, en su caso, procesar la información útil para la supervisión de los medicamentos, y en particular, la información sobre reacciones adversas, así como para la realización de cuantos estudios que se consideren necesarios para evaluar la seguridad de los medicamentos²³⁰. De forma general, la Farmacovigilancia gira, en España, en torno a dos Instituciones: El SEF, integrado por los Centros de Farmacovigilancia de cada Comunidades Autónomas y la Agencia Española del Medicamento y los profesionales sanitarios; el Comité de Seguridad de Medicamento de Uso Humano de la Agencia Española del Medicamento, órgano de asesoramiento técnico y científico de la AEM. La AEMPS es la coordinadora de SEF en España²³¹. Por ello, es de su competencia supervisar la permanencia y continuidad del Programa de notificación espontánea a las Comunidades Autónomas; establecer una red de proceso de datos para permitir a los órganos competentes en materia de farmacovigilancia de las Comunidades Autónomas, tener accesible de forma telemática toda la información recogida por

el SEF; promover y realizar los estudios de farmacoepidemiología; garantizar el acceso público a la información remitida por los titulares de la autorización de comercialización; entre otras cosas²³². Sin embargo, es importante significar que esta estrategia de seguridad que constituye la farmacovigilancia, no será efectiva sin la colaboración de los agentes del uso racional de los medicamentos. En este sentido, los profesionales sanitarios deben comunicar con celeridad a los órganos competentes en materia de farmacovigilancia en cada Comunidad Autónoma las sospechas de reacciones adversas de las que tengan conocimiento y que pudieran haber sido causadas por medicamentos²³³. Ante este panorama, es preciso resaltar la posición clave del farmacéutico. En efecto, por el hecho de estar directamente en contacto con el paciente, éste posee un papel privilegiado en la identificación de las reacciones adversas. Por ello, este profesional sanitario tendrá la obligación de notificar las sospechas de reacción adversa de los medicamentos autorizados; conservar la documentación clínica de las sospechas de reacciones adversas del medicamento, con el fin de completar o realizar el seguimiento, en caso necesario; cooperar con el SEF; mantenerse informados sobre los datos de seguridad relativos a los medicamentos que habitualmente dispensen; etc.²³⁴ De la misma manera, los titulares de las autorizaciones de comercialización tienen la obligación, para la buena consecución del SEF²³⁵, de disponer de una persona adecuadamente cualificada como responsable en materia de farmacovigilancia. En realidad, la Farmacovigilancia, para conseguir sus objetivos de seguridad, incluye a la industria farmacéutica²³⁶, a los profesionales

²²⁸ BOE n°262 de 11 de noviembre de 2007.

²²⁹ Las principales novedades destacadas son (ver Exposición de Motivos del Real Decreto 1344/2007):

1) El requisito de la notificación electrónica de reacciones adversas entre los diferentes agentes (Industria farmacéutica, agencias nacionales y EMEA) a fin de hacer posible la creación y mantenimiento de una base de datos europea de sospechas, que gestionara la EMEA, garantizando su accesibilidad a los Estados miembros.

2) La introducción del concepto de riesgos, entendiendo por tal la planificación de las actividades de farmacovigilancia con la intención de anticiparse a los problemas de seguridad de los medicamentos.

3) La introducción de medidas que minimicen los riesgos conocidos de los medicamentos y que permitan su comunicación efectiva (con especial mención a la farmacoepidemiología).

²³⁰ Artículo 2 del Real Decreto 1344/2007.

²³¹ Ver LARIOS RISCO, David: "Marco orgánico y funcional de un registro de sucesos adversos para el SNS", en Comares (Ed.), *Error Sanitario y Seguridad de pacientes-Bases jurídicas para un registro de sucesos adversos en el SNS*, Granada, 2009, pp. 52-57.

²³² Artículo 5 del Real Decreto 1344/2007.

²³³ Artículo 53.2 de la LGRUMPS.

²³⁴ Artículo 7 del Real Decreto 1344/2007.

²³⁵ Ver artículo 9 del Real Decreto 1344/2007.

²³⁶ Como recogen los autores J. ADIN y M.A SERRANO-CASTRO, la Industria Farmacéutica, como responsable de sus productos, se enfrenta al reto que supone detectar lo más pronto posible aquellos efectos adversos relevantes que son desconocidos en el momento de su comercialización. Conseguir este objetivo requiere la puesta en marcha de programas de farmacovigilancia adoptados a las características de cada medicamento y trabajar en estrecha colaboración con los profesionales sanitarios y con las Autoridades Sanitarias. Para más información, pueden consultar ADIN, Jain; SERRANO-CASTRO, Maria Antonia: "Participación de la industria farmacéutica en el desarrollo de programas de farmacovigilancia", en Instituto de Salud Carlos III (Ed.), *La Farmacovigilancia en España*, Madrid, 1992, pp. 131-133. También,

sanitarios así como los pacientes, en aras de la prevención de los riesgos y la adecuada ponderación de riesgos y beneficios en la utilización de los medicamentos²³⁷.

III.- CONSIDERACIONES FINALES

Creemos que el siglo XXI ha traído consigo una diversidad de dificultades para los poderes públicos españoles a la hora de elegir los instrumentos adecuados para hacer efectivo el objetivo del URM. Sencillamente, y como apunta M. C. VIDAL CASERO, el URM es una “meta a conseguir que consiste en maximizar los beneficios que se obtienen del uso de los medicamentos, en minimizar los riesgos que comportan su uso, minimizar los costes que originan y tener en cuenta las preferencias del paciente con relación a los medicamentos elegidos.”²³⁸ No obstante, la Administración pública se enfrenta a importantes retos que pueden ser destacados de la siguiente manera: En primer lugar, el impulso liberalizador europeo que se constata en el propio Derecho administrativo español, obliga a los poderes públicos a conciliar de forma rápida y eficaz las exigencias comunitarias con el interés general de protección de salud pública, protegido por la Carta Magna. Lo cierto es que pese a que la DS haya excluido de su campo de aplicación los servicios sanitarios, el legislador comunitario exige que la autorización administrativa respete los requisitos de no discriminación, necesidad y proporcionalidad; exigencia que, en mi opinión, puede menoscabar la esencia misma de la autorización sanitaria. Concretamente, no resulta necesario dichas exigencias cuando la salud de los ciudadanos esté en juego. Además, es una evidencia que la naturaleza del medicamento lleva consigo la necesidad de un control a priori para garantizar su calidad, seguridad y eficacia; un control que debe mantenerse firme en el ordenamiento jurídico español. En segundo lugar, conviene profundizar sobre la fuerte presión de los ciudadanos para participar de manera activa en todo lo que puede afec-

tar a la salud. Como ya lo hemos mencionado, y me repito, existe una constante reivindicación de los ciudadanos de participar en las decisiones públicas adoptadas sobre medicamentos, en particular en el procedimiento de autorización, mediante la información facilitada por los poderes públicos. No obstante, los ciudadanos, conscientes del papel que puedan tener en las decisiones de salud, tienen una mirada cada vez más inquisitiva hacia las decisiones públicas, haciéndonos olvidar que la protección de la salud pública, (y consecuentemente la meta del URM), constituye una obligación de medios por parte de la Administración y no de resultados. Hasta aquí, podría concluir señalando que el ¶intervencionismo administrativo se justifica, en el ciclo del medicamento, por tres razones: el mandato constitucional de protección de la salud pública (art. 43 CE); la denominada “sociedad del riesgo” en la que actualmente vivimos, donde se destaca (y como apunta C. CIERCO SIERA), la exigencia social que reclama a los poderes públicos una respuesta inmediata y sin titubeos frente a cualquier riesgo o amenaza puntual que en un momento dado se cierna sobre la salud²³⁹; y en consonancia con todo ello, la especificidad propia del medicamento que no puede concebirse sin un control a priori y a posteriori para garantizar la calidad, eficacia y seguridad del mismo.

recomiendo la lectura del libro VALLVE, Carlos: *Seguridad y Medicamentos (...)*, *op.cit.*, pp. 160-163.

²³⁷ Ver IV Jornadas de Farmacovigilancia, “Hacia la prevención del riesgo”, *op.cit.*, p. 4.

²³⁸ VIDAL CASERO, Maria del Carmen: “El desarrollo legislativo de la Ley General de Sanidad y la Ley del Medicamento y el Uso Racional del Medicamento. Su problemática”, *op. cit.*, p. 153.

ASPECTOS BIO-JURÍDICOS DE LOS TRASTORNOS DE LA CONDUCTA ALIMENTARIA: PASADO, PRESENTE Y FUTURO.

*Elena Martínez-Zaporta Aréchaga y
Rafael Fernández-Delgado Momparler*

I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PACIENTE. III. CLÍNICA DE LOS TCA. A) Diagnóstico Diferencial. B) Causas. C) Tratamiento y UTCAs. **IV. EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO:** juicio bioético y médico-legal. **V. ¿ES POSIBLE UN DELITO DE INDUCCIÓN A LOS TCA?** A) Acercamiento. B) La inducción al suicidio. C) La Vía francesa. D) Los TCA y el CP español. **VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN.

El 25 de noviembre de 1999 se publicó en el Boletín General del Senado (núm. 785) el *“Informe sobre condicionantes extrasanitarios de la anorexia y la bulimia, designada en el seno de la Comisión de Educación y Cultura (543/000018)”*. Para su redacción se propuso el estudio de tales condicionantes a distintos profesionales y asociaciones¹, que conectándose entre sí trazan el mapa

de la envergadura social de esta cuestión. Los resultados aportados por los participantes se exponen a lo largo del documento, que finaliza con unas conclusiones comunes y una serie de recomendaciones, dirigidas a modificar cánones e ideales de belleza anómalamente transmitidos, mejorando la información nutricional - mediante actuaciones directas de Salud Pública y campañas hacia padres y educadores- y proscribiendo cierta clase de publicidad difundida por la prensa y por la industria de la moda, tendentes a presentar a la mujer exitosa asociada a la delgadez y el escaso tallaje.

Tras su lectura podemos colegir que en España se había tomado conciencia de la gravedad de los

¹ Los grupos eran: 1. Profesionales de Medicina General y Psicología. 2. Asociaciones de afectados, Maniquí profesional y revistas femeninas. 3. Organizadores de Consumidores y Diseñadores. 4. Otros expertos y directores de pasarelas de moda. 5. Asociación “Andakuntza”, Gimnasia Rítmica y Anuncios Publicitarios. 6. Presentadoras de televisión, revistas femeninas, programas de radio y publicaciones especializadas en salud. 7. Empresas confeccionistas y Prensa diaria. 8. Especialistas en Salud Mental y Hospital “Niño Jesús”. 9. Gimnasia Rítmica, otros especialistas y Servicio Catalán de Salud.

10. Fabricantes de Juguetes. 11. Otros expertos, Concursos de belleza, Administración Pública y Profesores. 12. Ballet Nacional, Televisión, Asociaciones de Padres de Alumnos, Consejo de la Juventud y Especialista en Filosofía y Ética.

Trastornos de la Conducta Alimentaria (TCA) desde antes de esa fecha², que en esas páginas se nos muestran perfectamente las cotas de su magnitud, y que resulta posible influir sobre el comportamiento y los gustos de las personas para prevenir la enfermedad, con el cumplimiento riguroso de la legislación³ y suscribiendo “pactos de conducta”⁴ y/o Convenios con los agentes del mercado y autoridades competentes.

Sin embargo, y pese al interés inicialmente demostrado, las acciones programadas se han llevado a efecto –la mayoría- con mucho retraso⁵, ti-

² Se indica (Sr. Salido Eisman) en la p. 7 del Informe que en 1995, que ADANER (Asociación de Defensa contra la Anorexia y la Bulimia) en colaboración con el INSALUD elaboró en ese año un “Protocolo de Tratamiento” que no tuvo la acogida esperada por las instituciones sanitarias.

³ Por ejemplo en la Recomendación 1 hay un listado de esas normas: 1) “Que las tiendas ofrezcan variedad de tallas acorde con la población a la que van dirigidas y velen por el cumplimiento de lo exigido en el RD 1468/88, de 2 de diciembre, que aprueba el Reglamento de etiqueta, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios”. 2) “Fomentar el rigor en el autocontrol en los medios de comunicación, publicistas, anunciantes así como en los Directores de Programas y series televisivas según la Ley 22/1999, de 7 de junio, (...) sobre radiodifusión televisiva”. 3) “Se insta a la debida aplicación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y de la Ley 26/1984, de 19 de Junio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios”. 4) “Aplicación rigurosa del Real Decreto sobre publicidad engañosa y <<productos milagro>>, RD 1907/1996 de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria”.

⁴ Las comillas son nuestras. Se refieren a propuestas como las siguientes: 1) “Que los creativos publicitarios y los creadores de moda no utilicen la imagen de la mujer con un peso claramente inferior a unos límites saludables y fomenten nuevos modelos corporales más acordes con la realidad”. 2) “Evitar que los menores de 18 años exhiban ropas de adulto”. 3) “Evitar la aparición de dietas en publicaciones y programas destinados a menores de 18 años. En el caso del resto de medios de comunicación destinados a adultos, las dietas aparecerán avaladas por su número de colegiado y en Secciones de Salud bien especificadas”. 4) “Que el peso y la talla no sirva de criterio para aceptar o despedir a alguien”, etc.

⁵ Sin perjuicio de loables actuaciones de algunos servicios autonómicos de salud y otras instituciones que comentaremos en otros apartados, véase la temporalidad y contenido de las que se han emprendido según lo acordado: 1) El 02/10/2000 se firma un Convenio entre los Ministerios del Interior, de Educación y Cultura y de Sanidad y Consumo, y es el servicio de ediciones del Ministerio de Sanidad quien se encarga de editar la *Guía de Nutrición saludable y Prevención de los Trastornos Alimentarios*, en dos volúmenes que aparece en el año 2001. Se trata de unas unidades didácticas destinadas

al profesorado, que se completa con la propuesta de unos talleres para desarrollar en el aula sobre la correcta alimentación (puede descargarse de www.aesan.msc.es/aesa/web/AesaPageServer?idpage=56&dcontent=1419).

2) El 18/09/2003 *Diario Médico* se hace eco de la campaña lanzada por el Ministerio de Sanidad y Consumo en colaboración con la modelo Nieves Álvarez (autora de un libro donde contaba su experiencia como anoréxica), el Departamento de Psiquiatría Infantil del Hospital “Niño Jesús” de Madrid y la AEMP (Asociación Española de Medios Publicitarios), con el lema “La anorexia se lo lleva todo, si necesitas ayuda, pídelo. Yo lo hice”, en la que invirtió 600.000.-€.

3) En noviembre de 2005 la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) -dependiente del actual Ministerio de Sanidad y Políticas Sociales-, publica en su Boletín nº 7 la aprobación del código PAOS (Programa de Autorregulación de la Publicidad dirigida a menores) enmarcado en la “Estrategia NAOS” (Nutrición, Actividad física y Prevención de la Obesidad), por el que se obliga a los anunciantes a renunciar a estrategias de venta en pro de la comunicación de mensajes positivos relacionados con una buena nutrición.

4) El 30/05/2006, fruto del Convenio entre el Observatorio de Salud de la Mujer (del Ministerio de Salud y Consumo) y la Universidad Complutense de Madrid, se anuncia la impartición de un Programa Master de Doctorado de Formadores en Perspectiva de Género en Salud, cuyo Módulo 9 trata específicamente de *Alimentación y Nutrición* siendo su tema central estos trastornos (qué hacer para su prevención, cómo se confecciona una dieta saludable, etc);

5) A primeros de septiembre de 2006 los Organizadores de la “Pasarela Cibeles” (ejemplo que se siguió después en Barcelona para la “Pasarela Gaudí”), en colaboración con la Comunidad de Madrid y con el fin de promover la belleza fundada en “una imagen saludable”, impusieron a las modelos candidatas no tener un Índice de Masa Corporal (IMC) inferior a 18 (límite impuesto por la OMS) para ser elegidas para el desfile. Éste se calculaba por un endocrino que asistía al “casting”: un 30% fue descartado.

6) El 23/03/2007 se firma entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y la Asociación de creadores de Moda de España, la Agrupación Española de Género de Punto, la Federación Española de Empresas de la Confección, El Corte Inglés, Cortefiel, Inditex y Mango, un acuerdo de colaboración que recibe el sobrenombre de “Acuerdo para la Unificación de las Tallas”, con un plazo de implantación de cinco años que respeta la competitividad de las empresas afectadas y que posteriormente ha sido suscrito por más fabricantes españoles. Se funda la intervención del Ministerio en “los términos del art. 51 CE y de la Ley 26/84 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, porque le corresponde “ejercer las funciones de promoción y fomento de los derechos de los consumidores y usuarios, protegiendo su salud, su seguridad y sus legítimos intereses económicos, entre los que se encuentra el derecho a una información veraz sobre los bienes y servicios que se ofertan en el mercado” (Expositivo Primero). La Nota del Gabinete de Prensa del Ministerio de ese día hace un resumen de los detalles: a.- Se utiliza el cauce de la “autorregulación” porque no hay ninguna disposición legal obligatoria en este sentido: la norma UNE-EN 13402 de la Unión Europea es de carácter voluntario, así que los firmantes se comprometen a “adaptar la información sobre las tallas de

midez y desgajadas unas de otras –como si cada una de ellas no fuera parte de una estrategia concebida con unicidad-, lo que es evidente que ha restado la efectividad pretendida.

En Marzo de 2006 el Plan de Calidad del SNS⁶ (propulsado por la Agencia de Calidad) en su Objetivo 10.2 (p. 48 y núm. 137 de p. 85) proyecta “Elaborar Guías de Práctica Clínica de interés

sus prendas” a aquella (Cláusula Tercera titulada “Contenido de la Información”); b.- El fin es que se homogeneicen las tallas de ropa en el territorio nacional, lo que tiene, además, la virtualidad de informar al consumidor información “veraz, homogénea y comprensible” acerca de estas tallas; c.- Para conseguirlo se realizará un estudio antropométrico con la participación del Instituto Nacional del Consumo, que comienza en esa fecha y tardará en completarse un par de años, sobre una muestra de 8.500 mujeres, de entre 12 y 70 años, representativas de la población femenina española en 61 localidades de nuestra geografía, para conocer las medidas corporales más frecuentes (estándar biométrico de la mujer española). Este proceso se realizará mediante unas cabinas “dotadas con equipos de captura de imagen en tres dimensiones, que proporcionan medidas longitudinales y perimetrales de las mujeres”; d.- Los perfiles biométricos no sólo condicionarán el tallaje, sino también a los “soportes físicos” (maniquies) y los modelos e.- En el enlace www.msc.es/gabinetePrensa/notaPrensa/desarrolloNotaPrensa.jsp?id=788, puede leerse esta Nota que al final incluye el texto del convenio y un dossier explicativo del citado estudio que son descargables.

7) El 02/07/2007 la AESAN abrió un apartado en su web (www.aesan.msc.es) para informar vía Internet a los consumidores de las “dietas milagro”, que era demandado desde numerosas instancias, en particular desde la SEEN (Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición), la SEEDO (Sociedad Española para el Estudio de la Obesidad) y la FESNAD (Federación Española de Sociedades de Nutrición, Alimentación y Dietética), que además colaboran con la Agencia.

⁶ Y que se gesta a partir del “Proyecto GuiaSalud” creado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, cuyo objetivo es “la mejora en la toma de decisiones clínicas basadas en la evidencia científica (MBE por sus siglas en inglés), a través de actividades de formación y de la configuración de un registro de Guías de Práctica Clínica (GPC) en el SNS”. Unido a él se edita un folleto divulgativo el público en general. El concreto Programa de elaboración de GPCs comienza el 15/06/2006, y además de los TCA también se confecciona la GPC sobre la Esquizofrenia y el Trastorno Psicótico Incipiente, junto al documento “Convivir con la Esquizofrenia”. Hoy .las disponibles se encuentran en el siguiente enlace compartido por el Ministerio y el Instituto de Salud Carlos III: “Plataforma AETS/isciii – Todas las Guías de práctica Clínica”. Hacemos un inciso para comentar que la Medicina Basada en la Evidencia es una corriente que se está imponiendo lentamente en la actividad asistencial y que procede del campo de la investigación científica -sobre todo, a la hora de tratar pronósticos difíciles- la cual utiliza como máxima el conjunto de los datos de las experiencias obtenidas en supuestos similares. No obstante, tiene muchos detractores.

global para el Sistema Nacional de Salud (...) entre ellas Guías de Práctica para el adecuado manejo de: (...) Problemas de salud mental: Trastornos del comportamiento alimentario, Ansiedad, Depresión, Esquizofrenia y Trastorno Bipolar”. Al fin en Febrero de 2009 se edita la “Guía de Práctica Clínica sobre Trastornos de la Conducta Alimentaria⁷”. El capítulo 12 se titula “Aspectos Legales relativos a personas afectadas de TCA en España”, y aborda en tres puntos clave qué hacer con el paciente cuando éste rechaza el tratamiento (12.1) y con la expresión de su voluntad (12.2 y 12.3).

La respuesta aconsejada⁸ al primero de ellos (“12.1. ¿Cuál es el procedimiento a seguir ante la negativa de una persona de TCA a recibir un tratamiento?”), hace un guiño cómplice a la decisión tomada por la Audiencia Provincial de Barcelona en el Auto (de la Sección 18ª) núm. 62 de 14 de Marzo de 2006, (AC 2006, 274) - pionera para muchos-, que revocaba la negativa de un Juzgado de Badalona a internar forzosamente a una mujer que padecía anorexia, solicitud que fue elevada por su familia.

Unos años antes, y coetáneamente a la anterior, el 04/04/2006 se recogió en *Diario Médico* una reseña a este asunto que no es baladí –con ocasión de la entrevista al Prof. Joan SEUBA tras su ponencia⁹ en el Master de Derecho Sanitario y Bioética de la Facultad de Derecho de Albacete-, pues enfrenta la teoría con la praxis diaria, en la difícil tarea de determinar cuáles son los límites a la autonomía de un paciente, al que la ley permite desautorizar la asistencia médica *ad hoc* ... En

⁷ Por el Grupo de Trabajo de la Guía (Ministerio e Instituto de Salud Carlos III) y siendo la edición a cargo de Agència d’Avaluació de Tecnologia i Recerca Mèdiques de Catalunya (AATRM, Agencia de Evaluación de Tecnología e Investigación Médicas de Cataluña). El enlace: www.gencat.cat/salut/depsan/units/aatrm/pdf/gpc_trastor_cond_alim_aatrm-09.pdf.

⁸ No se olvide que la existencia de una Guía o Protocolo no quiere decir que eso sea obligatorio. De hecho, en la p. 3 se indica expresamente: “Esta guía de práctica clínica (GPC) es una ayuda a la toma de decisiones en la atención sanitaria. No es de obligado cumplimiento ni sustituye el juicio clínico del personal sanitario”.

⁹ SEUBA TORREBLANCA, J.C. “Negativa a tratamientos médicos y tratamientos obligatorios”. Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra, III Master en Derecho Sanitario y Bioética de la Facultad de Derecho de Albacete (Abril 2006).

opinión del entrevistado “no disponemos de una configuración legal ni de experiencia jurisprudencial española para saber cuándo procede y cuándo no procede un rechazo”, aunque si hay que imponer un tratamiento se valorará “atendiendo a la capacidad natural del sujeto”. Esto es, de ordinario dos son las limitaciones observables: el daño a terceras personas, que no plantea dudas más allá de su efectiva comprobación; y, el daño a uno mismo, para el que los profesionales habrán de indagar en aquella capacidad y en si está o no afectada por la enfermedad. En el caso de la anorexia (AN) y la bulimia (BN) -los trastornos alimentarios por antonomasia-, es el propio mal que se quiere curar el que forja la actitud obstruccionista en el afectado y causa la labilidad mental bajo sospecha, y objeto de evaluación.

En realidad, y aunque sí estamos de acuerdo en que son pocos los pronunciamientos judiciales que se refieren más o menos a este tema –por lo que su utilidad va a ser algo tangencial-, legislativamente la antesala de lo que vendrá después está en el art. 9. 3 a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, (en adelante LBAP) dedicado al “paciente impedido circunstancialmente para tomar decisiones”¹⁰.

Adelantamos que no es admisible una única solución porque los TCA son multifactoriales, y cada vez es más amplio el arco poblacional de edad y sexo que lo sufre. En no pocos casos se tendrá que acudir al Comité de Ética Asistencial correspondiente porque los sanitarios se verán desbordados por la complejidad del conflicto a resolver.

Aprovechando el “tirón mediático” que en el verano de 2008 provocó la noticia de que en Francia se criminalizaría la publicidad que haga apología de estas enfermedades (bajo el “Delito de Inducción a la AN o BN” -con especial atención a la que se difunde por Internet en los portales web llamados “Proanorexia” o pro-Ana y “Probulimia” o pro-mía-); nuestro cometido consiste en comunicar las herramientas, los aciertos, los fracasos y las posibilidades al alcance de profesionales, pacientes y familiares que les ayuden en esta dura lucha, y

porque no queremos que los buenos propósitos se aletarguen, sino que se avance, se reaccione y se nos proteja.

II.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y PACIENTE.

Prima facie los Derechos Humanos son constitucionales al hombre, en su naturaleza y son anteriores a cualquier codificación, pero para poder hablar de su contenido y función es preciso que se codifiquen.

LAPORTA siguiendo a RAZ (1984) en su trabajo “Sobre el Concepto de Derechos Humanos”, disecciona la noción de “derecho”¹¹ para distinguir entre “derechos-núcleo” y “derechos-derivados”. Los primeros vienen a ser “derechos <<constituidos>> por el sistema normativo”, y se diferencian de los segundos porque éstos “se pueden considerar <<implicados>> en los <<derechos núcleo>> y que, por tanto, son susceptibles de ser obtenidos deductivamente a partir de éstos”; de tal manera que, “Todo sistema normativo que crea un derecho iniciará así con ello una cadena de derechos derivados”.

No obstante ser este concepto de clara índole filosófica, pueden distinguirse dos posturas, según se tienda más o menos al “positivismo”, esto es, según si se contemplan como “<<derechos morales>> o <<derechos legales>>”¹². Sin embargo ambas consideraciones son caras de la misma moneda y cada una le aporta caracteres propios. Así la dimensión moral señala sus rasgos formales. Sobre estos existe consenso y su explicación en esencia no varía de unos tratadistas a otros. Tales son:

a) Universales: ya hemos dicho que pertenecen al hombre en tanto que Ser Humano, localizan a

¹⁰ Es una expresión de DOMÍNGUEZ DUELMO, A., que más tarde desarrollaremos. *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*. 2ª Ed., Lex Nova, 2007. p. 374 (- 378).

¹¹ LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. *Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante)*. Vol. Nº 4. 1987. p. 31. Dice que los componentes aislados de un “derecho” que hemos de aceptar que existe antes de su plasmación normativa, son: “a) La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de b) ... una posición, situación, aspectos, estados de cosas, etc ... c)... que se considera por el sistema normativo un bien tal que constituye una razón fuerte ... d) ... para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades, la puesta a disposición de técnicas declamatorias, etc”.

¹² Ibidem. p. 32.

éste en el epicentro de la acción, como “Agente Moral”, situado fuera de corsés institucionales, y que concreta su adscripción: determina que los titulares somos todos.

b) Absolutos (aunque podríamos decir que es más exacto hablar de una “vocación al absolutismo”): identificándose con la “fuerza” y “urgencia” de su exigibilidad. Son entonces “afirmaciones de intereses o necesidades básicas (BENN, HIERRO, 1982) pudiendo ello corresponder con “esas mínimas condiciones bajo las que los seres humanos pueden prosperar y que deben ser aseguradas para ellos, si es necesario con la fuerza (KLEINIG, 1978)¹³”; se trata entonces de un criterio superior de decisión moral.

c) Inalienables: LOCKE, GROCIO, BROWN en 1965 y RICHARDS en 1969), van a señalar que significa que “son irrenunciables incluso por sus propios titulares¹⁴” entendido como “inmunidad”¹⁵, esto es, que “son atribuidos a cada uno ineludiblemente”.

Pero el estudio de los Derechos Humanos contiene otras dos dimensiones, que singulariza VELASCO¹⁶, y que nos permiten avanzar conceptualmente hacia los Derechos Fundamentales como versión integradora de los tres niveles aludidos, preciso para dotarles de un “equilibrio reflexivo que articule los distintos momentos de lo práctico¹⁷”:

- La dimensión política: “porque la garantía de los derechos fundamentales de la persona humana ha llegado a convertirse en una especie de suprema instancia legitimadora del ejercicio de cualquier poder político, como su presencia en argumentaciones de tipo ideológico y su amplia utilización polémica”¹⁸; y,

- La dimensión normativa: dado que “poseen una tendencia interna a la codificación jurídica estable, superadora del carácter de reintervención constante propio de la moralidad, pudiéndose configurar así, en cualquier momento, como derechos reconocibles socialmente”.

ALEX¹⁹ aduce que hay tres razones para “la necesidad de transformación de los derechos humanos en derecho positivo: el argumento del cumplimiento, el argumento del conocimiento y el argumento de la organización”. Todos ellos abordan el paradigma de la coerción para disuadir a aquellos individuos que son inmorales porque no los respetan, lo que habrá que hacer proporcionalmente y de un modo organizado, y refleja la “necesidad del Derecho y del Estado”. Pero paradójicamente, esta afirmación “contrasta de manera peculiar con la experiencia, según la cual nada puede amenazar más los derechos humanos que el Estado mismo, y por tal motivo son derechos de defensa del ciudadano contra el Estado”, lo que conduce a “la necesidad del Estado Constitucional Democrático²⁰”. Un elemento de la seguridad del Estado es la división de poderes, pero ésta no señala límites por sí sola, lo que sí se obtiene vinculando al poder legislativo a los Derechos Humanos: “El recurso clásico para el logro de tal vinculación es la incorporación de los derechos humanos en la Constitución. Los derechos humanos se convierten así en derechos fundamentales. De esta manera obtienen no sólo una validez jurídica, sino también rango constitucional²¹”, y de donde se puede añadir –y como proclama el Autor– que una Constitución que se basa en derechos humanos es legítima.

por el poder (sólo en las sociedades democráticas), hecho fundante básico, se incorpora al Derecho positivo”.

¹⁹ ALEX¹⁹, R. “La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático”, en *Revista del Instituto Bartolomé de las casas*. Año 5º, nº 8, 2000. Traducción de Cecilia Añaños Meza del original que data de 1998. p. 31. Para este catedrático, los derechos humanos se diferenciarían de otros derechos por las características de: Universalidad, Validez Moral, Fundamentalidad, Prioridad y Abstracción.

²⁰ Ibidem. p. 35.

²¹ Ibidem. p. 36. El Autor introduce también otra diferencia que no debe obviarse, una vez “transformados” los derechos humanos en fundamentales, estos se constituyen en “derechos frente al Estado”, mientras que los derechos humanos “son además derechos frente a otros seres humanos”. P. 37.

¹³ Ibidem. p. 37.

¹⁴ Ibidem. p. 43.

¹⁵ Ibidem. p. 43: “Un hombre por miedo o por ignorancia, puede aceptar o someterse a una violación, pero no puede entenderse que se ha consentido moralmente a ello” (son palabras de Brown que recoge el Autor).

¹⁶ VELASCO ARROYO, J.C., “Aproximación al concepto de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*. Vol. Nº 7, 1990, Madrid. p. 271.

¹⁷ Ibidem. p. 271.

¹⁸ Ibidem. p. 271, G. PECES-BARBA otorga a la dimensión política la función mediadora entre los tres nombrados, lo cual inserta el autor en este discurso: “Sólo se puede hablar de derechos fundamentales cuando esa moralidad, impulsada

Consecuentemente nuestra Carta Magna comienza y se vertebra entorno a un catálogo de Derechos Fundamentales de los que es predicable una doble instancia jurídica: la subjetiva y la objetiva²², incorporada esta última a través de los arts. 1.1, 9.2 y 10.1 CE. Lo que conlleva alterar *“la tradicional posición de los poderes públicos con relación a ellos, pues sus obligaciones no se reducirían a la prohibición de no lesionar el ámbito de la libertad que garantizan al individuo, vinculación negativa, sino que le impondrían además el deber de adoptar todas aquellas medidas que, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, se orienten a lograr su efectiva vigencia, vinculación positiva”*. En síntesis, *“los derechos fundamentales no son límites al poder, sino líneas directrices que orientan su actuación”*; y de manera que, *“de ser primordialmente derechos subjetivos, quedan convertidos en institutos, bienes o valores a los que se atribuye un determinado contenido o fines y a cuyo cumplimiento se subordinan la vertiente subjetiva y la acción de los poderes públicos”*²³.

Ello se completa instituyendo un Tribunal especial que interprete y declare la compatibilidad de las normas y los actos emanados en el ejercicio de cada poder público con aquellos valores objetivos y su intensidad subjetiva, lo que recae en el Tribunal Constitucional.

El Juez de la Constitución a través de diversas resoluciones ha establecido una línea paralela de interpretación de los derechos de los artículos 15, 16 y 17 CE: a la vida, a la integridad física/psíquica y a la intimidad personal, a profesar la ideología y creencias que se desee, y a la libertad. Y lo ha hecho desde un punto de vista reaccional, que ARRUEGO denomina *“negativo”* en cuanto

que proscribe la agresión a los bienes protegidos por la norma, pero impide la *“autodeterminación”* del individuo: que éste pueda disponer libremente del objeto protegido, que a *sensu contrario* significaría, en el supuesto más extremo, permitirle decidir sobre su propia existencia.

La técnica empleada limita los derechos fundamentales —se adjetivan de *cuasiabsolutos*— *“en virtud de un juicio de proporcionalidad construido sobre derechos y bienes cuyo titular es el propio ciudadano afectado por la restricción”*; si bien, *“resulta evidente que, por construcción, no pueden existir conflictos entre derechos fundamentales, o entre derechos y bienes, de los que es titular una misma persona”*²⁴.

En este contexto, el TC ya ha afirmado que la salud de las personas *“forma parte del objeto del derecho fundamental a la integridad física y moral e, incluso, del derecho fundamental a la vida”*²⁵. El art. 2 LBAP enumera sus principios básicos, consignando en su apartado 1 que lo son primordialmente: *“La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica”*. Recordemos que esta ley adapta para todo el territorio nacional los postulados del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, hecho en Oviedo, en la Asamblea del Consejo de Europa de 4 de Abril de 1997²⁶. Sin embargo dicha declaración de principios lo que exalta es su *“filiación constitucional”*²⁷, más allá del fundamento pro-

²² Que efectivamente, tienen su origen en la doctrina científica y jurisprudencial germanas las cuales reconocen junto al *“haz de facultades o posibilidades legítimas de actuación”* (dimensión subjetiva), el aspecto de *“normas de principio de carácter jurídico objetivo”*, que supone a la postre la coordinación entre *“cada uno de los derechos individualmente considerados”* y el significado del sistema de los derechos fundamentales en su conjunto, que crea un *“orden objetivo de valores que orienta e impulsa la acción de los poderes públicos como fundamento del orden político y la paz social”*. ARRUEGO, G. “Sobre el marco constitucional de la Asistencia Sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español”. *Derecho y Salud*. Vol 15. Num. 1. Enero – Julio 2007. p. 135.

²³ Ibidem. todos los extractos pertenecen a la p. 135.

²⁴ La reflexión acaba aludiendo a lo que hemos expuesto más arriba: *“Por ello, por ejemplo, el art. 10.1 de la Constitución alude al respeto <<a los derechos de los demás>> como fundamento del orden político y de la paz social”*. Ibidem. p. 135, a la que pertenecen también las otras comillas del párrafo no señalizadas.

²⁵ Ibidem. p. 133. Vid. nota 57.

²⁶ Ratificado por España el 23/07/1999, y publicado en el BOE núm. 251 el miércoles 20 de Octubre de 1999.

²⁷ JIMENA QUESADA, L., *“La tutela constitucional de la salud: entre el consentimiento informado y la información consentida”*. En, VARIOS, *La salud: intimidad y libertades informativas*. 1ª Edic. Tirant lo Blanc, 2006. La reflexión pertenece a la p. 50, destacando que ello es imitado en sus homónimas autonómicas. Así por ejemplo, la Ley 1/2003, de 28 de enero de Derechos e información al Paciente en la Comunidad Valenciana dice en su Exposición de Motivos: *“La CE reconoce en su art. 43 el derecho a la protección de la salud, parcialmente desarrollado por la Ley 14/86, de 25.04, General de Sanidad, que se encuentra presidida por el deseo de ga-*

gramático del art. 43 CE²⁸, que es el basamento de la organización prestacional sanitaria en España²⁹ y referente necesario de las normas que la regulen³⁰. Al margen de los trágicos sucesos históricos que dieron lugar a la preocupación sobre la investigación con seres humanos, y a que la medicina es susceptible de influir en el curso natural de la vida; planea asimismo la certeza de que las Ciencias de la Salud comportan riesgos innatos que pueden menoscaban la integridad física y psíquica, y que aunque no se trata de una ciencia exacta y su destinatario no tiene –salvo que asimismo sea médico– el conocimiento para cuestionar la actuación de sus facultativos, se le debe proporcionar un mínimo orientativo y veraz que haga hábil su participación en el proceso.

En la trabazón entre este “*anclaje iusnaturalista*”³¹ –su origen en el respeto a los Derechos Humanos³² y su posterior codificación en las Cons-

rantizar una prestación sanitaria plenamente respetuosa con la dignidad de la persona y la libertad individual”.

²⁸ En él se recoge el derecho a la protección de la Salud, que coloca en el Capítulo III, *De los principios rectores de la política social y económica*.

²⁹ Uno de los que mejor ha aclarado en qué consiste éste, es sin duda, es ENÉRIZ: “no es un derecho de reivindicación y satisfacción inmediata <<hic et tunc>> (aquí y ahora) y cuyo supuesto incumplimiento dé derecho a su titular a tomarse la justicia por su mano cuando crea que está siendo vulnerado”. Bien al contrario, “El derecho que garantiza el art. 43.1 CE es un derecho subjetivo público, que es tanto como afirmar que es, primero, el derecho a obtener una prestación de la Administración, y, segundo, en caso de no obtenerse, (se adquiere) un derecho que faculta al titular ante la Administración a reclamar a posteriori por los cauces establecidos legalmente su obtención o reparación”. Y por tanto “No es un derecho de respuesta inmediata, como lo puede ser el derecho subjetivo privado de un cliente o de un arrendatario de servicios que ve que no obtiene el bien objeto de su contrato y en ese momento decide no cumplir con sus obligaciones ante el tercero privado.. ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. “Administración Sanitaria y Violencia Laboral: propuestas frente al problema”. *Derecho y Salud*. Vol. 15, núm. 2, Julio – Diciembre de 2007. p. 224.

³⁰ Se insiste en esto para que no se confunda la política de sanidad con los derechos fundamentales y la autonomía del paciente: la salud estamos viendo que está protegida en el art. 15 CE, por tanto, en nuestra opinión, de momento no hace falta añadir un derecho más, ni criticar la ubicación del art. 43 que está donde debe estar.

³¹ Es una expresión de ARRUEGO. Op. cit. p. 125.

³² Enlazando con lo que hemos tratado más arriba, no hemos de olvidar su legitimación filosófica tomada en el Derecho Natural. Comentarios ad hoc encontramos en <http://serbal.pntic.mec.es/cmuno11/index.html>. *Rei. Revista de Filosofía*. MESTRE CHUST, J.V. “Legitimación filosófica

tituciones de los países democráticos- y las peculiaridades de la actividad, nace el Derecho a la Autonomía del Paciente apoyado en una postura que mayoritariamente encumbra su ejercicio como una autoafirmación “*del enfermo frente al <<poder>> de los profesionales y de la técnica*”³³. Éste ejercicio se desdobra en dos sentidos:

- Uno amplio que comprende respetar “*todas las decisiones en lo relativo a las actividades sanitarias que le afecten directamente*”, como por ejemplo, la elección de Centro y de médico, la petición de segunda opinión, etc);

- Otro estricto: por el que se entiende la facultad de aceptar o no “*la aplicación de determinadas terapias o técnicas biomédicas sobre él mismo, tras ser informado adecuadamente acerca de su estado y las posibles alternativas*”³⁴, lo que se lleva a efecto mediante el llamado *consentimiento informado*.

No quiere decir que el médico tradicional – anterior a estas leyes- guardase silencio total ante su paciente, y que no contase con su aprobación para las maniobras que se realizaba sobre él. Lo que ocurría es que solía abrazar una actitud paternalista y bien intencionada, por la que disponía los tratamientos y la terapéutica que era mejor para él, sin tener mucho en cuenta sus opiniones, creencias, o sin dar opción al rechazo de todo. Ahora el paciente es también “partícipe”, y la exigencia de recabar su asentimiento entronca con el iusnaturalismo advertido, descansando en dos cuestiones principales:

- La desigualdad en técnica con el médico –que cada vez es más patente dados los adelantos que día a día aparecen en las ciencias-; y,

de los derechos humanos”, y en BUENO, G. *El sentido de la vida*. Pentalfa. Oviedo, 1996. Cap. V. “Los derechos humanos”. p.p. 337 y ss. En su trasunto a derechos positivos, las características enunciadas se limitan, pero su esencia permanece. Quiere decir que el individuo, en la defensa, por ejemplo, de su derecho a la intimidad, no puede infringir otros bienes y derechos constitucionales que se reconocen a otros terceros que interaccionan en sociedad con él, e incluso en detrimento de los agentes sanitarios.

³³ JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. “El Paciente y su capacidad de decidir en el Ordenamiento Jurídico español”. p. 132, al citar a la Prof. MARCOS DEL CANO (nota 19). En VARIOS, *Bioética y bioderecho, Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*. Granada, 2008. Dir. JUQUERA DE ESTÉFANI, R.

³⁴ Ibidem. p. 132.

- La situación de enfermedad, de especial vulnerabilidad, en cuanto que disminuye las capacidades y deseos de quien la padece, incluso hasta el punto de no poder hacerse escuchar por sí³⁵ no cediendo por esta causa este deber.

Desde otro punto de vista concretaríamos al fin las dos vertientes del contenido del consentimiento informado³⁶:

- La objetiva: representada por el estado de la Medicina en cada momento o lo que se sabe de la intervención en esa fecha, que hay que tamizar y sintetizar al sujeto decisor para transformarlo en información comprensible (“mínimo orientativo” dicho *ut supra*), veraz, desprovista en la medida de lo posible de tecnicismos, y adecuada³⁷.

- La subjetiva: representada por la capacidad natural de la persona sobre la que se va a actuar.

En presencia de incapaces o menores –no maduros– no hacen falta mayores cautelas porque el art. 9.3 LBLA en sus apartados b) y c) establece que se otorgará el consentimiento por representación y serán los tutores y padres del menor los que consentirán. Pero se prevé un supuesto más que atribuye la facultad de examinar esa capacidad al profesional responsable del tratamiento: en el párrafo a). Procede éste cuando se observa que el sujeto no se encuentra “en condiciones”, o, con otras palabras, que en ese momento al que se refiere la atención, su “estado psíquico no le permite hacerse cargo de su situación³⁸”, que puede ser “cir-

cunstancial en el caso de pacientes con plena capacidad de obrar” o “permanente en el supuesto de presuntos incapaces”. Esto es, alguien mayor de edad “no capaz en sentido vulgar pero no jurídico³⁹”. Ante esta otra situación la previsión es la misma, esto es, se autoriza a sustituir⁴⁰ la declaración de voluntad de ese paciente por su “representante legal”⁴¹ y si no lo tiene “lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

No obstante, el verdadero caballo de batalla es que esta solución legal se refiere a situaciones a las que iguala por su conclusión (afectación de capacidad natural = se sustituye el consentimiento por los terceros prevenidos en la ley), pero que en la práctica pueden ser diferentes, dado que no indica (y ni siquiera se remite a otro cuerpo normativo, más allá de la remisión genérica del art. 2.4 LBAP), qué hacer cuando el paciente se opone al tratamiento. Quiere ello decir, que el problema no está con que la persona que recibe la asistencia, pese a no haber sido incapacitada (por ejemplo ancianos o minusválidos psíquicos) y por sus condiciones, no comprenda y sea inútil explicarle en qué consiste la intervención, sus riesgos, cómo deberá prepararse para ella, etc; sino con quien sí lo entiende, *a priori*, (o se le juzga con capacidad para entenderlo) pero lo rechaza.

Este rehúse puede ser o no legítimo. Lo será cuando esté fundado en objeciones constitucionalmente admitidas. Si lo es, el consentimiento no será sustituido por nadie y, por ejemplo, se podrá preguntar a los Comités de Ética Asistencial sobre

³⁵ Y no por ello se le aparta del proceso decisivo quedando sustituida su voluntad por la del médico, sino que la ley prevé esta contingencia de modo tal, que persiste la obligación de informar una vez superada la urgencia o actuación en peligro de muerte, tan pronto como pase ésta (Ej. Art. 10 *in fine* de la Ley 1/2003 de Derechos de los Pacientes e Información Clínica de la Comunidad Valenciana).

³⁶ JIMENA QUESADA, L. Op. cit. p.p. 52 y ss.

³⁷ La adecuación es una modulación informativa que se deduce teniendo en cuenta la edad y el nivel cultural del destinatario, y en el caso en que se aprecie que éste no está en condiciones de comprender, de saber, o de dar su autorización, hay que dirigirse a los familiares o convivientes del que será intervenido o explorado a fin de recabar aquélla.

³⁸ DOMÍNGUEZ DUELMO, A. Op. cit. p. 375. En la página anterior se habla de “estado físico y psíquico” en consonancia con el tenor del precepto (art. 9.3 a), pero luego se acentúa la preponderancia del segundo sobre el primero, tal como hemos recogido textualmente. Nos sirve de excusa para ir apuntando hacia nuestro siguiente epígrafe, puesto que el art. 763 LEC sólo habla de “trastorno psíquico”. Tratándose de AN y BN la psique induce a un estado físico débil

que contribuye a la inestabilidad mental, por lo que en este caso, predomina en elemento psicológico.

³⁹ Ibidem. p. 375. Criticando el Autor que hubiera sido más acertado hablar de alguien “no competente”, puesto que la alusión a la capacidad admite confusiones y desde luego es obligado aclarar. Pero es que en este punto el legislador se inspiró en el art. 6.3 del Convenio de Oviedo que, a la postre, ostenta una redacción similar: “Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley”.

⁴⁰ Ibidem. p. 346: en la Proposición de Ley se aludía al “consentimiento por sustitución”.

⁴¹ Aunque no parece muy acertado referirse a ése porque ya hemos indicado que los incapacitados por sentencia firme están regulados en el apartado b) (esto también lo critica DOMÍNGUEZ en Op. cit. p. 376.)

otras alternativas terapéuticas -aunque no tengan la misma efectividad-, ante la negativa de un Testigo de Jehová a ser transfundido, y para no dañar sus convicciones morales⁴². El Prof. GONZALO ARRUEGO cita tres enclaves desde donde reconocer la legitimidad de la decisión y, por tanto, no poderse proteger la imposición del tratamiento único o más beneficioso:

a) El derecho a la integridad física o moral. b) La citada libertad ideológica y religiosa.

c) El derecho fundamental a la intimidad⁴³.

Sin embargo, esto no es automático y preventivamente lo correcto es someter esta cuestión a los Tribunales. No se accederá a los deseos del paciente cuando *“dicha negativa suponga afección alguna en bienes o derechos constitucionales ajenos a su esfera jurídica”*⁴⁴. Empero, tanto si se acuerda la intervención coactiva como si se respeta la negación, ha de haber una justificación constitucional, en tanto que la actuación forzosa constituye una restricción de ciertos derechos fundamentales.

Si bien está establecido que *“cualquier intervención sanitaria realizada sin contar con o en contra de la voluntad del paciente constituye, prima facie, su vulneración”*, si se realiza se habrá de conjugar la posible lesión a sus derechos, con los que están fuera de su alcance y pueden ser asimismo lesionados con su actitud. Es aquí donde cobra protagonismo la interpretación del TC sobre el contenido de los primeros (aquellos en los que se

funda el objetor: arts. 15, 16, 17 CE), que según hemos dicho no es positiva, ilimitada o autodeterminativa, sino que es negativa, *“consecuencia de una potestad puramente defensiva que proscribire toda intervención no consentida en su integridad física o moral”*⁴⁵.

La única vez que el TC se ha pronunciado sobre la *“constitucionalidad de la asistencia sanitaria coactiva en sentido estricto”* ha sido con ocasión *“del progresivo agravamiento del estado de salud de una serie de reclusos que habían decidido iniciar una huelga de hambre reivindicativa contra la política penitenciaria del Gobierno”*⁴⁶. En estos casos se autorizó la asistencia forzosa, tras examinar el conflicto generado entre la libertad ideológica y el entramado de relaciones jurídicas complejas (o de especial sujeción) que se instauran entre los encarcelados y los centros penitenciarios⁴⁷; y porque su vida corría peligro. Congruentemente el TS ha condenado por dos veces al Ministerio del Interior a indemnizar a los familiares de un preso que fallece de SIDA:

- En la STS (Sala Contencioso – Administrativa, Sección 6ª) de 8 de julio de 2002 (RJ 2002, 6548), con aplicación de la concurrencia de culpas, porque la administración penitenciaria no custodió al interno para detectar que no se estaba tomando la medicación;

- En la STS (Sala Contencioso – Administrativa, Sección 6ª), de 18 de octubre de 2005 (RJ 2006, 307), y aplicando la misma doctrina compensativa, porque la autoridad responsable no le obligó a seguir su tratamiento, pese a que constaba la negación del paciente a continuar con el mismo⁴⁸.

⁴² Algo más complicado es en el caso de los hijos menores cuyos progenitores profesan esta fe. En la STC (Pleno) núm. 154/2002 de 18 de Julio se narra un curioso caso. Habiéndose negado los padres a que se transfundiera a su hijo, se sometió a autorización judicial y la respuesta fue la de aplicar forzosamente el tratamiento. El antecedente 2º cuenta, que cuando se intentó proceder a la transfusión fue imposible: el niño de trece años, sin influencia de sus padres, reaccionó con tal terror que fue imposible administrarla y los médicos tuvieron que informar al Juez, que habían decidido ulteriormente no realizarla dado que la tremenda excitación que presentaba, podía acelerar una hemorragia cerebral.

⁴³ Como ejemplos correlativos: a) Si no es posible seguir viviendo mucho más sin enfrentarse a medidas muy dolorosas, o algunos lo sitúan en el reconocimiento de los documentos de las voluntades anticipadas negando la reanimación en determinados supuestos, o no deseando estar mantenido por soportes mecánicos; b) Ya hemos comentado el tema de los Testigos de Jehová; c) El sujeto se niega a indagaciones o pesquisas que quieran efectuarse sobre su propio cuerpo. ARRUEGO, Op. cit. p. 128.

⁴⁴ Ibidem. p. 133.

⁴⁵ Ibidem. p. 125.

⁴⁶ Ibidem. p. 131. Se refiere a las SSTC 120 y 137/1990 y 11 y 67/1991.

⁴⁷ Se critica por el articulista que debió de darse una solución más acorde y que pudiera servir tanto a ciudadanos encarcelados como libres.

⁴⁸ Para rematar la ejemplificación, en la Jurisdicción Penal -que es la que más veces se tiene que cuestionar sobre el estado mental de una persona para ver si se le puede o no imponer una pena-, ya se viene indicando que ni el SIDA ni la drogadicción (sea por intoxicación o por el Síndrome de Abstinencia) suponen por sí la pérdida de la capacidad intelectual y volitiva. Y que ante consumidores habituales de drogas se habrá de estar a su intensidad y a si el abuso repetitivo de estas sustancias han causado trastornos en la personalidad ratificables por la Psiquiatría: STS (Sala de lo Penal) núm.

Las reticencias del paciente con AN o BN no encontrarían basamento constitucional. Él o ella se hallan convencidos de estar perfectamente de salud, y de que llevan un estilo de vida saludable, que al mismo tiempo les permite ser considerados bellos y delgados. Pero en la realidad es fácil constatar que no es así, y que tanto su aspecto externo como su voluntad están enfermos, y que van a requerir mucho trabajo, dedicación y cariño del centro sanitario y de sus familias.

III.- CLÍNICA DEL PACIENTE CON TCA.

El 20 de diciembre de 2001 *Diario Médico* publicaba unos datos aportados por el Servicio de Psiquiatría y Unidad de TCA del Hospital Clínico de Barcelona, el cual exponía que, de los fallecimientos registrados entre estos pacientes, un 60% se daba por “inanición y problemas de nutrición” y un 40% “son atribuidos a suicidios⁴⁹”, y tras afirmar que, “la mortalidad de la enfermedad se centra, sobre todo, en los adultos cronificados”.

La GPC del Ministerio (Feb. 2009) en la p. 191 estima que la mortalidad es de un 5%, en AN la regresión y recuperación total es de un 50%, entre un 20% y un 30% sólo es parcial, y el resto son pacientes crónicos. En la BN los porcentajes son de un 33% para la remisión total y otro 33% para las recaídas. Sin embargo un 60% tiene buen pronóstico, un 30% de recuperación parcial y un 10% de mal pronóstico. Hay una integración novedosa, cual es el del Trastorno por Atracones cuyos pacientes pueden progresar hacia la obesidad mórbida. No hay alusión a la muerte, pero los porcentajes son: un 10% se cronifica, entre un 18%-20% remiten parcialmente y un 70% tiene un buen pronóstico.

565/2005, de 29 de abril (RJ 2005, 7577), SIDA y drogadicción, eximente incompleta; STS (Sala de lo Penal) núm. 21/2005, de 19 de enero (RJ 2005, 1094), no hay trastorno de la personalidad por adicciones varias; y STS (Sala de lo Penal) núm. 1.217/2003, de 29 de septiembre (RJ 2003, 8383): consumo medio moderado de drogas sin alteraciones psicopatológicas que afecten de forma significativa las facultades volitivas e intelectivas del agente.

⁴⁹ Expuestos en el I Simposio Nacional sobre Nutrición y Trastornos de la Conducta alimentaria celebrado en Madrid en esa fecha. Puede leerse el texto completo en el enlace: www.psiquiatria.com/noticias/tralimentacion/anorexia/comorbilidad/5712/.

Como para casi todas las enfermedades, un diagnóstico temprano reduce complicaciones como la cronificación y sobre todo la muerte. Uno de los rasgos más peligrosos del paciente con TCA es que éste cuando llega a los estadios más avanzados suele aceptar el riesgo de morir (derivado de otras comorbilidades psiquiátricas o trastornos del estado de ánimo como la depresión, las fobias o la ansiedad), y es frecuente que éste “se porte bien” durante el internamiento –haya sido éste acordado coactivamente o sea voluntario–, para una vez fuera, volver a las andadas⁵⁰.

En la clasificación proporcionada por la CIE-10⁵¹ –de criterios para el diagnóstico de las enfer-

⁵⁰ Es por ello que SEUBA TORREBLANCA en la misma entrevista que hemos indicado en la nota 9, propone que en determinados casos, se promueva un expediente de incapacidad hasta que exista un control consciente por el propio enfermo. Sin embargo, es ello demasiado excepcional puesto que un proceso de esas características es generalmente muy inquisitivo, es probable que no comprendan la gravedad dado que no se ha admitido en el caso de personas con una seria drogadicción, y además, el ejercicio de la tutela sobre un enfermo así es especialmente estresante. Frente a este comentario hay que precisar que hasta la fecha son muy pocas las sentencias que reconocen, si quiera, una incapacidad laboral para trabajar. En estos casos son más determinantes las otras patologías que se padecen, y la AN o BN sólo serviría como “agravante” para considerar un pronóstico peor. Así en CARRASCO GÓMEZ y OTRO, en *Manual de Psiquiatría Legal y Forense*. 3ª Edic. 2005, La Ley. p. 1467, dice que podría acordarse una situación de “invalidéz provisional, en la que se puede estar hasta cinco años, tiempo suficiente para agotar las posibilidades terapéuticas”. La STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social) núm. 1204/2001, de 13 de septiembre (JUR 2002, 36771), concede una Incapacidad Permanente Absoluta ante un cuadro de “fractura-luxación de cabeza humeral con necrosis de la misma, gran limitación movilidad articular, hepatopatía alcohólica, con astenia, anorexia y pérdida de peso, alteración de la conducta dependiente de toxicomanía alcohólica en tratamiento psiquiátrico”, a un Peón de Jardinería.

⁵¹ Se trata de la “Clasificación Internacional de Enfermedades” que va por su décima revisión (1992), por la que pasó a denominarse “Clasificación estadística Internacional de enfermedades y problemas relacionados con la Salud”. Las revisiones son publicadas por la OMS para “mejorar la información clínica entre hospitales obteniendo una clasificación homogénea de las enfermedades con fines de salud pública” a nivel internacional, sin perjuicio de las adaptaciones menores que procedan por razón de la eficiencia. El CIE-10 se utiliza para conocer las causas de mortalidad/morbilidad, mientras que para transmitir información entre unidades hospitalarias se utiliza la CIE-9 (en España funciona la CIE –9 – MC, que pronto entrará en vigor la 6ª revisión, la cual tiene creada una Unidad Técnica a la que se remiten cuestiones diagnósticas conforme a estos códigos, que depende del Ministerio de

medades-, los “Trastornos de la conducta alimentaria” (F50) están incluidos dentro de los denominados “Trastornos del comportamiento asociados a disfunciones fisiológicas y a factores somáticos” (F50 – 59), a su vez dentro del CAPÍTULO V, referido a los “Trastornos mentales” (que agrupa las codificaciones F00 á F99). Los indicados son:

- F50.0. Anorexia Nerviosa.

- F50.1. Anorexia Nerviosa atípica (“*Para los casos en los que faltan una o más características principales del F50.0, como amenorrea o pérdida significativa de peso, pero que por lo demás presentan un cuadro clínico bastante característico*”⁵²(...)).

- F50.2. Bulimia Nerviosa.

- F50.3. Bulimia Nerviosa atípica (que gozaría de la misma excepción que en el caso anterior).

- F50.4. Hiperfagia en otras alteraciones psicológicas⁵³.

- F50.5. Vómitos en otras alteraciones psicológicas.

- F50.8. Otros trastornos de la conducta alimentaria.

Sanidad y Consumo.) La OMS se ocupa de las “ediciones mayores” por ser la depositaria de esta facultad desde su creación en 1948. Se ha puesto en marcha ya su undécima versión desde el 16 de Abril de 2007. La misma está dividida en CAPÍTULOS por familias de especialidades, dotándose de una codificación a cada patología reconocida. Es utilizada para describir los métodos diagnósticos, terapéuticos y tratamientos e incluye una serie de ANEXOS útiles a su vez para la creación de estadísticas en el que destaca el dedicado a las “Causas externas de morbilidad y mortalidad” (CAPÍTULO XX). Vid. www.who.int/es(web de la OMS en español).

⁵² En 1999 se publica también por la OMS un Documento explicativo de este CAPÍTULO V, titulado literalmente, “Trastornos mentales y de comportamiento de la décima revisión de la Clasificación Internacional de las enfermedades”, disponible y accesible en su web (creador NORMAN SARTORIUS), que ofrece sucintas explicaciones de cada código, siendo el responsable de su adaptación al castellano el Dr. LÓPEZ-IBOR ALIÑO, J.J. También se puede descargar en www.psicoactiva.com/cie10/cie10_31.htm.

⁵³ Y que supone “*Ingesta excesiva como una reacción a acontecimientos estresantes y que da lugar a obesidad*”. Se aclara que, “*Duelos, accidentes, intervenciones quirúrgicas y acontecimientos emocionalmente estresantes pueden dar lugar a una <<obesidad reactiva>>, en especial en enfermos predispuestos a la ganancia de peso*”. Si bien no es una obesidad “*como causa de alteraciones psicológicas*” al menos no exclusivamente, sino que es necesario que en su determinación se diagnostiquen “*disfunciones fisiológicas*”.

- F0.9. Trastorno de la conducta alimentaria sin especificación.

Al mismo tiempo en el Documento adaptado por LÓPEZ- IBOR, se especifica que se excluyen:

- El Trastorno de la conducta alimentaria en la infancia (F98.2).

- Dificultades y malos cuidados alimentarios (R63.3).

- Anorexia o disminución del apetito sin especificar (R63.0)⁵⁴.

- Pica de la infancia (F98.3).

Otra de las codificaciones internacionales en las que esto se contempla de la misma manera es el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, conocido por sus siglas en inglés DSM (Disease Statistical Manual). Éste fue creado por la American Psychiatric Association en 1952, ante la insatisfacción y dificultades que la CIE (que entonces iba por su octava versión) les planteaba para los diagnósticos de Salud Mental, y es el más utilizado por la Psiquiatría de los EEUU. Los “*Trastornos de la conducta alimentaria*” se encuentran codificados específicamente en el punto 3.12 (aportados con el DSM-III). En la actualidad ⁵⁵ si se comparan las ediciones vigentes de ambos sistemas no hay diferencias que resulten relevantes. No obstante, en la práctica asistencial los terapeutas con mayor experiencia suelen utilizar

⁵⁴ Relacionado más bien con patologías oncológicas o gastrointestinales que producen ciertos tipos de cáncer alojados dicho tránsito, linfomas, o el Síndrome Carcinóide, siendo más correcto hablar de “*caquexia*”, término que en medicina se utiliza para aludir a una situación de desnutrición acompañado por cierta incapacidad a comer, porque por su patología el enfermo refiere una constante sensación de saciedad.

⁵⁵ Es el DSM-IV-TR, a quien se debe también la creación como categoría diagnóstica diferenciada la del TCNE, TANE o TACNE (trastornos de la conducta alimentaria no específicos). De todos modos, el manejo de una versión mayor o menor actualizada, que sí que importa en el destino (sólo respuesta clínica, o utilidad también para la investigación o formación) y recolección de los datos técnicos, no es significativo para estas páginas, pues lo relevante es que se trate como fenómeno aislado, y que se encuentre enclavado como especialidad Psiquiátrica. BAS SARMIENTO, M^aP. *Epidemiología de los episodios de hospitalización psiquiátricos en España*. Área de Medicina Preventiva y Salud Pública de la Universidad de Cádiz.. Departamento de Psicología. 2005. p. 64. En <http://minerva.uca.es/publicaciones/asp/docs/tesis/pbassarmiento.pdf>. Departamento de Psicología. 2005. p. 64., donde lo explica.

guías y manuales con correspondencias, ya que las contribuciones más novedosas de uno y otro revierten en una mayor garantía de atención para los pacientes.

Así, una novedad importante en la concepción y diagnóstico de las enfermedades mentales, introducidas en el DSM-III-R, es el del *“empleo del sistema multiaxial”* el cual *“asegura que se prestará mayor atención a ciertos tipos de trastornos, aspectos del ambiente y áreas de funcionamiento que pueden pasar inadvertidos si el clínico valora únicamente el problema actual”*⁵⁶. En concreto, el paciente es examinado conforme a cinco ejes:

Eje I: Síndromes clínicos y Códigos V.

Eje II: Trastornos del desarrollo y trastornos de la personalidad.

Eje III: Trastornos y estados somáticos.

Eje IV: Intensidad del estrés psicosocial (que evalúa el padecimiento del paciente y de sus familiares al enfrentarse a la enfermedad).

Eje V: Evaluación global del sujeto.

*“Los tres primeros ejes, constituyen la valoración diagnóstica oficial. Los ejes IV y V pueden utilizarse en protocolos especiales de estudios clínicos o en trabajos de investigación y proporcionan información suplementaria del diagnóstico oficial que pueden ser útiles para decidir el tratamiento y predecir la evolución”*⁵⁷. Lo que se traduce en la evidencia de que, *“existen un número de factores sociales y psicológicos que influyen en la enfermedad y que están recogidos en estos ejes, lo que refleja que la apreciación de la competencia y conexión social de un individuo afectan a la duración y curso de la enfermedad mental”*⁵⁸.

Se debe, sin embargo, al CIE – 10, la universalización del uso del término “trastorno” en la sistemática del Capítulo V, *“para evitar los problemas que plantea utilizar otros conceptos tales como <<enfermedad>> o <<padecimiento>>”. Aunque trastorno no es un término preciso, se usa para señalar la presencia de un comportamiento o de un grupo de síntomas identificables en la prác-*

*tica clínica, que en la mayoría de los casos se acompañan de malestar o interfieren en la capacidad del individuo”*⁵⁹.

Es de agradecer los esfuerzos de los servicios autonómicos en este ámbito, pues antes de la llegada de la GPC aparecieron:

1. En 2001 la Generalitat Valenciana en colaboración con AVALCAB (Asociación Valenciana para la Lucha contra la Anorexia y Bulimia), difundió un manual de 14 páginas con el título: *“Anorexia y Bulimia. Información y Prevención”*. En la portada, a modo de clave, se citan una serie de palabras: *“ansiedad, desánimo, inapetencia, voracidad, depresión, inestabilidad”*.

2. En 2004 la Junta de Andalucía a través de la Consejería de Salud, edita una “sub-guía” denominada *“Proceso asistencial integrado en TCA”* que se adscribe al proyecto de creación de las “Guías de diseño y mejora continua de Procesos Asistenciales”, cuyo fin es mejorar la gestión y la asistencia que reciben esos pacientes. Allí se describe que los TCA son un problema de Salud Pública, caracterizados por la *“dualidad sintomática: somática y psíquica”*. De ahí la necesidad de implementar un *“modelo de coordinación (...) que garantice la continuidad asistencial, basada en criterios uniformes de actuación, redefiniendo nuevos elementos que nos ayuden a mejorar la calidad de la atención de los TCA”*.

3. En el año 2005 la Subdirección General de Salud Mental del Servicio Murciano de Salud crea la *“Guía Práctica Clínica de los Trastornos de la Conducta Alimentaria”* –precedente más cercano a la GPC de 2009-, en la que se añade a la codificación antes vista conforme al CIE-10 de la AN y BN, el Trastorno por Atracones conforme al DSM-IV⁶⁰.

⁵⁹ LÓPEZ-IBOR ALIÑO, J.J. Op. cit. p. 10. El CIE – 10 absorbe la citada categoría del TCANE.

⁶⁰ Y que se expone detalladamente: “A.- Episodios recurrentes de atracones, caracterizado por las dos condiciones siguientes: 1) Ingesta en un corto período de tiempo (p.e. en 2 horas) de una cantidad de comida definitivamente superior a la que la mayoría de la gente podría consumir en el mismo tiempo y bajo circunstancias similares. 2) Sensación de pérdida de control sobre la ingesta durante el episodio (p.e. sensación de no poder parar o controlar qué o cuánto se está comiendo). B.- Los episodios de atracón se asocian a tres (o más) de los siguientes síntomas: 1.- Ingesta mucho más rápida de lo normal. 2.- Comer hasta sentirse desagradablemente lleno. 3.- Ingesta de grandes cantidades. 4.- Comer

⁵⁶ BAS SARMIENTO, P. Op. cit. p.64. *“Los diagnósticos multiaxiales demuestran que la naturaleza de los desórdenes mentales es muy compleja y multifactorial”*.

⁵⁷ BAS SARMIENTO, P. Op. cit. p. 64.

⁵⁸ Ibidem, p. 64.

4. En 2006 nuevamente AVALCAB en la Comunidad Valenciana publica una “Guía de Buenas Prácticas para Medios de Comunicación” financiado por el Ilustre Colegio de Farmacéuticos de Valencia, la Universidad Católica, el Colegio de Enfermería de Valencia, PREVI y la Clínica de Trastornos Alimentarios.

5. En Febrero de 2009 la Revista *Cuadernos de Farmacia*, núm. 206, se extiende en un Especial sobre los TCA, dándose publicidad a la Guía para los Farmacéuticos, fruto del Convenio entre AVALCAB y el Ilustre Colegio de Farmacéuticos de Valencia, y cuya elaboración comenzó en febrero de 2008. Su utilidad trata de orientar la labor de estos profesionales ante la demanda insistente de laxantes, productos de adelgazamiento y controles obsesivos de peso de los clientes afectados. Se adjuntan una serie de recomendaciones sobre el modo de exponer la publicidad de determinados productos relacionados con el adelgazamiento, y se aconseja retirar las imágenes que puedan inducir a estereotipos anómalos de belleza.

Todos estos documentos exponen lo que se puede entender por AN y BN de manera similar, pero nos vamos a quedar con el folleto elaborado por el Ministerio por su claridad y mayor actualización (al que nos referíamos en nuestra nota 6):

- *¿Qué son los trastornos de la Conducta Alimentaria (TCA)? Las personas que sufren TCA se caracterizan por adoptar conductas de alimentación anómalas como respuesta, en general, a su insatisfacción con su imagen corporal. Es frecuente que tengan pensamientos distorsionados en torno al exceso de peso (se sienten inferiores a las demás personas, piensan que no se les aprecia debido a su imagen física) y la salud (la grasa en la comida es perjudicial, estar delgado es saludable, etc). Las personas afectadas por estos trastornos sufren consecuencias nutricionales físicas, psicológicas y sociales. Además, si no se tratan, pueden poner en peligro su vida. Estos problemas alimentarios pueden afectar a todas las personas, inde-*

a solas para esconder la voracidad. 5.- Sentirse a disgusto, deprimido, o muy culpable después del atracón. C.- Profundo malestar al recordar los atracones. D.- Los atracones tienen lugar, como media, al menos 2 días a la semana durante 6 meses. E.- El atracón no se asocia a estrategias compensatorias inadecuadas (p. Ej: purgas, ayuno, ejercicio físico excesivo) y no aparecen exclusivamente en el transcurso de una anorexia nerviosa o bulimia nerviosa”.

pendientemente de su situación socioeconómica y cultural. Son más comunes entre el sexo femenino (90-95%), pero últimamente empiezan a darse casos entre los hombres. Pueden afectar a cualquier edad, pero es en la adolescencia cuando aparecen con mayor frecuencia, debido al momento vital de cambio y búsqueda de la propia identidad. En los últimos años la edad en la que empiezan los TCA es cada vez menor. Se trata de un proceso que puede iniciarse muy sutilmente y pasar desapercibido en un primer momento.

La AN y BN se diferencian entre sí por la forma en que se comportan las personas ante la comida y las distintas consecuencias físicas que se derivan de ello. Si no se sigue un tratamiento adecuado, puede darse el caso de que una persona con uno de los trastornos acabe por desarrollar el otro.

- ¿Qué es la Anorexia Nerviosa? Se caracteriza por un miedo exagerado a engordar y por una distorsión de la imagen corporal, que hace que las personas que la padecen se vean y sientan gordas cuando no lo están. Se niegan a mantener su peso dentro de los límites de la normalidad, por lo que se imponen dietas restrictivas y adelgazan. La valoración que hacen de sí mismas viene determinada por la opinión sobre el cuerpo y su figura. El perfeccionismo y la baja autoestima son comunes. Muchas veces la depresión y los pensamientos obsesivos forman parte del trastorno. No suelen buscar ayuda y mientras pueden esconden la sintomatología.

- ¿Qué es la Bulimia Nerviosa? En el caso de la BN, las personas afectadas presentan episodios en los que comen enormes cantidades de comida (atracon) y posteriormente realizan actividades para mantener su peso. Esta conducta puede determinar su vida diaria y dificultar las relaciones e interacciones sociales. Habitualmente ocultan este comportamiento y no suelen buscar ayuda. Pueden tener un peso normal o engordarse como consecuencia de sus conductas alimentarias inadecuadas. El temor a engordar y la falta de control sobre la alimentación determinan su estado anímico y mental, que puede acabar el procesos depresivos”.

Lo que coincide con el texto elaborado por la OMS para profesionales y adaptado al español por LÓPEZ-IBOR⁶¹, que sobre la primera añade:

⁶¹ Ibidem. Op. cit. p. 142.

“Un trastorno caracterizado por la presencia de una pérdida deliberada de peso, inducida o mantenida por el mismo enfermo”, y para el que además se observa:

a) Que es más frecuente entre mujeres jóvenes y adolescentes, siendo menor su impacto en varones.

b) Que en una proporción considerable de pacientes se cronifica.

c) Que su producción atiende a diferentes factores.

d) Y se acompaña “de desnutrición de intensidad variable, de la que son consecuencia alteraciones endocrinas y metabólicas –amenorrea–”, problemas cardíacos, así como otra serie de trastornos funcionales y de comportamiento (dietas restrictivas, ejercicio físico desmedido, negativa a ingesta de alimentos que “engordan”), añadiéndose en buena parte de los casos Depresión e ideas suicidas.

El DSM-IV-TR distingue dos tipos clínicos: el <<compulsivo/purgativo>> en el que la conducta desordenada incluye atracones-purgas, y el <<restrictivo>> en el que no se dan.

Y respecto a la segunda⁶²:

“Síndrome caracterizado por episodios repetidos de ingesta excesiva de alimentos y por una preocupación exagerada por el control de peso corporal lo que lleva al enfermo a adoptar medidas extremas para mitigar el aumento de peso producido por la comida”. Estas medidas extremas se conocen como “conducta compensatoria inapropiada” y consisten en: vómitos autoinducidos, consumo de laxantes u otros fármacos similares, ayuno autoimpuesto, siendo habitual que se combine asimismo con un ejercicio físico excesivo.

⁶² LÓPEZ-IBOR, J.J. Op. cit. p. 144. Donde continúa diciendo: “Este término debería restringirse a las formas del trastorno que estén relacionadas con la anorexia nerviosa (...)”. De hecho, “la distribución por edades y sexo es similar a la de la anorexia nerviosa aunque la edad de presentación suele ser ligeramente más tardía. El trastorno puede ser considerado como una secuela de la anorexia nerviosa persistente (aunque también puede darse la secuencia contraria). Lo normal es que si la “forma maligna de comportamiento” es continuada, el enfermo consiga un peso por debajo de los mínimos aceptables, pero no es un rasgo característico en estadios incipientes del trastorno, si es que no se da un padecimiento conjunto.

Asimismo el DSM-IV-TR vuelve a discernir otras dos clínicas: la <<purgativa>> cuando la conducta del paciente recurre regularmente a provocarse el vómito, y la <<no purgativa>> cuando predomina la utilización abusiva de laxantes, enemas, ayuno y ejercicio intenso.

En la literatura psiquiátrica, ambas patologías reciben un estudio de conjunto, dado que es observable que comparten una misma “psicopatología”⁶³: el sujeto afectado percibe respecto de sí mismo una imagen distorsionada, con arreglo a la que se ve “gordo” e inaceptable, cuando en la realidad esa persona tiene, o bien un peso normal para su sexo y edad, o está muy por debajo de ese estándar.

Para establecer si se padece un TCA y si éste tiene nombre y apellidos, se utilizan modelos con preguntas o test en los que un máximo de respuestas en un sentido o en otro, es el que orienta la decisión diagnóstica.

A) Diagnóstico Diferencial.

La GPC en su p. 74 ejemplifica cómo debe obtenerse el diagnóstico de estas enfermedades, siguiendo los criterios de la CIE-10 y el DSM – IV/DSM-IV-TR (2008). Se realizará: una anamnesis, exploración física y conductual y pruebas de laboratorio, para descartar:

- Que una delgadez extrema evidenciada durante la exploración (al retirar la ropa del paciente y comprobar el Índice de Masa Corporal), se deba a causas morfológicas (la propia constitución física del explo-

⁶³ Ibidem. p. 144. Es algo reconocido que los pacientes suelen fluctuar entre una y otra aunque no siempre. Sin embargo, en los casos en que así se da, la Unidad Técnica del CIE –9 (3ª edición, versión MC) del Ministerio de Sanidad y Consumo desde 1997 (respuestas a 1 de Enero de ese año, disponibles en la documentación de www.msc.es), desaconseja el vocablo “bulimarexia” y pide que se acuda a la codificación múltiple para encajar el diagnóstico. Vid. p. 9: la paciente en primer lugar causó ingreso en Psiquiatría por anorexia, y en otro momento (al que se refiere la consulta), causa ingreso por Bulimia. CARRASCO GÓMEZ, Op. cit. p. 1456 – 1461, que se basa fundamentalmente en el DSM-IV- TR, afirma que en los pacientes con AN son más frecuentes las conductas obsesivo/compulsivas, mientras que en los que tienen BN “son más intensas las manifestaciones psicopatológicas asociadas a la personalidad, al consumo de alcohol y otras sustancias, las conductas autolíticas y mayor descontrol” (p. 1460).

rado), somáticas y orgánicas, señalándose entre estas últimas: el Hipertiroidismo, Diabetes Mellitus, Tuberculosis, o neoplasias (complicaciones oncológicas) y la enfermedad de Crohn (colon irritable)⁶⁴, para la AN; y para la BN: Diabetes Mellitus, Hipotiroidismo, Síndrome de Kleine Levin, Lesiones hipotalámicas, Tumores inductores de hiperfagia.

- Que el comportamiento externo reacio a la ingesta de alimentos, no obedezca a otras enfermedades mentales⁶⁵ o a anomalías⁶⁶ psicológicas que se corrigen con terapias y medicamentos de uso común.

Especial interés –aunque no se diga explícitamente- tiene su individualización con trastornos relacionados con el aspecto corporal pero cuyo componente esencial de base, es un impulso “obsesivo compulsivo” (TOC). Los cuales son:

- La Dismorfia⁶⁷. Desde 1987 tiene la consideración de trastorno mental. Fue definida por Morselli en 1886 como un “*sentimiento subjetivo de fealdad o defecto físico que el paciente cree que es evidente para los demás aunque su aspecto está dentro de los límites de la normalidad*”. El Dr. DAVID VEALE⁶⁸ resalta que “*las imágenes de la actividad cerebral de estas personas aparentemente son normales, pero al momento de procesar los detalles visuales ocurre una disfunción fisiológica que los hace verse a sí mismos como feos*”, lo que conlleva principalmente: depresión, autolisis, aislamiento social. Son defectos imaginados en apariencia⁶⁹, que además no se corrigen aunque acu-

dan a la cirugía estética a diferencia de aquellos usuarios que recurren a ésta, únicamente por vanidad. Su gravedad estriba en que muchos de estos enfermos son capaces de idear “remedios caseros”, llegando a la autolesión para remediar aquello que quieren modificar⁷⁰. Una de las variantes popularmente conocida en nuestros días, la constituye la “Vigorexia” u “*obsesión patológica por un cuerpo perfecto*”⁷¹ o por obtener cada vez más masa muscular: “*El ansia por adquirir una apariencia atlética puede llevar al consumo de sustancias perjudiciales para el organismo*” (se han descrito: anabolizantes, hormonas y falsos complementos vitamínicos o de otra índole, que realmente son medicamentos para uso en animales).

- La Ortorexia. “*Obsesión patológica por la comida biológicamente pura y sin adictivos artificiales*”⁷². Puede provocar: anemia, hipervitaminosis

de una serie de imágenes. Disponible en: www.newsroom.ucla.edu/portal/ucla/brains-of-people-wih-boyd-image-40673.

⁷⁰ Así, entre los casos destacados por DAVID VEALE, encontramos el de un varón que se lijó la cara para eliminar unas manchas y que su tez pudiera lucir brillante; o el de una mujer, que como no tenía medios para contratar una liposucción, optó por cortarse los muslos para eliminar la grasa sobrante que a su juicio tenía. CARRASCO en Op. cit. p. 1457 dice que entre los anoréxicos “*no son infrecuentes las manifestaciones clínicas dismorfólicas*”.

⁷¹ Recomendaciones de la SPNS/SEP/SEN/SGESIDA sobre aspectos psiquiátricos y psicológicos en la infección por VIH”. Junio de 2008. Disponible en la documentación del Ministerio de Sanidad y Consumo (www.msc.es). Coordinador: FERNÁNDEZ SASTRE, J.L. p. 98: “*Comportamiento obsesivo compulsivo caracterizado por la preocupación de acudir al gimnasio y la transferencia de los principales valores de la vida hacia el acto de entrenar o de muscular el cuerpo*”.

⁷² Ibidem, p. 98. En *Jano.es. Revista de Medicina y Humanidades* en una publicación de 02/03/2001, el columnista CASINO, G. comentaba en “Ortorexia” una noticia del New York Times del 27/02/2001 en la que por primera vez se acuña el término por Steven Bratman, autor de “*Healthfood junkies*” y había registrado ya el nombre y el dominio www.orthorexia.com. Bratman era médico generalista y derivó en especialista de la medicina alternativa. En él explica que él mismo había sido seguidor de una filosofía inspirada en las “dietas curativas” que sobre todo promueven diversos grupos de vegetarianos como los veganos, los crudívoros o los “frutistas” (los primeros sólo comen vegetales hervidos, los segundos sólo ingieren comida que esté cruda y los terceros sólo fruta), que a su forma de comer añaden ciertos valores filosóficos como no matar seres vivos para comer, no contribuir a la producción masiva de alimentos rechazando aquellos cuya obtención consideran más industrializados (leche, queso y huevos, por ejemplo), y evidentemente propugnado el consumo de comida obtenida únicamente mediante procesos eco-

⁶⁴ LÓPEZ-IBOR ALIÑO, J.J. p. 86, 146 y 147; y p. 79 de GPC.

⁶⁵ Depresiones, Bipolaridad, Trastorno Límite de la Personalidad. p. 78 GPC.

⁶⁶ Según hemos visto en las exclusiones que se realiza por el propio CIE 10 en el sentido de no incluir, en general, la “anorexia en la infancia”, salvo que sí se aprecie que se puede añadir el calificativo de “nerviosa” (que sin embargo, ocurre en muchos casos). También está incluido aquí el *Síndrome del Atracón* de carácter leve (con frecuencia inferior a dos veces por semana, en un período que no alcance los seis meses).

⁶⁷ O “Trastorno Dismórfico corporal”, o “Trastorno somatoforme”, o “Disfobomorfia”. Algunos tratadistas se refieren a él como “*Síndrome del patito feo*”. Vid. Sergio Zimmer en www.proyecto-salud.com.ar/shop/detallenot.asp?notid=1314. Reportaje que data del 12/08/2006.

⁶⁸ Departamento de Psiquiatría de la Universidad de Londres. En *Psychiatric Bulletin*, nº 14, Marzo 2003.

⁶⁹ El 12/03/2007 la Universidad de UCLA publicó un estudio en que se realiza una demostración visual del nivel de distorsión que los pacientes perciben, a través del seguimiento

sis o hipovitaminosis, carencias de oligoelementos que pueden derivar en osteoporosis o en hipotensión crónica, y en los estados más avanzados, se suman otras enfermedades psiquiátricas como la depresión, la ansiedad y la hipocondría.

B) Causas.

En la GPC se acepta la evidencia de que las causas fundamentales de la AN y BN son inconcretas, pero es posible advertir elementos socioculturales, biológicos y psicológicos, que se agrupan como factores que interaccionan entre ellos y se denominan: predisponentes, precipitantes y perpetuantes.

La Dra. ORTIZ MONCADA ya en 2006 hablaba de la tendencia a “considerar los TCA como fenómenos heterogéneos y multifactoriales”⁷³, aclarando que en este tema –en lo que respecta a la Medicina y de conformidad con la mayoría de la Psiquiatría– es más correcto hablar genéricamente de predisponentes que de causas propiamente dichas (aunque nosotros los emplearemos como sinónimos, en beneficio de la claridad expositiva). La tabla diseñada para agrupar cada uno de los grupos que luego serán renombrados por la GPC son:

- Factores Predisponentes (Predisposición social, Predisposición familiar, Predisposición genética y Predisposición personal)⁷⁴;

lógicos. El Dr. Bratman indica que el trastorno obsesivo se produce cuando se transfieren “los principales valores de la vida al acto de comer”. Digamos que esos sujetos “no tienen una vida sino un menú”. Es una conducta nociva para la salud pues acaba suponiendo la supresión de grupos de alimentos básicos de lo que resultan graves desequilibrios dietéticos y de nutrición. Todavía en el 2001 no estaba introducido en el DSM –IV ni se hablaba de él en *Medline*.

⁷³ ORTIZ MONCADA, M^a R. *Alimentación y Nutrición*. Módulo 9 del Programa de Formación de Formadores en Perspectiva de Género en Salud, fruto de un Convenio entre el Ministerio de Sanidad y Consumo (Observatorio de Salud de la mujer) y la Universidad Complutense de Madrid (Grupo Investigación Estilos Psicológicos, Género y Salud). Dirigido al Programa Máster/Doctorado sobre Género y Salud. Impartido y expuesto el 30/05/2006. La dirección web en la que lo encontramos disponible es: www.msc.es/organización/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/10modulo_09.pdf. p.p. 6- 8. Esto mismo con la denominación “*etiología multifactorial*” se ofrece informativamente en la web del Instituto de Trastornos Alimenticios (ITA), que es una clínica catalana muy especializada en ellos, punto de referencia para investigadores y tratadistas nacionales (www.itacat.com).

⁷⁴ La social se refiere a las presiones mediáticas sobre modelos delgadas y la estética actual; la familiar a si hay antece-

- Factores Precipitantes (Pubertad, Comentarios y presión para adelgazar, Pérdida de peso, Dietas, Situaciones estresantes como abusos físicos o psíquicos, exámenes, estudios en el extranjero, etc, Pertenencia a ambientes competitivos, Ejercicio físico excesivo o Imagen personal negativa).

- Factores Mantenimiento (Uso habitual de Dietas, Relaciones familiares desestructuradas o rigideces de la estructura familiar, Aislamiento social, Imagen corporal negativa, Conducta alimentaria anómala, Desnutrición, Ansiedad, Problemas de estado de ánimo o también Ejercicio físico excesivo)⁷⁵.

Empíricamente y reinterpretando esta información, es manifiesto que hay ante todo dos conjuntos causales: uno endógeno, consustancial a las características personales del paciente, y otro exógeno, protagonizado por la Sociedad que rodea al individuo, que interactúa con el anterior y del que no es posible aislarse para no ser influido. Sea como fuere, el éxito de los seres vivos es la supervivencia, cifrándose ésta en su capacidad de adaptación al medio en que les ha tocado vivir. La lucha por la vida nunca es pasiva porque el medio no es estático. No todos somos iguales y desde luego que no reaccionamos del mismo modo frente a la adversidad. Al margen del cuidado y la protección, digamos, *natural*, esto es, que en lo físico entendemos que niños, ancianos y enfermos son más vulnerables por lo que hay una voluntad innata para complementar sus actos vitales; coexiste una protección, digamos, *normada o reglada*, por la que intentamos que los comportamientos no sean arbitrarios, que no se destruya a la colectividad y no impere la ley del más fuerte.

En esa pugna y en este caso, los factores exógenos rebosan las facultades adaptativas del paciente, quien se defiende de su hostilidad desarrollando un trastorno mental con el que se perjudica a sí mismo y por ello es patológico. Pensamos que

dentes de que sus miembros hayan tenido problemas de esta índole, o si los padres previamente han padecido algún trastorno; la genética a la herencia biológica y otros; y la personal, se refiere al propio temperamento y influenciabilidad de la persona.

⁷⁵ Véase que en el segundo y tercer grupo hay algunas repeticiones que no son por error, sino que, reflejan el importante componente psicológico que se necesita trabajar para modificar conductas que relajen al paciente, doten de cierto control sus actos y pueda obtener la tranquilidad necesaria para mejorar su TCA.

hay un predominio de este conjunto de causas, de hasta en un 80%, frente a la genética, el temperamento o la biología, por siguientes razones:

1º.- Estamos en el Primer Mundo y el desarrollo que hemos alcanzado es espectacular. Uno de nuestros máximos logros es el de haber resuelto el problema de la obtención de una alimentación suficiente para todos los miembros, y que es un proceso mucho más complejo que el de comer, puesto que para nosotros es “nutrirse”⁷⁶, habiéndose creado incluso una situación de excedente (tenemos mucho más de lo que es posible consumir).

2º.- Teniendo estas necesidades básicas cubiertas, los valores principales de la población se colocan en otros estadios del desarrollo humano, diri-

gidos más bien a poseer objetos que son símbolo de progreso y éxito social⁷⁷.

3º.- A ello se une una desaforada carrera tecnológica que es abiertamente perceptible desde la popularización de las TICs, pero que no deja de ser una extensión del que ya ha sido denominado “cuarto poder” que se predica de los medios de comunicación. Hoy en día asistimos a un bombardeo de información que es imposible absorber y procesar, que tiene su máximo exponente en la aplicación creativa de la imagen y en su reproducción, y que cuanto más atractiva sea ésta, mayores impulsos de obtener aquello que se ofrece experimenta el receptor. Hace falta, por tanto, una elección selectiva, y ésta es, en ocasiones, equivocada.

El TCA es por tanto compatible con los dictados de la convivencia consumista y el influjo de los *mass-media*⁷⁸.

Aunque desde 2006 se ha comprobado que los casos de AN y BN están evolucionando y son más heterogéneos, afectando a más estratos poblacionales, siguen encabezando las estadísticas las muje-

⁷⁶ Hemos elaborado las pirámides nutricionales, las tablas calóricas y proteicas, los “complementos alimenticios”, los hábitos de nutrición saludable, comercializado píldoras de fibra, creado productos transgénicos, etc. PEREÑA GARCÍA, F. “Cuerpo y subjetividad: acerca de la anorexia”, *Revista española de Salud Pública*, 2007, Vol. 81, nº 5 (Sep.- Oct.). El primer condicionante es la disociación entre “instinto” y “demanda”. La segunda sustituye a la primera. Ha desaparecido la necesidad primordial de comer, de manera que el hombre puede ser capaz de decidir lo que desea comer, cuánto y cómo: “la satisfacción corporal de la necesidad, está intervenida por los otros”. “El cuerpo humano, al no estar regulado por el instinto, queda a merced de los encuentros con los otros, encuentros fundadores de la vida psíquica concreta”. De donde la anorexia es por tanto, no una psicosis pues aquí la inapetencia es producto del malestar del sujeto pero no es un rechazo consciente del enfermo como sí le ocurre a ésta, y no deja de ser una manifestación, entre otras, “de una desorganización del cuerpo que no encuentra modo de regularse ni por el instinto ni por la articulación de la demanda” (p.p. 533 y 534). “A nadie se le oculta que la anorexia es un fenómeno moderno de las sociedades capitalistas, habría que matizar, de sociedades que gozan de la prosperidad capitalista. Es impensable la anorexia en Etiopía o en el Congo. Si la anorexia responde a una dificultad para inscribir la falta y el deseo en el cuerpo, no parece que se puedan dar condiciones para ello en países en los que el hambre, la carencia, la guerra y las enfermedades físicas tienen a sus habitantes postados en la miseria. La anorexia se da en sociedades de la abundancia, de la obscena multiplicación de objetos-basura, del todo sustituibles al año siguiente, o al mes siguiente, o a la semana siguiente de su aparición” (p. 537). Para este Psicoanalista, la bulimia es la versión “adictiva” de la anorexia (p. 540), según los estudios de Hilde Bruch durante los años 60 y 70. También en ORTIZ MONTCADA, Mª R., Op. cit. p. 5: “El hecho de comer o no comer, lleva implícito consecuencias en el exceso, o en la restricción, ocasionando enfermedades como la obesidad, la anorexia y la bulimia nerviosa, ya sea por exceso o por defecto. Denominadas también patologías de la sociedad de la abundancia o del bienestar, que terminan siendo paradójicas.

⁷⁷ PEREÑA GARCÍA, F. p. 537. También en CARRASCO GÓMEZ, J. Op. cit. p. 1456 habla de enfermedad cultural desencadenada por: “La existencia de una mayor significación del cuerpo como distingo social y como medio para competir, de afirmación y reconocimiento, en una cultura como la occidental donde se exagera ese culto al cuerpo, se sobrevalora la apariencia física, incluida la delgadez, se inculca la eficacia y atractivo de modelos funcionales y estéticos, junto al enorme auge de la publicidad sobre normas alimentarias, dietas, ejercicios físicos desmesurados o no regulados, ideales de perfección manipulada, supone a la postre, que estos fenómenos socioculturales y costumbristas estén implicados en la patogénesis de estos trastornos (CHINCHILLA MORENO, A. 1994)”. “Entre los factores familiares, la dinámica familiar en la que los propios padres tienen una actitud negativa hacia el sobrepeso o hábitos alimentarios inadecuados (...)”.

⁷⁸ M.A. MARTÍNEZ-GÓNZALEZ y J. de IRLA. “Los trastornos del comportamiento alimentario en España: ¿estamos preparados para hacerles frente desde la salud pública”. Editorial de *Gaceta Sanitaria*, 2003, vol. 17, nº 5 (347 – 350). “La exposición a los medios de comunicación precede a la aparición de los TCA; la duración total de la exposición, el tipo de revista, la clase de emisión de radio que se escucha o el tipo de programas televisivos que se ven predicen el mayor riesgo. Aunque varios estudios no encuentren asociación del riesgo del TCA con el tiempo total dedicado a ver la televisión (...), sí se halla una asociación positiva con correlatos de TCA, como autoinducirse el vómito, usar laxantes o la insatisfacción con el propio cuerpo. Tratar de parecerse a modelos o actrices que se ven en estos medios duplica el riesgo de iniciar una conducta purgativa”. p. 347.

res, -predominantemente en edad puberal⁷⁹- a las que se sigue prefiriendo delgadas y esbeltas, y no en vano la gordura es mucho más tolerada en los hombres⁸⁰. También el comportamiento generalizado a hacer prevalecer “*las obligaciones productivas frente a las reproductivas*”⁸¹, revela niveles de estrés considerables que coadyuvan a la aparición de estas patologías. Íntimamente relacionado con esto hay un porcentaje no desdeñable de pacientes, que adquieren AN o BN por haber sido víctimas de abusos sexuales a edad temprana, -siendo ésta una forma de violencia que no es exclusiva de nuestros días-, y a los que el temor a la sexualidad y a que afloren los detalles sexuales de su cuerpo (senos y caderas, en las chicas y tamaño de los genitales en los chicos), les empuja inconscientemente a controlar la ingesta de calorías para permanecer con un aspecto infantil⁸².

⁷⁹ PEREÑA GARCÍA, F. Op. cit. p.537: incluso la publicidad presenta al lado de productos “indecorables” azafatas uniformadas delgadas y guapas. La mujer es la mensajera del consumismo, y mantiene este mismo canon en congresos, pasarelas, y toda clase de recomendaciones publicitarias. También en MARTÍNEZ-GONZÁLEZ, Op. cit. p. 349: “No debería continuar la pasividad de la administración frente a las revistas para adolescentes que en cada uno de sus números ofrecen masivamente ya desde su portada <<dietas milagro>> y productos adelgazantes, dirigiendo todo el interés juvenil hacia la obsesión por lo corporal para así conquistar a alguien”.

⁸⁰ ORTIZ MONTCADA, M^a R. Op. cit. p. 28.

⁸¹ Ibidem, Op. cit. p. 29: obligación de tener que asumir el papel de la “super- woman” que revela niveles de estrés considerables que empujarían a padecer estas patologías.

⁸² Audiencia Provincial de León (Sección 3^a). Sentencia núm. 9/2006 de 12 abril, [JUR\2006\169361](#) (Penal). Se condena al acusado por Delito de abuso sexual y estupro de prevalimiento continuados. En F^o J^o 2^o: *Existe una clara diferencia de edad entre la víctima (14, 15 años), y el acusado quien nació el 13-5- 1959 (33, 34 años), cuando suceden los hechos enjuiciados, que le coloca en relación de superioridad con respecto a Consuelo, pero además concurren otras circunstancias que vienen a poner de manifiesto la situación de prevalimiento. (..), por el ascendiente que le proporcionaba esa relación médico-paciente, y de la relación de confianza que los padres de la menor tenían depositada en él.* Y en el F^o J^o 4^o: “El doctor Luis Alberto de quien Consuelo fue paciente desde abril de 1989 a enero de 2000, declara «que en el año 1993 Consuelo acudió en abril muy mal psicológicamente a su consulta en Barcelona, que presentaba bulimia, que en julio de ese mismo año, le relató un intento de suicidio, por lo que la deriva a la psicóloga del Centro, a quien le cuenta que estaba sometida a abusos sexuales por parte del endocrinólogo que la seguía en Ponferrada, (acudía por padecer diabetes) por lo que hablan con ella ofreciéndose para estar presentes dándole apoyo cuando se le cuente a

C) Tratamiento y UTCAs.

Tras asentarse la enfermedad, estos varían en función del grado de afectación corporal, y del estadio en que ésta haya sido diagnosticada, si bien al ser en muchos casos imperceptible su instauración (que es paulatina y silenciosa) hasta que no

sus padres, lo que hace unas horas después en su presencia y la de la psicóloga Diana”.

Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3^a). Sentencia núm. 70/1998 de 5 mayo, [ARP\1998\1633](#). Penal. Anorexia como resultado de padecer abusos sexuales por parte de un profesor del colegio. Hechos Probados: “*La situación narrada determinó en la joven un sentimiento de culpabilidad y stress con tentativas de autolisis siendo atendida en el Servicio de Psiquiatría Infanto-Juvenil del Hospital Clínico Universitario en donde se le diagnosticó padecía de un trastorno adaptativo de carácter depresivo-angustioso, que precisó de tratamiento con psicofármacos y psicoterapia durante 83 días, mejorando, recuperando el apetito y las reglas, restándole como secuela un trastorno de stress postraumático por los hechos descritos del que todavía no ha sido dada de alta y sin que se pueda por ahora precisar si necesitará o no nuevos tratamientos*”. “*Son claros exponentes la anorexia, insomnio, angustia, amenorrea y demás desórdenes que sufrió y padece la menor hasta el punto que los señores médicos no consideran curado el stress postraumático que puede recaer. El Código Penal concibe como lesión el menoscabo psíquico y por ello procede estimar cometido tal delito*” (F^o J^o 5^o). Obligándose a pagar una indemnización de: “*(...) 415.000 ptas. a razón de 5.000 ptas. por día de tratamiento médico y en otras 500.000 ptas. por la secuela del stress postraumático (...)*” (F^o J^o 9^o).

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15^a), núm. 374/2001 de 27 de septiembre, [JUR\2001\318397](#). Penal. La bulimia es consecuencia, entre otras consecuencias físicas y psíquicas, de haberse infligido malos tratos con carácter habitual, amenazas y otra serie de vejaciones que se relatan en la sentencia. Diciendo su F^o J^o 2^o: “*De la Sentencia apelada se extrae claramente de los fundamentos jurídicos en el apartado dedicado al hecho probado “D)” que concurre el elemento típico de la habitualidad por el conjunto de los hechos anteriores declarados probados: la agresión a Lorenzo V., la agresión a Olga y las amenazas a esta última. A ellos se suman otros que no fueron objeto de acusación pero fueron referidos por ellos e incluso por el acusado cuando reconoce durante el Juicio haber empujado en alguna ocasión a Olga, como cuando estaba embarazada de Karim (..). En el Juicio declaró la médica de cabecera de Olga –Emma M.– que su paciente acudió en repetidas ocasiones con problemas de alimentación, ansiedad e insomnio con anterioridad a la denuncia de los hechos y que le puso un tratamiento. A la defensa respondió que le pareció un síndrome reactivo a su situación familiar. Por su parte la forense coincidió en la anterior valoración y afirmó que Emma M. es quien realmente conoce bien la situación familiar por tratar a estas personas como médica de cabecera. Como puede observarse, no se trata de una interpretación arbitraria de la Sentencia apelada afirmar en la misma a partir de lo declarado por la denunciante y los informes médicos ratificados y ampliados durante el Juicio (...)*”.

hay, por ejemplo, una pérdida de peso considerable, la recuperación siempre se prevé lenta. Las actuaciones y especialidades médicas implicadas son⁸³:

- En Psiquiatría se valora el estado anímico (abatimiento, apatía, agresividad y/o irritabilidad), se indaga si existen otras patologías acompañantes (o trastornos comórbidos, paralelos al diagnóstico principal que pueden dificultar el tratamiento) como la Depresión o los trastornos de la personalidad para los que se prescriben medicamentos (sólo se recurre a la farmacología si se dan estos trastornos anímicos, y por ello los más recetados son los anti-depresivos como la Fluoxetina y el Diazepan y ansiolíticos).

- Se establece una dieta, por un Experto en Dietética y Nutrición, distinguiéndose si hace falta ingreso y administración por vía parenteral (sonda nasogástrica), o si puede seguirse ambulatoriamente, sobre la que se mantendrán controles semanales y se irá variando según de las variables nutricionales que se vayan recuperando.

- Se gira interconsulta con Endocrinología quien será la encargada de devolver la funcionalidad glandular, pues son habituales las disfunciones metabólicas.

- A fin de reordenar el comportamiento, el aprendizaje de buenos hábitos y facilitar al pacien-

te recursos para resolver pulsiones que tengan que ver con conductas impropias, se le somete a psicoterapia que puede ser grupal e individual o sólo individual, y que corrigen actitudes de aislamiento, las relaciones interpersonales tanto en la familia como con los amigos, y se imbuyen valores positivos al acto de comer.

En estas acciones será fundamental el grado de co-responsabilidad de los familiares cercanos, con el objetivo de que supervisen lo acordado, sobre todo al inicio de la terapéutica que es el período más difícil. Las personas que viven solas o sobre las que no se ejerce esta supervisión doméstica, tienen muchas más probabilidades de recaer y de que su patología se cronifique⁸⁴.

Una importante ayuda a los profesionales para ayudarles con el diagnóstico y posterior curación y rehabilitación del paciente, lo constituyen las herramientas de la web, www.utcas.com, que también favorece a la creación de las Unidades de Trastorno de la Conducta Alimentaria (UTCA)^{85 86}.

⁸⁴ Es típico de los trastornos mentales la negación o incapacidad para reconocerse enfermo por el sujeto que la padece, y recibe el nombre de Anosognosia.

⁸⁵ "Quiénes somos: UTCAs (Unidades de Trastornos de la Conducta Alimentaria) es una iniciativa de un grupo de psiquiatras españoles especializados en tratamiento y la investigación de este tipo de patologías". "La oferta es desinteresada e incondicional".

⁸⁶ Vid. Informe anual del Defensor del Paciente en Andalucía. Respuesta a la Queja 06/668 (p. 72) de la Asociación Malagueña en Defensa de la Atención a la AN y BN (ADAMER), que denuncia la necesidad de contar en dicha provincia con dispositivos específicos (acompañado de 5.000 firmas), y contesta el Defensor que sí que se encuentra prevista ésta en la Guía sobre el Proceso Asistencial Integrado. www.defensorand.es/informes_y_publicaciones/informes_udios_y_resoluciones/informes_defensor_del_menor/informe_0007/TEXTO_PAGINADO/index_paginado.html?page=72.

En cuanto a las prestaciones de la UTCA, las tenemos en el texto de la queja: "Aunque la cuestión central de la queja se circunscribe a la necesidad de contar con una unidad específica para, la asistencia en los Trastornos de Comportamiento Alimentario (TCA) en la provincia, esta abarca otras cuestiones como: - Elaboración de un protocolo de manejo de los Trastornos de Comportamiento Alimentarios para todas las Áreas Sanitarias. - Hospitalización conforme a los criterios fijados en unidades específicas integradas en los servicios de hospitalización general con enlace con los servicios correspondientes (Psiquiatra, Medicina Interna, Endocrinología y Nutrición y Pediatría, en su caso), unidades que habrán de disponer de comedor terapéutico.

- Hospital de Día, también con un comedor terapéutico. - Programas ambulatorios específicos en Centros de Salud

⁸³ Para ver un catálogo de "complicaciones físicas asociadas": www.itacat.com/complicaciones.htm. La AN y la BN dañan: 1) el Sistema Cardiovascular: arritmias, fibrilación ventricular, bradicardia, hipotensión arterial, atrofia ventricular, insuficiencia cardíaca, síndrome de la arteria mesentérica superior, acrociónosis. Vid. también *Jano.es. Revista de medicina y humanidades*. 21/08/2008: "Detectan cambios cerebrales y cognitivos en mujeres que sufrieron anorexia", y *Diario Médico*, 13/05/2005, "El 21% de pacientes con anorexia nerviosa tiene atrofia cerebral, según un estudio" (realizado por el Hospital Clínico de Zaragoza). 2) El Aparato Digestivo: deterioro del esmalte dental, caries, hipertrofia parotídea, esofagitis, distensión gástrica, atonía intestinal, estreñimiento, disfunción hepática. 3) Nefroelectrolitos (Riñón): hipopotasemia, retención hídrica, edemas, haldosteronismo, insuficiencia renal. 4) Endocrino metabólicos: amenorrea, insuficiencia gonadal, infertilidad, en los varones ausencia de deseo sexual y genitales infantiles, hiperparatiroidismo, osteopenia, hipercolesterolemia e hipoglucemia. *El País.com*, Castellón, 10/01/2007, recoge que "La mitad de las bulímicas y las anoréxicas tienen trastornos de personalidad". El análisis lo realizó el Departamento de Psicología Básica, Clínica y Psicobiología de la Universidad Jaume I, que analizó la personalidad de 150 de estas pacientes.

Ésta era una demanda planteada por Asociaciones de pacientes –y por los facultativos–, dado que muchos se quejaban de la insuficiencia de personal, instalaciones (*¿dónde los ubicamos?*) y sobre todo de la descoordinación entre especialidades, que contribuían al fracaso de las terapias y al abismo de la cronificación.

La conclusión era la “fuga” de los Servicios Públicos a clínicas privadas en las que se estaban obteniendo mejores resultados, generando la insatisfacción de las familias porque los gastos acarreados en esos otros centros son reembolsados⁸⁷.

Mental. - Atención Primaria / Formación en este nivel. - Formación específica de profesionales. - Terapia Familiar. - Grupos de Autoayuda y apoyo”.

ADAB en Cádiz solicita al Vicepresidente 3º del Parlamento Andaluz una proposición no de ley para la creación de una UTA en la Provincia, que se presentó el 20/05/2008, para conseguir la coordinación entre las “estructuras multidisciplinarias” de Psiquiatras, Endocrinólogos, Nutricionistas y Psicólogos. En www.sanfernando.com/news.php?extend.1709. También se pedía desde ARBADA (Asociación Aragonesa de Familiares de Enfermos con Trastornos de la Conducta Alimentaria) el 05/05/2005. www.noticias.com/index.php?accion=ver_colaborador&id=1.

⁸⁷ Al no considerarse el riesgo vital y porque estos tratamientos sí que están previstos en la Cartera de Servicios del SNS (RD 1030/2006, de 15 de septiembre), aunque sólo referidos a la juventud y adolescencia. Se encuentra en su ANEXO III, “Cartera de Servicios comunes de atención especializada” en su punto 7, “Atención a la salud mental” centrada en “el diagnóstico y seguimiento clínico de los trastornos mentales, la psicofarmacoterapia, las psicoterapias individuales, de grupo o familiares (excluyendo el psicoanálisis y la hipnosis), la terapia electroconvulsiva y, en su caso, la hospitalización”. A lo que sigue, “la atención a la salud mental que garantizará la necesaria continuidad asistencial, incluye: (...) (punto 7.5) Diagnóstico y tratamiento de los trastornos psicopatológicos de la infancia/adolescencia, incluida la atención a niños con psicosis, autismo y con trastornos de conducta en general y alimentaria en particular (anorexia/bulimia), comprendiendo el tratamiento ambulatorio, las intervenciones psicoterapéuticas en hospital de día, la hospitalización cuando se precise y el refuerzo de las conductas saludables”. CARRASCO GÓMEZ, J. Op. cit. en la p. 1.468 cita una resolución en que se reconoció el reembolso, STJ de Murcia de 13 de Junio de 1994, “por entender que el diagnóstico y tratamiento de los servicios de la Seguridad Social no fue acertado”. Esta vía del “tratamiento inadecuado” en la actualidad se rechaza, pese a la crudeza de los supuestos y al ingente número de informes médicos que suele aportarse: A) la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2.527/2003 de 4 de noviembre, AS/2003/4233 (Fº Jº 2º: “En el primero de los motivos del recurso, al amparo del art. 191 b) de la LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) , se interesa la adición al hecho probado séptimo, en base a los documentos obrantes a los folios 45 y 127, del siguiente texto: El peso en el momento del ingreso

Al menos cerca de 90 Hospitales públicos, Privados, Clínicas Especializadas y Fundaciones están adheridos a la página⁸⁸ (y cuya información

40,600 kg. para una altura de 1,59 cm supone un IMQ-16 equivalente a un cuadro de desnutrición”). En su Fº Jº 3º se dice que: “No puede ignorarse que en el último ingreso que tuvo en el Hospital de Gipuzkoa, momento en el que presentaba una hiperactividad y necesidad de ejercicio físico continuo, Julián hubo que ser atado, situación sumamente desagradable y que indudablemente acrecentó el dolor y el malestar de sus padres, quienes, viendo que el hijo no aumentaba de peso en términos deseables (se hizo necesaria la implantación de una sonda nasogástrica) y que, además, sufrió una agresión por parte de otro interno, optaron por pedir el alta y trasladarlo a otro centro donde estimaban iba a ser mejor atendido. Pues bien, siendo dicha reacción humanamente entendible, es evidente que la asistencia que pasó a recibir en el centro privado no vino motivada por una situación de riesgo vital que impedía el acudir a un centro público, ni tampoco, como arriba se ha razonado, porque el tratamiento y la asistencia facilitados en éste fueran inadecuados. Puede que la atención recibida en AMSA haya sido más personalizada y que la situación de Julián tras su paso por ese centro haya podido mejorar, pero estas circunstancias, de conformidad con la normativa y la jurisprudencia antes señaladas, no justifican el reintegro pretendido. En consecuencia, previa desestimación del recurso interpuesto, debemos confirmar la sentencia de instancia por ser ajustada a derecho”. B) La STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 599/2006 de 11 de septiembre, AS/2007/551. En el Antecedente de hecho 2º III: “Doña Asunción, ingresó voluntariamente en el centro “Instituto de Trastornos Alimentarios” (en adelante, ITA), situado en el municipio de Cabrils (Barcelona) en régimen de internamiento completo el día 16 de septiembre de 2004 para recibir tratamiento específico para el trastorno de la conducta alimentaria que padece, que es de larga evolución, y que ha precisado de varios ingresos con anterioridad. En el momento de su ingreso en el citado Instituto presentaba una desnutrición severa con marcada disminución de la masa muscular, un índice de masa corporal de 14.9, una amenorrea de más de dos años, discreta cifosis dorsal (secundaria a la osteoporosis severa ya evidenciada en densitometrías óseas previas), asimismo también presentaba una anemia ferropénica moderada. El diagnóstico era de anorexia nerviosa de tipo purgativo con 1 a 3 vómitos diarios y uso frecuente de laxantes así como otras conductas compensatorias. Doña Asunción, también presentaba una severa distorsión corporal, pensamientos obsesivos, alexitimia, importante déficit en el proceso de socialización, dependencia afectiva respecto a su familia y estado de ánimo alterado”.

⁸⁸ Sus objetivos son: “- Posibilitar a las Unidades de Salud Mental y Profesionales de Salud Mental la evaluación psicométrica de casos con TCA. – Integración de datos entre instituciones participantes. – Obtención de datos epidemiológicos de la población diagnosticada de Trastornos de la conducta alimentaria. – Caracterización clínica de los pacientes, elaboración de perfiles pronósticos, detección precoz de los trastornos, evolución terapéutica y seguimiento.- Análisis continuo de la prevalencia e incidencia en pacientes identificados en centros de atención de TCAs. – Análisis del impac-

puede extraerse de la misma), que se administra desde el hospital público “La Fe” de Valencia. Incluye una aplicación en la que es posible rellenar los test diagnósticos al uso, que están colocados como enlaces activos en el margen izquierdo y enviarlos a una central en el margen izquierdo⁸⁹.

Pero también se deberá de proveer a las UTCAs de los medios materiales y profesionales adecuados, puesto que si no, será como volver al cerro⁹⁰. Ojalá que se haga.

IV. EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO: JUICIO BIOÉTICO Y MÉDICO LEGAL.

El art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula el trámite del *Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico*. Se define “internamiento” como “la privación de libertad en un centro sanitario especializado autorizada y garantizada judicialmente, excepto en el caso de urgencia, donde se ratificará la autorización judicial con posterioridad, con el objeto de aplicar una terapia psiquiátrica sobre persona afectada por trastorno psíquico, cuando ésta no tenga capacidad de decidir por sí y exista un grave riesgo para

to socioeconómico en el ámbito territorial que se define. – Creación de un grupo de investigación cooperativo en TCA que permita el compendio de datos sobre patología, terapias e impacto social.- Difusión de resultados en los foros pertinentes”.

⁸⁹ “Ante la dificultad de la corrección convencional de los cuestionarios psicométricos que habitualmente se utilizan con estos pacientes”. El más utilizado es el EAT o Eating Attitudes Test para la AN, seguido del EDI (Eating Disorders Inventory) que se debe a David Garner (1983); y para la BN el BITE (Test de Bulimia de Ediburgo, desarrollado en 1987 por Henderson y Freeman). Otros accesorios que también figuran son: BSQ, SCL-90, CIMEC-26, SCANS, ENMU y POTS.

⁹⁰ El País.com publicó el 16/01/2007 desde su Agencia en Santiago de Compostela, que la Asociación de Bulimia y Anorexia de Galicia (Abagal) había empezado a detectar casos de mujeres que enfermaban por primera vez de anorexia con 20 y 30 años. Denunciaba asimismo que “Galicia cuenta con una sola Unidad de Desórdenes de la alimentación, ubicada en el hospital de Conxo”. Además, “este servicio está en precario, cuenta con dos psicólogos, dos psiquiatras y tres endocrinos para atender a todas las gallegas de más de 15 años que sufren estas enfermedades: a nosotros nos llegan casos todos los días, pero la atención a estos trastornos no se ha reforzado nada en cuatro años”. Otro de los datos relevantes que ofrece es que en el Hospital Clínico de Santiago se había atendido recientemente a una niña de 8 años.

su salud⁹¹”. Será involuntario el que se acuerde contra la “voluntad”⁹² del individuo. Presenta las siguientes características:

a) Su finalidad ha sido ya aclarada por la Doctrina y la Jurisprudencia, que piden al operador jurídico su utilización cautelosa, porque se trata de una *medida asistencial* en tanto en cuanto, ha de cesar cuando desaparece la *situación de peligro* conforme a la que se acordó.

b) Se seguirá independientemente de si el sujeto a internar es una persona capaz, un menor sometido a la Patria Potestad, o un incapaz sometido a tutela, y a todos se les reconocerá el derecho a formular oposición a través de Abogado y Procurador (a diferencia de lo que decía el art. 211 Cc derogado, que establecía un proceso de jurisdicción voluntaria, y no contencioso como es hoy día).

c) Inexcusablemente se deben de justificar dos causas⁹³:

- La médica: el afectado debe presentar una “*enfermedad incapacitante*”⁹⁴, esto es, un “*padeamiento mental psiquiátrico y que para su tratamiento médico sea imprescindible su ingreso en un centro sanitario especializado*”⁹⁵. Es decir, que con ello se le pueda proporcionar la mejoría de su cuadro y que tras el tratamiento pueda recuperar la libertad, pues esta decisión sólo está legitimada por motivos terapéuticos.

⁹¹ VARIOS, Mediuris 2008. *Derecho para el profesional sanitario*. Marcial Pons, p. 496.

⁹² Ibidem. p. 498. Los Autores entrecomillan la palabra en señal de advertencia de las especiales circunstancias a tener en cuenta en el sujeto al que se le aplica. Veremos más adelante que cuando el internamiento se produce de forma voluntaria, también se deben de adoptar una serie de cautelas.

⁹³ Estas definiciones y cursivas son nuestras.

⁹⁴ VARIOS, Op, cit. Mediuris. p. 497. Los Autores se decantan por este término al considerar que puede incluir tanto el desencadenante más o menos consecucional (un rebrote de una enfermedad mental severa pero controlada), como aquel que es inesperado por “*trastornos temporales o padecimientos psíquicos que no derivarán nunca en causa de incapacitación*”. RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M.Mª en su ponencia “Tratamientos e internamientos no voluntarios. Evolución desde el siglo XIX al XXI”, nos recuerda en la p. 8 nos recuerda que “*hay discapacitados que no incapacitables jurídicamente pero que pueden precisar un ingreso*”. XXX Jornadas Aequitas. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. Celebradas en Madrid el 9 y 10 de marzo de 2009.

⁹⁵ Ibidem. p. 497.

- La legal: “la conducta del enfermo resulta o puede resultar peligrosa para sí mismo o para terceros⁹⁶ (...), que hace necesaria la medida de internamiento del paciente o enfermo para poder así controlar su enfermedad”. En esta situación de amenaza para la integridad física del paciente o de los terceros con los que conviva (familia, cuidadores, vecinos, etc), no sólo hay que pensar en ataques agresivos, sino también en autolisis (suicidio) y autolesión (pues ante todo será preponderante el beneficio que se obtendrá para el internado).

d) La duración del internamiento depende del tiempo en que se tarde de alcanzar la curación (estabilización mental), confiando en el médico responsable de la terapia, la decisión de cursar el Alta (apartado 4 del art. 763 LEC).

El régimen establecido se completa con el *internamiento urgente* por riesgo para la vida del sujeto, que es homologado por la Autoridad Judicial *a posteriori*, pero que sin ella sería inválido.

Por el contrario, el internamiento voluntario es “aquel donde el usuario o paciente con enfermedad psiquiátrica, pero que le permite gobernarse por sí mismo, acude a un centro sanitario psiquiátrico para su internamiento voluntario”⁹⁷. Para ello, se firma un consentimiento por escrito y por el que quede constancia si quedan incluidos: “todos, algunos o ningún tratamiento, es decir, sólo presta su consentimiento para el internamiento sin autorizar aplicación de tratamiento”. Esto es, que podrá acudir también al juez cuando aun no habiendo finalizado el tratamiento instaurado, esta persona decide pedir el Alta voluntaria. Entonces se le solicitará autorización para hacer que continúe. Si lo que se rechaza son los tratamientos más convenientes una vez se ha aceptado ingresar, estaremos a lo que indicamos sobre la base constitu-

cional de esa oposición, y si no cabe apreciarla, se aplicará el art. 9.3 a) LBAP.

Hemos de aludir a un matiz importante al que nos invita el Dr. ORTEGA-MONASTERIO Y GASTÓN⁹⁸: que el Juez autoriza el internamiento, significa que declara la conformidad de la decisión de los clínicos, por lo que si éstos cambian de opinión después de una hora porque ha cesado la crisis que comprometía su vida y dejan ir al recluso, será igual de conforme. Ello en contraposición al concepto de “orden” de ingreso (en prisión o en un psiquiátrico si el delincuente es un enajenado), dictada en el ámbito penal, que es acordada de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

El fondo de la cuestión se ha de centrar en el análisis de los valores que entran en conflicto durante el procedimiento médico- judicial: derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y a la libertad. En esta discrepancia la solución se tiene que apoyar del lado del que social y constitucionalmente tiene un rango superior: lógicamente en el primero, el cual nos plantea no ya si podemos intervenir o no, sino que además tenemos la obligación de hacerlo.

ORTEGA-MONASTERIO nos pide identificar -dado que la razón de este cauce es el trastorno psíquico-, la integridad física con la integridad corporal: “un paciente que se quiera tirar por una ventana, que se quiera cortar, que se quiera mutilar (...), pues eso afectaría a su integridad física o bien a la de otra persona que él vaya a agredir”. Y el “derecho a la salud” como “un proceso psicotizante de un sujeto, que si no se trata se va a agravar⁹⁹” y por el que el sujeto “no es dueño de regir por sí mismo”: surgiendo de ahí el deber del facultativo que al conectarse con el valor supremo apuntado, es más deontológico que legal.

En los TCA, el supuesto nos brinda a un sujeto agotado, con su capacidad volitiva mermada que o

⁹⁶ No hace falta que se haya evidenciado ya el peligro. Con los informes médicos se tendrá que acreditar la certeza de que aquel va a ocurrir si a la persona no se le interna. Las palabras textuales pertenecen a *Mediuris*. p. 497. Es esta peligrosidad lo que se considera “manifestación directa de la enfermedad psiquiátrica”. Ahora bien, CALAZA LÓPEZ, S. en “El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico” *Revista de derecho UNED*. Núm. 2, 2007, resalta los caracteres que en virtud no ya de la seguridad jurídica sino desde la ética se deben de predicar: “transitoriedad, provisionalidad, proporcionalidad, imperiosa necesidad, re-habilitador y excepcional”. P.p. 4 -5.

⁹⁷ *Mediuris* 2008. p. 497.

⁹⁸ ORTEGA-MONASTERIO Y GASTÓN, L. “Criterios forenses para el internamiento voluntario e involuntario (Civil) en España”. *Revista de Psicopatología Clínica, legal y forense*. Vol. 4. 2004.

⁹⁹ Explica el autor que no es que desconozca que la afectación a la integridad física sea una afectación a la salud, “pero me ha parecido oportuno diferenciar la salud en tanto a la salud mental del sujeto y la integridad física en cuanto a que la violencia contra el propio sujeto o contra los otros individuos puede estar presente en algún momento de un trastorno mental”. p. 3.

bien no quiere o no puede acatar las prescripciones médicas: que va a fallar en su obligación de autocuidado.

PEREÑA GARCÍA¹⁰⁰, nos cuenta que la doctora (psicoanalista) Henrietta Broderick (entorno a 1885) tuvo una paciente llamada Simone Weil que se negaba a comer, y sobre la que un Juez de Instrucción abrió una investigación para colegir las causas de la muerte, finalizada la cual, determinó: *“La difunta se ha matado destruyéndose ella misma al negarse a comer durante un período en el que el equilibrio de su mente estaba perturbado”*.

Según ya se ha dicho, el paciente con TCA y principalmente con AN o BN¹⁰¹, pueden recibir un tratamiento ambulatorio (si hay suficiente motivación por parte del enfermo para seguirlo, reconoce la enfermedad y no presenta un deterioro serio), o en régimen de internamiento. Éste suele acordarse en situaciones graves de desnutrición, o si, no alcanzando un estadio de peligro para la vida, se observa que es recomendable y porque el paciente está poco convencido, o al tener su estado de ánimo igualmente trastornado no se encuentra con fuerzas para asumir los patrones que le son dictados por su médico. Dado el carácter excepcional de estos internamientos el requisito esencial éste *“sea la única alternativa terapéutica válida”*, de la que además *“haya que esperar una mejoría razonable”* (CARRASCO y OTRO, p. 1466).

El Auto de la Audiencia de Barcelona que colocábamos al inicio de estas páginas acoge la conveniencia de la medida por su cualidad protectora *“no sancionadora ni punitiva, que responde a la existencia de una situación de urgencia”*. Glosa a continuación toda la Jurisprudencia del TC (entre ellas la STC 129/1999, de 1 de Julio) y del TEDH favorable a la misma, para adentrarse en los Fº Jº 2º y 3º los pormenores que refrendan el fallo:

“Sentado lo que antecede, y en aplicación de los meritos artículos y doctrina del Tribunal Constitucional, entendemos debe proceder revocar

la resolución recurrida, atendiendo las alegaciones de la parte actora, considerando que puede apreciarse un error en la apreciación de la prueba por la Juez de la instancia, en cuanto sólo valora el informe médico forense sin atender a los demás informes obrantes en las actuaciones, y en cuanto a dicho informe del médico forense de la instancia, aparece contradictorio con los emitidos por los Hospitales que han tratado y reconocido a E. En este sentido, en la documental aportada en la instancia del Servicio de Psiquiatría del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau se diagnostica una anorexia nerviosa, haciendo referencia a un gesto autolítico, y demás que resulta de la documentación aportada. Y, en informe de urgencias del Hospital de Bellvitge, de fecha posterior, es de observar que como tratamiento recomendado se dice «agilizar el ingreso involuntario vía judicial» para adelantar en lo posible el tratamiento. Y, en prueba practicada en esta alzada, en nuevo reconocimiento médico forense, se indica en el informe que E. de 20 años de edad realizó durante la postadolescencia un proceso de anorexia, que precisó de tratamiento psiquiátrico; ha consumido tóxicos, fundamentalmente cocaína; varios intentos de autolisis; inestabilidad emocional; no se tiene por enferma. Y, en conjunto apunta un trastorno de personalidad de cierta severidad: anorexia mental, intentos de autolisis, desadaptación, anosognosia [incapacidad de un sujeto para reconocer una enfermedad o defecto (orgánico o funcional) que padece él mismo], concluyendo el médico forense que «precisa de tutelaje en cuanto a necesidad de tratamiento psiquiátrico ya que no tiene conciencia de problema en este campo, y existe riesgo en este sentido, existiendo también puntuales consumos de tóxicos severos y episodios depresivos» (folio 22 del Rollo de apelación). En definitiva, entendemos que de los informes de sendos Hospitales, y del concluyente informe médico forense practicado en esta alzada, concurren los requisitos previstos y señalados en el fundamento de derecho anterior, en la existencia de una enfermedad psíquica real, sin conciencia de la enfermedad por parte de E. que impide su tratamiento, precisando el internamiento no voluntario; medida adoptada por este Tribunal en el interés y beneficio de E., que si bien puede ahora no comprender, tras el necesario tratamiento y rehabilitación, en su mejora, podrá entender, apreciar y valorar la correcta lucha de su familia para su curación y bienestar” (Fº Jº 3º).

¹⁰⁰ Op. cit. p. 530.

¹⁰¹ Aunque la GPC de Febrero de 2009 parece indicar que debe también incluirse el “Trastorno por Atracón” y que estaría en los TCNA (Trastornos de la Conducta Alimentaria No Especificados), el DSM IV-TR aún lo tiene a estudio para ver si al fin lo desvincula de pacientes con trastorno obsesivo compulsivo. P. 1461. CARRASCO GÓMEZ, J.J. Op. cit.

Dejando a un lado los argumentos procesales entorno a la prueba (no haberse atendido por el J.1^aI. a los informes clínicos previos), nos interesa un repaso breve por los detalles fáticos acogidos que -pese a que los expertos declaman que no se puede implantar un “manual de instrucciones”, baremo o un (reduccionista) cuestionario¹⁰²-, pretenden orientar a los tres agentes implicados en esta causa (el médico, el perito y el jurista):

1) Que existan antecedentes previos de otros internamientos, o de haber recibido tratamiento psiquiátrico, o se hayan producido otros episodios graves por los que estimar que es una patología de larga duración.

2) Que el dictaminado posea un aspecto físico precario¹⁰³.

3) Gestos autolíticos¹⁰⁴.

4) Anosognosia (viene definido en el pronunciamiento).

5) Otros desórdenes concurrentes con el alimentario: generalmente adicciones.

¹⁰² ORTEGA-MONASTERIO Y GASTÓN. Op. cit. p. 3.

¹⁰³ Una STSJ de Canarias de 30 de abril de 1998, se refiere indirectamente a este tema. En el asunto se anulaba una sanción que el Colegio de Médicos de Las Palmas había impuesto a uno de sus colegiados, el cual, según la afectada, había emitido un informe clínico sin haberla explorado, a fin de facilitar a los familiares el internamiento que al final no se acordó. El Tribunal decidió que, pese a la ausencia de exploración, resultaba evidente por su delgadez -40 kg de peso “considerablemente bajo para su altura”-, y que por ser compañeros de trabajo era suficiente para conocer que comía y se provocaba el vómito, y que existía “un consumo crónico de alcohol que actualmente está en unas 10-15 cervezas diarias”. La dictaminada era una compañera médico del que hizo el informe, y emprendió la vía judicial, porque el certificado por el que se expresaba la necesidad de “efectuar un tratamiento hospitalario, incluso en contra de la voluntad de la enferma” no obtuvo ese ingreso forzoso.

¹⁰⁴ Lo cual no es desconocido para los estudiosos: en VARIOS, “Suicidio en la adolescencia”, *Boletín Galego de Medicina Legal e Forense*. Nº 15, agosto 2007, se señala a los TCA como claros desencadenantes de la idea de morir. Vid. p. 39: “Por insatisfacción con sus propios cuerpos, muchos niños y adolescentes tratan de perder peso y se preocupan de lo que deben y no deben comer. Entre el uno y el dos por ciento de las jóvenes adolescentes, sufren anorexia o bulimia. Las jóvenes anoréxicas sucumben frecuentemente a la depresión y el riesgo de suicidio es 20 veces mayor que para los jóvenes en general. Hallazgos recientes muestran que también los varones pueden sufrir trastornos en la conducta alimentaria”. Y ya nos hemos referido a la estadística nacional en estas mismas páginas.

6) Presencia de otras patologías añadidas (comorbilidades, como los trastornos de la personalidad, del estado de ánimo – depresiones-, obsesivo compulsivos, etc), que CARRASCO GÓMEZ sitúa más en la BN que en la AN.

Sucintamente la *Guía de Práctica Clínica de los Trastornos de la Conducta Alimentaria* (Murcia – 2005), propone unos “criterios de ingreso hospitalario” (p. 20), que unos citaremos textualmente y otros ampliaremos en las siguientes enumeraciones:

a) En AN:

- IMC inferior al 16,5.
- Enfermedades físicas secundarias o no a la AN que requieran hospitalización.
- Trastornos psiquiátricos graves (ansiedad, depresión, suicidio, psicosis ...).
- Grave conflicto familiar generado por el trastorno alimentario.
- Fracaso continuado y reiterado del tratamiento ambulatorio.

b) En BN:

- Trastornos psiquiátricos graves (ansiedad, depresión, suicidio, psicosis ...).
- Ciclos incoercibles de atracón/vómito con alteraciones electrolíticas graves.
- Ambiente familiar muy deteriorado.
- Fracaso de otras alternativas terapéuticas.

Además debe recurrirse al ingreso hospitalario forzoso:

- Cuando el paciente tenga una IMC menor de 14,5.
- Cuando se presenten los trastornos psiquiátricos antedichos.
- Cuando por los conflictos familiares sea adecuado separarle de la familia.
- Cuando han fracasado los tratamientos ambulatorios y las otras alternativas planteadas, constantemente.

El tratamiento que se instaure procurará:

- Recuperación del estado nutricional y del IMC.
- Motivar para la adherencia a las prescripciones médicas y al cambio.

- Normalización de los hábitos alimenticios.
- Modificar conductas, creencias y sentimientos hacia la comida, y hacia el propio cuerpo (rehabilitación de la imagen física, tanto de la percibida como de la real).

Se pensará que todo es poco para preservar la vida humana (principio de beneficencia), o que los Tribunales son retrógrados pues se debería dar un giro hacia la autodeterminación, la libertad y la vertiente positiva de los derechos fundamentales (principio de autonomía) que ahora mismo está descartada. A fin de servir a la disparidad de opiniones, cerramos este capítulo con las palabras recordadas por JOAN SEUBA en la ponencia de la nota 9, la afirmación del Juez Scalia en el caso *Cruzan v. Director, Missouri Department Health* 497, U.S., 261 (1990):

“Los nueve magistrados del Tribunal Supremo no están en mejores condiciones que nueve personas escogidas al azar en el listín telefónico de Kansas City para decidir cuándo una vida ha de tener valor y cuando no tiene sentido aplicar más medios médicos”.

V. ¿ES POSIBLE UN DELITO DE INDUCCIÓN A LOS TCA? A) Acercamiento.

No queremos concluir este trabajo sin aproximarnos al desafío que suscita al Derecho Penal, la proposición de ley de la Asamblea Nacional francesa de fecha 15 de abril de 2008, que para las instituciones públicas supuso la excusa para retomar el interés a las instituciones públicas, para la opinión pública reabrir el debate del alcance de estas enfermedades, y que encarna el futuro más inmediato para introducir cambios en nuestro ordenamiento, de la mano de Asociaciones y Foros temáticos que piden se haga el estudio.

Dado que, como se ha insistido, la AN y BN, en lo que compete a esta rama jurídica, son puestas en peligro de la vida y/o integridad física asumidas voluntariamente por su titular (autopuestas)¹⁰⁵, la tipificación penal únicamente puede venir referida, como en el caso del suicidio, a los terceros que co-

laboran con el titular del bien jurídico protegido. Este hecho particular, consistente en que la conducta principal (el suicidio) no sea punible, y sí que lo sean ciertas conductas que tienden a favorecerlo (inducción, cooperación, ejecución del suicidio y algunas modalidades de eutanasia) hace que la cuestión desde este plano penal sea técnicamente complicada.

En nuestro Derecho no existe un tipo que contemple la inducción a la anorexia o la bulimia; ni siquiera existe un mecanismo directo de castigar la inducción a conductas que pongan en peligro la salud y la integridad física de las personas, excepción hecha de los casos de autoría mediata, en los que nos detendremos más adelante.

Por ello creemos esencial estudiar con cierta profundidad, junto con la *vía francesa*, la figura existente en nuestro derecho positivo más afín a la propuesta gala, que es sin lugar a dudas la Inducción al Suicidio (IS). Con ello pretendemos ofrecer una visión general que nos permita acercarnos a las posibilidades que se presentan ante el legislador con una parte del camino recorrido. Sobre todo teniendo en cuenta, como descubriremos, que muchos de los problemas que surgen al referirnos a este delito se reproducirán cuando tratemos con la nueva figura.

B) La inducción al suicidio.

Se remató el Título I del Libro II del Código penal de 1995, intitulado “Del homicidio y sus formas” con el artículo 143, que establece:

“1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos

¹⁰⁵ Siguiendo la terminología de GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular”, Tirant On Line, 1999.

permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

El epígrafe 1 del art. 143 del CP, que, si interpretamos literalmente la sistemática del Código, es considerado por el legislador como una forma de homicidio, es el punto de partida sobre el que trataremos de exponer nuestro enfoque.

La primera controversia que existe se plantea entorno a la *ratio* de protección: directamente con respecto al **bien jurídico protegido** en este art. 143.1, que la mayoría de la doctrina identifica con el derecho a la vida (art. 15 CE). Sin embargo, CARBONELL¹⁰⁶ afirma que dicha concepción resulta de contemplar ésta como un derecho absoluto, ignorando la doctrina constitucional integradora de los derechos a la vida y la libertad¹⁰⁷. Señala este autor que, dado que no existe la *obligación* de vivir, el bien que protege la regulación de este delito es “*el interés del Estado en la continuidad de la vida no deseada por su titular*”¹⁰⁸.

En nuestra opinión, esto no sería asumido por el éste apartado 1 (art. 143 CP). Posiblemente hay una confusión entre los conceptos de bien jurídico protegido y *ratio legis*, que según la Sala Segunda del Tribunal Supremo es “*la desaprobación objetiva del suicidio por parte del ordenamiento jurídico, por lo que la conducta de favorecimiento o provocación dolosa por terceros se hace merecedora de pena*”¹⁰⁹.

Esa discusión demuestra los problemas técnicos que produce la peculiaridad de este tipo penal: la curiosidad reside en que se trata de una conducta accesoria típica que lo es de una principal atípica¹¹⁰. Es decir, podría resultar paradójico castigar al partícipe mientras el suicida queda impune si no tuviéramos en cuenta esa desaprobación objetiva del suicidio en la interpretación de los Tribunales. Pero este hecho no debe hacernos descartar la vida

como eje central e inspirador del este elemento con el que abordamos el precepto apuntado.

Algunos autores, de *lege ferenda*, advierten la falta de eficacia y la dificultad probatoria de las formas de IS en relación con una persona sana¹¹¹. Sin embargo, hay que tener en cuenta, como señala BAJO FERNÁNDEZ¹¹², que el gesto autolítico se produce como aprendizaje “defectuoso” en una situación psicológica “defectuosa”, en cuyo caso es evidente que el auxilio o la inducción profundizan el riesgo de consumación de la tendencia suicida, o dicho de otro modo, son comportamientos cuyo riesgo se realiza o concreta en el resultado suicida.

De este modo, frente a los tipos contenidos en el resto del artículo 143, en los que sí que podría entrar en juego el bien jurídico genérico mantenido por CARBONELL, el punto 1 refleja una situación en la que el sujeto activo *hace* que el sujeto pasivo *se quite la vida*; es decir, que una persona que no desea morir en un primer momento, acabe suicidándose tras la intervención del agente.

De ello se desprende que, aun de un modo mediato, el objeto al que se ataca y, por lo tanto, lo que se salvaguarda en este supuesto, es propia existencia del sujeto pasivo. Por ello, en los casos en los que la voluntad del suicida no sea consecuencia de la actuación del sujeto activo, a pesar de la existencia de actos ejecutivos de éste (art. 143.2) la pena es sensiblemente inferior¹¹³. El *homicidio-suicidio*, figura contemplada en el tercer párrafo, y la eutanasia, en el cuarto, sí que podrían responder, en cierto modo, a una interpretación de este derecho esencial un tanto confuso (errado al compararlo con las interpretaciones jurisprudenciales), como sostiene CARBONELL, a la luz de lo expuesto por el TC.

En lo que respecta a la **acción típica**, la inducción consiste en convencer a alguien que no había

¹⁰⁶ VIVES ANTÓN, T.S. Y OTROS: *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995, pp. 78 y ss. Y en el mismo sentido QUERALT JIMÉNEZ, J. “*Derecho Penal. Parte Especial*”. Edición 2008”. p. 253.

¹⁰⁷ SSTC 11 de abril de 1985 y 27 de junio de 1990.

¹⁰⁸ VIVES ANTÓN, T.S. Y OTROS, *Op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁹ STS 23 de noviembre de 1994 (refiriéndose, evidentemente, al artículo 409 del CP de 1973).

¹¹⁰ LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 27.

¹¹¹ En concreto, TORÍO LÓPEZ, A.: “La noción jurídica de suicidio”, *Homenaje a I. Serrano Serrano. Estudios de Derecho Público y Privado*. Vol. II, Universidad de Valladolid, 1965.

¹¹² BAJO FERNÁNDEZ, M., *Compendio de Derecho penal (parte especial)*. C.E. Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 251. VARIOS, *Eurojuris*, Madrid, 1996, pág 88.

¹¹³ A diferencia de la regulación del art. 409 del CP de 1973: “*El que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte será castigado con la pena de reclusión menor*”.

pensado en suicidarse de que lo haga: que tome la resolución de matarse que no habría adoptado sin tal influencia exterior.

Asimismo, debe tratarse de una persuasión hábil: con capacidad de convencer a quien no habría tomado esa medida por sí y contra sí. Podemos repetir aquí lo dicho anteriormente: es complicado concebir un tipo de inducción suficientemente eficaz en relación con una persona sana. Sin embargo, hemos de concluir, con BAJO FERNÁNDEZ¹¹⁴, que la decisión suicida es siempre producto de un aprendizaje, y que las instigaciones para que se perpetre el acto fatal pueden constituir un factor que acentúe el proceso, y, por último, además, deben dirigirse a una persona o personas determinadas¹¹⁵.

El segundo foco discusivo se produce acerca de la necesidad de que el suicida encuentre efectivamente la muerte para aplicar el tipo del art. 143.1, encontrándose la doctrina dividida entre quienes consideran ésta como condición objetiva de punibilidad (TORÍO, RODRÍGUEZ DE VESA), y quienes hablan de la inducción al suicidio como delito de mera actividad (CARBONELL)¹¹⁶.

Por lo demás, el resultado mortal debe ser voluntario, querido por el sujeto pasivo (puesto que de lo contrario estaríamos ante un homicidio simple), de lo que deriva considerar capaz al posteriormente fallecido: que procedió libremente¹¹⁷. En caso contrario, víctima menor de edad, enfermo mental o consentimiento viciado, ello actúa como causa de exclusión del suicidio, y por lo tanto de la calificación de IS. SILVA SÁNCHEZ¹¹⁸ va más allá y señala también la *semi-imputabilidad* entre las causas excluyentes: a su juicio debe poder confirmarse la plena responsabilidad del sujeto protegido.

Estaríamos en estos casos ante una autoría mediata de homicidio, en la que el agente utiliza al propio suicida como instrumento ciego.

¹¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., Op. cit., pág. 88.

¹¹⁵ VIVES ANTÓN, T.S., Op. cit. p. 84.

¹¹⁶ *Ibidem*. p. 82. Hay que especificar que Carbonell se manifiesta, a pesar de lo dicho, a favor de la necesidad de la muerte con respecto al 143.2, puesto que lo contrario nos podría llevar a la parificación entre el homicidio simple del art. 138 y el homicidio suicidio.

¹¹⁷ *Ibidem*. pp. 82 y 83.

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros", ADPCP, 1987, pp. 451 y ss.

Sobre la base de este esquema, analizaremos la posibilidad de calificar la inducción a la AN y la BN como delito de lesiones o, en su caso, de homicidio.

C) La Vía Francesa.

C.1. El Código Penal Francés vigente.

El Código penal francés (en adelante, CPF) regula la IS en su Libro II (delitos contra las personas), Título II (atentados contra la persona), Capítulo III (puesta en peligro de la persona), Sección 6 (la inducción al suicidio). En concreto, el artículo 223-13 dispone¹¹⁹ que:

"Incitar a otra persona al suicidio está castigado con pena de 3 años de prisión y 45.000 euros de multa, siempre que la incitación haya llevado al suicidio o a una tentativa de suicidio."

Las penas serán de cinco años de prisión y 75.000 euros de multa si la víctima de la infracción precedente es menor de quince años."

El artículo 223-14 añade el siguiente tipo, desconocido en nuestro CP:

"La propaganda o publicidad, por cualquier medio, a favor de productos, objetos o métodos destinados a quitarse la vida está castigado con penas de 3 años de prisión y 45.000 euros de multa."

De este modo, nos encontramos con algunas diferencias claras con respecto a nuestra regulación:

- La duda a la que da pie el CP español sobre la exigibilidad de la muerte para llenar el tipo del art. 143.1 es subsanada aquí con la mención explícita a la tentativa como requisito de suficiencia para sancionar.

- Existe un subtipo agravado (art. 223-13) que castiga el hecho en los casos en que la víctima sea menor de 15 años, con lo que también decae la exigencia doctrinal española de la necesaria imputación.

¹¹⁹ Art. 223-13: "*Le fait de provoquer au suicide d'autrui est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende lorsque la provocation a été suivie du suicide ou d'une tentative de suicide.*

Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75.000 euros d'amende lorsque la victime de l'infraction définie à l'alinéa précédent est un mineur de quinze ans."

tabilidad del sujeto pasivo: inducir a la autolisis a un menor en España podría castigarse como homicidio mediato.

-Por último, el art. 223-14, que condena la publicidad a favor de medios o mecanismos para el suicidio, no tiene parangón en nuestro ordenamiento jurídico-penal. A pesar de que no hemos entrado a fondo en la Doctrina y la Jurisprudencia de la cuestión, consideramos que la mera naturaleza penal de la norma (y su consiguiente acogimiento al principio de intervención mínima) y la siempre complicada relación de las restricciones de la libertad de expresión con los derechos fundamentales de las personas, reducirán bastante el ámbito de aplicación de este artículo.

Es obligado referirse a la IS en el CPF porque la Proposición de Ley que tratamos a continuación, se incluye en esa sección del Código y los artículos introducidos tienen una estructura calcada a los que acabamos de transcribir.

C.2. La Proposición de Ley (PL) de 15 de abril de 2008.

La proposición para reformar el Código Penal francés aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 15 de abril de 2008¹²⁰ está fundamentada,

¹²⁰ La proposición de ley puede encontrarse íntegra en <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0791.asp>. Ofrecemos a continuación, en su lengua original, la propuesta de redacción de la nueva norma:

"Article unique

I. – *L'intitulé de la section 6 du chapitre III du titre II du livre II du code pénal est ainsi rédigé: « De la provocation au suicide et à la maigreur excessive ».*

II. – *Après l'article 223-14 du même code, il est inséré deux articles 223-14-1 et 223-14-2 ainsi rédigés:*

« Art. 223-14-1. – Le fait de provoquer une personne à rechercher une maigreur excessive en encourageant des restrictions alimentaires prolongées ayant pour effet de l'exposer à un danger de mort ou de compromettre directement sa santé est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

« Les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque cette recherche de maigreur excessive a provoqué la mort de la personne. »

« Art. 223-14-2. – La propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de parvenir à une maigreur excessive ayant pour effet de compromettre directement la santé, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. »

según el texto presentado por la diputada Valérie Boyer, en la convicción de que *“la lucha contra la delgadez excesiva debe convertirse en una prioridad de la salud pública”*.

El texto modifica el título de la mencionada Sección 6, “De la incitación al suicidio”, que pasa a llamarse: “De la incitación al suicidio y a la delgadez excesiva”, y pasa a tener dos nuevos epígrafes en el art. 223-14.

El primero:

“El que provoque a una persona a tratar de conseguir una delgadez excesiva animándola a restricciones alimentarias prolongadas que tengan como consecuencia peligro de muerte para su persona o puesta en peligro directa de su salud será castigado con pena de prisión de dos años y 30.000 euros de multa.

Las penas serán de tres años de prisión y 45.000 euros si esa búsqueda de una delgadez excesiva provoca la muerte de la persona”.

Y el segundo:

“La propaganda o la publicidad, por cualquier medio, de productos, objetos o métodos adecuados para conseguir una delgadez excesiva y que tengan como efecto comprometer directamente la salud será castigado con penas de dos años de prisión y 30.000 euros de multa”.

El texto, aprobado por la Comisión legislativa pertinente (en este caso la de Asuntos Culturales, Sociales y Familiares) y enviado al Senado¹²¹ por el pleno de la Asamblea Nacional, cumpliendo con la reglamentación constitucional para la iniciativa legislativa; va acompañado del Informe¹²² de la propia Comisión en el que se recomienda modificar la redacción del apartado introductorio, para eliminar la expresión “provocación a la delgadez excesiva” (porque confunde que ésta sea visible por causas orgánicas que no se sustentan en un TCA); y, se dote de nueva redacción al segundo,

III. – Dans l'article 223-15 du même code, le mot et la référence : « et 223-14 » sont remplacés par la référence : « à 223-14-2 ».

¹²¹ Trabajos completos del Senado en www.senat.fr/dossierleg/ppl07-286.html.

¹²² Al que se puede acceder mediante enlace que encontramos en la dirección web de la nota anterior, puede consultarse directamente en www.senat.fr/rap/107-439/107-439_mono.html.

por la que se instaure la represión de la apología de los TCA, así como de la automutilación o de cualquier comportamiento que pueda poner grave y directamente en peligro la salud de las personas, cuando sea hecha pública por cualquier medio¹²³. Además, el informe del Senado sugiere la posibilidad de despenalizar estos hechos y propone que la prohibición de apología se integre en el Código de Sanidad Pública y no en el Código Penal.

Puesto que los motivos expuestos por la Comisión del Senado para realizar esta versión alternativa a la resolución del problema, coinciden en gran parte con nuestra crítica al texto de la Asamblea, trataremos este aspecto ulteriormente.

Con respecto a lo que se encuentra aprobado desde el pasado 15 de abril del 2008 destacamos lo siguiente:

a) La tipificación de la *inducción a la delgadez excesiva* sigue el esquema del de la IS: un tipo básico, un subtipo agravado (en el caso del art. 223-13, por razón de la edad; en el caso del 223-14-1, por la muerte del sujeto pasivo) y el castigo de la comisión del delito por medio de la propaganda o la publicidad.

b) Llama la atención que, a pesar de que la exposición de motivos de la PL se refiere continuamente a la AN, no se incluya en el texto propuesto más que la referencia a la citada “delgadez excesiva”.

c) Sí que es cierto, por otro lado, que únicamente se integran dentro del tipo aquellas conductas en las que esta “delgadez excesiva” se dé en un contexto en el que se induzca a ella mediante restricciones alimentarias prolongadas que tengan como consecuencia una situación de peligro de muerte o de riesgo directo para la salud.

d) Nos cuestionamos la necesidad de castigar la IS por un lado y la inducción a conductas alimentarias que conduzcan a la muerte por otro. De esta reiteración es consciente incluso el legislador, que equipara las penas en uno y otro caso.

El proceso legislativo en Francia es largo (sobre todo en las circunstancias generadas por el que

nos ocupa, de disparidad de opiniones entre la Asamblea Nacional y el Senado –sin contar con la probable intervención del Consejo Constitucional, con competencias similares a nuestro TC, pero que actúa con carácter previo a la aprobación definitiva de las normas–, ante la virtualidad de estos planteamientos para lesionar la libertad de expresión), y la publicación del Informe de la Comisión Permanente de Asuntos Sociales del Senado, de fecha 2 de julio, es el último trabajo disponible del aparato legislativo francés con respecto a esta materia. Por lo que es difícil calcular cuando verá definitivamente la luz esta iniciativa.

C.3. Crítica.

Las deficiencias del texto de la PLF fueron ya expuestas, insistimos, en el Informe de la Comisión permanente de Asuntos Sociales del Senado, con ponencia de Patricia Schillinger, del grupo socialista, y coinciden básicamente con los reparos que hemos comentado, y que podemos resumir en los presentes puntos:

a) La terminología utilizada: tratándose de una iniciativa cuya *ratio legis* –según se puede leer en el propio texto original PL–, es la lucha contra la inducción a la AN¹²⁴, resulta difícil de explicar la renuencia del legislador para utilizar el término. Podríamos buscar la excusa en que hacer referencia únicamente a esa enfermedad podría dejar fuera del tipo a quienes induzcan al otro gran TCA, que es la Bn. Sin embargo, de ser éste el óbice, habría bastado completar el tipo con este otro término.

b) Dicho esto, habría que ver cuáles serían los supuestos en los que un hecho podría integrar el tipo delictivo del 223-14-1. Como señalábamos, con respecto al IS es difícil imaginar una situación –salvo que venga acompañada de violencia doméstica o sectaria, o que se produzca con respecto a un sujeto pasivo carente de voluntad o con capacidad de discernimiento reducida con anterioridad a la acción–, en la que una persona pueda inducir a

¹²³ En http://ameli.senat.fr/amendements/2007-2008/289/jeu_classe.html puede encontrarse la redacción de las enmiendas propuestas por la Comisión de Asuntos Sociales del Senado.

¹²⁴ La propuesta inicial de la Comisión de Asuntos culturales, sociales y familiares de la Asamblea nacional llevaba precisamente ese título: “Proposición de ley para combatir la incitación a la anorexia”; el texto que aprobó el pleno de la Asamblea acoge la enmienda de la propia ponente de la Comisión cuyo título habla ya de “incitación a la delgadez extrema y la anorexia”.

otra a dejar de alimentarse poniendo con ello en peligro su vida y su salud. A lo que hay que añadir la no menos importante circunstancia de la dificultad probatoria de tales hechos.

c) Hay un desequilibrio semántico claro en la nueva redacción de la Sección 6 (posiblemente es un problema de la sistemática del CPF), que salta a la vista con una simple lectura: “De la inducción al suicidio y la delgadez excesiva”. Resulta chocante, sin duda, ver en una relación tan estrecha un concepto tan serio como el suicidio y una tan aparentemente trivial como la delgadez excesiva¹²⁵.

d) Las reformas del CP, especialmente aquellas que introducen un nuevo delito, suelen venir precedidas de uno o varios hechos de importante relevancia social. En este caso, el fenómeno que aprovecha la PL es la proliferación en Internet de las denominadas páginas web pro-Ana y pro-Mia. Partiendo de este punto y teniendo también en cuenta las consideraciones anteriormente expuestas sobre el art. 223-14-1, es necesario centrarse con mayor atención –y también mayor rigor– en el acto punible del art. 223-14-2. La PL criminaliza la publicidad o propaganda de productos, objetos o métodos *adecuados* para adquirir una *delgadez excesiva*. Vemos, por lo tanto, que trata de darse una respuesta concreta por medio de la legislación penal al aspecto de la cuestión que más llama la atención (el fin al que tienden o que posibilitan) y que, de hecho, podríamos identificar como el desencadenante de la actividad legislativa, pero que probablemente se limita a arañar el problema sin profundizar en sus orígenes y sin vocación de actuar sobre el contexto en el que se da.

Se pone de manifiesto así uno de los inconvenientes de la regulación penal como respuesta a la alarma social: la urgencia de la norma puede llevar a promulgar sanciones de escasa utilidad (nunca es conveniente legislar *ad hoc*).

Así, no podemos sino mostrarnos de acuerdo con las conclusiones de la Comisión del Senado al informar sobre el Proyecto. En concreto, las enmiendas expuestas son las siguientes:

- Eliminar el artículo 223-14-1 (la ya nombrada, *inducción a la delgadez excesiva*): debido a las dudas (que hemos hecho nuestras) y la dificultad de imaginar un supuesto de hecho no embebido en otras conductas, a lo que se une lo complicado de probar las conductas típicas, en su caso.

- Dar nueva redacción al art. 223-14-2, sustituyéndose por el texto siguiente¹²⁶:

“La apología de los trastornos de la conducta alimentaria, de la automutilación o de comportamientos que puedan poner directa y gravemente en peligro la vida de las personas, publicada por cualquier medio, queda prohibida”.

Sin embargo, no se aplica pena a la apología, sino que únicamente se prohíbe, y no se concibe específicamente como un artículo del CPF, sino que se limita a sugerir el texto para su aprobación (¿quiere ser una norma penal en blanco?). Si formará parte del CPF o de otra norma (Ley de libertad de prensa, Código de sanidad pública...) es una cuestión que se deja en el aire, aparentemente a la espera de un avance dialéctico que permita elegir la opción más aconsejable.

Un interesante argumento desarrollado por Informe de la Comisión a la hora de despenalizar esta apología deriva del aparente carácter inocuo de la repercusión de estos actos de cara a las personas que no sufren la enfermedad. En concreto, en el punto 2.a) (“*Autojustificación de los sitios pro-anorexia*”), afirma que:

“...el movimiento pro-Ana no busca suscitar adhesiones difundiendo la anorexia, sino que se limita a permitir a los afectados encontrarse para intercambiar sus experiencias y ofrecer la comprensión que familiares y médicos no pueden dar”.

Es decir, que, volviendo al debate sobre el bien jurídico protegido en el caso de la IS, aquí es más clara la certeza de la opinión de BAJO FERNÁNDEZ¹²⁷ que contempla la inducción no como elemento apriorístico que desencadena en una persona completamente sana su compromiso a la muerte, sino como una profundización en el riesgo de rea-

¹²⁵ No es nuestra intención restar importancia al término “delgadez excesiva” en lo que representa en el serio padecimiento de un TCA, sino significar el gran salto semántico existente entre los dos términos que ponen título a la Sección 6 del CPF.

¹²⁶ En el original: “*L’apologie de troubles du comportement alimentaire, de l’automutilation ou de comportements mettant gravement et directement en danger la santé des personnes, faite auprès du public par tout moyen, est interdite*”.

¹²⁷ *Vid supra*, “La inducción al suicidio”

lización de estas conductas por parte de personas no del todo sanas.

Es éste un punto imprescindible a tener en cuenta, puesto que detecta el problema real y ayuda a fijar cuál debe ser el objetivo que la norma debe perseguir sea ésta o no penal.

En cualquier caso, habrá que esperar la culminación del proceso legislativo para ver cuál es la decisión que finalmente adopta el legislador francés –aún no hay nada decidido, no como parecía exponer nuestra prensa-, tras lo que promete ser un interesante debate que, antes o después, tendrá que enfrentar nuestro propio poder legislativo.

D) Los TCA y el CP Español.

D.1. El delito de lesiones del artículo 149.

Hemos visto antes que no existe en el CP un tipo en el que pueda subsumirse la acción consistente en inducir a otra persona a la anorexia. Ni siquiera el art. 18 CP cubre la apología de un hecho atípico, como es la autolesión.

Sin embargo, teniendo en cuenta la exigencia doctrinal de imputabilidad del suicida para la aplicación del art. 143, podría perfectamente ser aplicable el artículo 149 CP a los menores de edad:

“El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica”.

Así, el que indujera a un inimputable a la AN o BN, estaría de hecho *“causándole, por cualquier medio o procedimiento una grave enfermedad somática o psíquica”*. Nuevamente asoman los obstáculos técnicos.

Uno de ellos estriba en el verbo utilizado para describir la acción: ¿puede identificarse la inducción con la *“causación por cualquier medio”*? Creemos que la respuesta debe ser afirmativa forzosamente en el caso de inimputables, puesto que estaríamos ante una autoría mediata de lesiones. Respecto de personas imputables, volvemos otra vez al inconveniente recurrente en la materia: ¿es imaginable un tipo de inducción tan eficaz que arrastre a un sujeto sano a la AN o BN? Los casos en que esto parece más probable (como hemos di-

cho antes, situaciones contextualizadas en un ámbito de violencia doméstica o sectaria) también se caracterizan por un estado disminuido de la capacidad volitiva de la víctima: estaríamos otra vez ante una cuestionable inimputabilidad, o, al menos, de *semi-imputabilidad*, siguiendo terminología de SILVA SÁNCHEZ.

El otro es señalado por LUZÓN CUESTA¹²⁸: la conceptualización en un momento dado de una enfermedad somática o psíquica como grave. La introducción de un elemento normativo cultural pone en peligro la seguridad jurídica y deja la calificación del delito en manos de un juicio de valor que puede variar de una fracción temporal a la siguiente. Afortunadamente, estamos en un momento en que la preocupación social y la aceptación general del carácter grave de los trastornos alimentarios va en aumento, pero la decisión final sigue estando en poder del aplicador del derecho.

En cualquier caso, estas diatribas técnicas, añadidas al pequeño rodeo que hay que recorrer para enfocar el problema - según estamos defendiendo-, hacen que nos preguntemos sobre la necesidad de recurrir a un nuevo tipo específico.

Donde sí que no llega de ningún modo el catálogo de delitos recogidos en nuestro CP es a la creciente apología de la AN y la BN en las ya referidas páginas pro-Ana y pro-Mía, y es ahí a donde quiere apuntar la nueva regulación y, en su caso, tomar una decisión acerca de los caracteres de ésta.

D.2. Las posibilidades de regulación.

Básicamente son tres las preguntas que nos surgen:

- 1º.- Su necesidad y oportunidad.
 - 2º.- ¿Cuál es el ámbito de la represión?
 - 3ª.- ¿Cuáles podrían ser los elementos del tipo?.
- Necesidad y oportunidad.

Al margen de la aplicabilidad del art. 149, asunto sobre la que ya hemos hecho las manifestaciones pertinentes, no parece suficiente el vigente ordenamiento jurídico penal para combatir el problema. Es continuo el goteo de noticias en medios de comunicación en relación con la clausura o las

¹²⁸ Op. cit. p. 52.

investigaciones de páginas web pro-Ana y pro-Mía¹²⁹. Hay que destacar que las clausuras se han llevado a cabo por constituir las referidas páginas web “contenidos nocivos” para la infancia o la juventud en aplicación del art. 12.bis).3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Correo electrónico.

Por lo tanto, resulta evidente que tanto la sociedad como los organismos encargados de aplicar y ejecutar las normas han mostrado la inclinación a contrarrestar estos acontecimientos. Por otra parte, es poco recomendable, en atención a la interpretación integradora del derecho a la vida y la integridad física de un lado, y la libertad de expresión e información de otro, que medidas cautelares como las que se han señalado (clausura de páginas web) no puedan ser amparadas desde la Jurisdicción Penal, y puedan ser adoptadas por órganos no jurisdiccionales. De modo que nos encontramos con hechos que tienen un desvalor reconocido no sólo en la sociedad sino en el seno de los aplicadores profesionales jurídicos y por otro lado con una falta de los medios indicados en un estado de derecho para enfrentarse a esa conducta reproachable.

La tipificación de la Inducción a la AN y/o BN como delito permitiría una mayor capacidad de intervención –sobre todo, reglada– de los poderes públicos en las secuencias fácticas de un fenómeno cultural, social, psicológico, que está comprobado que afecta a muchos menores y que, en la mayoría de los casos, suele pasar desapercibido para la familia y gente cercana a los mismos; y una mayor coerción y garantía en lo que se refiere a la adopción con plenas garantías y al mantenimiento de esas censuras que hoy están aisladas, virtualmente afectantes al derecho a la libertad de expresión, al estar refrendadas por la autoridad judicial.

- Ámbito de aplicación.

En los segmentos sociales en que la posible inducción a trastornos de la conducta alimentaria constituyen una cuestión candente (publicidad,

moda, internet), se han programado una serie de remedios –que pueden tildarse de más o menos efectivas–, que van desde Convenios, Recomendaciones y Circulares con códigos de conducta, petición de la trasposición de Directivas europeas, a la legislación extrapenal, que, sin embargo, no han logrado reducir la proliferación de páginas web pro-Ana y pro-Mía¹³⁰.

Un inconveniente significativo que aparece al meditar la tipificación, surge al considerar cuáles son las acciones que podrían amanecer el tipo, y que han de consumarse por los autores de estos sitios web y, a reglón seguido, si éstos no podrían ser tenidos como inimputables. La inimputabilidad puede presentarse por partida doble: por minoría de edad, y por referencia al trastorno mental del art. 20.1 CP¹³¹. Los instrumentos de que goza nuestra legislación para responder a esta circunstancia (Ley de responsabilidad penal del menor y las medidas de seguridad del art. 105 CP) *a priori* podrían ser suficientes para salir airosos de este brete, pero por ello emerge con más fuerza si realmente es necesario un nuevo delito, sobre todo si restringimos el ámbito de aplicación de la futura norma al problema de las páginas web, que no deja de ser importante.

Tenemos que hacernos, además, la reflexión de la ponente Patricia Schillinger en el informe de la Comisión del Senado francés: ¿por qué castigar

¹³⁰ En estas páginas web, fácilmente localizables en cualquier buscador de internet, son *blogs* con soporte en servidores gratuitos en los que, entre otros contenidos, se aconseja la autolesión para combatir el hambre, se convocan “carreras” de pérdida de peso en un tiempo determinado, se recomienda ayuno o se proponen dietas peligrosas para la salud... Muchas de ellas, confirmando la tesis de que este tipo de páginas sirven más para la reafirmación de los propios enfermos que para la captación de nuevos adeptos a lo que consideran un estilo de vida, suelen empezar con un *disclaimer* en el que invitan a abandonar la página a quien se sienta ofendido por sus contenidos. Es muy frecuente ver en ellas el lema “Quod me nutrit, me destruit” (“Lo que me alimenta me destruye”), divisa vital de sus autoras, que también se caracterizan por autodenominarse “princesas”.

¹³¹ El estudio llevado a cabo por la Asociación Protégeles, fundada en 2002, y que puede encontrarse en www.protegeles.com/docs/estudio_anorexia.pdf, llevado a cabo entre junio de 2004 y mayo de 2005 basado en los requerimientos de apoyo de más de 200 personas concluye que el 75% de las personas atendidas por el servicio que ofrece la asociación son mujeres de entre 14 y 18 años; asimismo, el 77 % sufren un TCA (bulimia y/o anorexia). Un 16 % de las adolescentes atendidas se ha autolesionado o autoagredido y un 15% ha protagonizado un intento de suicidio real.

¹²⁹ Sirva de ejemplo la noticia aparecida en el diario digital *20 minutos* en fecha 22 de octubre de 2008, en la que se informa de que la policía ha fichado 150 webs pro-anorexia por incitar al suicidio y la autolesión. También advierte la noticia que han sido remitidas a la Fiscalía General del Estado para que estudie si constituyen algún tipo de delito. Lo cierto es que no existe en la documentación pública que la Fiscalía pone a disposición del público ni en la memoria de la Fiscalía General del Estado de 2008 mención al problema.

una forma de expresión que, aun resultando legítimamente reprochable, no es percibida por los anoréxicos y sus familias como causa de su enfermedad?¹³² Incluso tratándose de una pregunta que responde muchas otras, sí que encontramos razones por las que es aconsejable dar una respuesta penal a esta circunstancia: a) Como se ha dicho, para facilitar el control legítimo de los poderes públicos para mitigar un daño socialmente relevante; b) para resguardar la salud de los afectados mediante la adopción de medidas de seguridad o, en su caso, de las medidas sancionadoras-educativas de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad del menor; y c) para prevenir un hecho (que la apología pueda inducir realmente a la AN y/o BN a una persona sana) que, aun siendo difícil de imaginar, puede llegar a darse.

Y por último, sería interesante responder a una cuestión que sobrevuela toda nuestra exposición en este epígrafe: no existe en nuestro derecho una figura genérica que reprima la apología de conductas que, por un lado, sean atípicas y, por otro, sean intolerables por atacar, aun de manera mediata, un bien jurídico digno de protección.

- Tipo penal:

Por todo lo expuesto, creemos que sería aconsejable se encuentre se revistiera de las siguientes características:

a) Que el bien jurídico protegido aparezca correctamente identificado y resulte lo menos indeterminado posible: se trataría sin duda de la integridad física y moral prevista en el artículo 15 CE, aun de manera mediata.

b) Que la acción típica se limite a la apología, dejando de lado la inducción -la cual ya nos hemos mostrado partidarios de sancionar al amparo del art. 149 CP¹³³-. Ello además permitiría controlar a sectores concomitantes -con influencia demostra-

da- al mundo pro- Ana y pro-Mía, como son la publicidad y la moda.

c) Que no se restrinja el medio de comisión ni se caracterice a los sujetos activos y pasivos. El único requisito, evidentemente, a ese respecto sería que la apología estuviera destinada a la autolesión: que sea el sujeto pasivo quien lleve a cabo la agresión inmediata.

d) Se daría respuesta a la crítica suscitada en el apartado anterior: condenar el enaltecimiento de otras acciones o medios que menoscaben la integridad física de las personas, de manera similar a los TCA.

e) La sistemática de nuestro CP nos llevaría a incluir (en caso en que surja esta posibilidad penal), este delito en el Título III del Libro II ("De las lesiones"), tal vez a continuación del art. 155, que se ocupa precisamente de las lesiones consentidas; alternatively, podría encajarse, por su clara relación con el art. 20 CE, dentro del Cap. IV del Título XXI ("De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas")¹³⁴134.

Así pues, podría formularse un tipo, similar al de la enmienda al Senado francés (salvo en el relevante carácter penal del nuestro), que castigara la "apología de la anorexia y/o la bulimia", o, más genéricamente "los trastornos de la conducta alimentaria", pudiendo incluirse además "la autolesión" y "cualquier otro comportamiento que convenza a provocar un menoscabo grave en la integridad física o psíquica de la persona que lo lleva a cabo".

VI. CONCLUSIONES.

Las resoluciones del TC al interpretar lo que considera los derechos fundamentales principales de las personas, pone en la cúspide a la vida derivando de ella a la integridad física y psíquica (moral), la intimidad y la salud y por último a la libertad. Ello es asumido en la práctica asistencial para obrar siempre procurando el mayor bien al asistido.

¹³² Informe de la Comisión, Antecedentes, III.B.1. Esta cuestión enlaza con lo que decimos más arriba acerca de la autojustificación de los sitios pro-anorexia.

¹³³ Basándonos en el mismo razonamiento que el expuesto para el art. 149, pero dejando de lado la consideración de la anorexia y/o bulimia como enfermedades de carácter grave, sería aplicable el tipo básico de lesiones del art. 147; en su caso, teniendo en cuenta lo dicho con respecto a los contextos en que puede presentarse la acción, y con especial referencia a la violencia doméstica, podría entrar en juego el art. 173 CP.

¹³⁴ Nos parece más acertada, en todo caso, la primera de las opciones, por incardinar el artículo en el Título dedicado a la protección del bien jurídico objeto del tipo. Es el mecanismo que, aun entrando en juego también el artículo 20 CE, ha utilizado el legislador con respecto a la apología del genocidio en el art. 608 CP.

Aunque en el ordenamiento sanitario sí se ha regulado al paciente circunstancialmente impedido para tomar decisiones por causas psicológicas o físicas, ésta es incompleta al no referirse a los supuestos en los que es la Autoridad Judicial quien permite el consentimiento por representación. Por lo que de *lege ferenda* se debería de ampliar este ámbito, al menos con una aclaración remisiva, aunque siguiera existiendo la genérica del art. 2.4 LBLA.

El rechazo a tratamientos médicos es un derecho reconocido expresamente configurándose como la manifestación más paradigmática de la Autonomía del paciente. Pero ésta tiene límites siendo el propio individuo el que les da sentido. Es por tanto que si la voluntad a través de la que se expresa está viciada, por un trastorno psíquico, surge la obligación de los profesionales de someter su decisión a la autoridad judicial, que homologue si se le puede internar al para que reciba el tratamiento, perdiendo su libertad.

En el caso de los trastornos de la conducta alimentaria, especialmente la Anorexia Nerviosa y la Bulimia Nerviosa –cuyas primeras apariciones bibliográficas se remontan al siglo XIX–, se acepta que son candidatos a sufrir estas mermas de capacidad por la etiología de la propia enfermedad, y en las Guías publicadas se recomienda recurrir a esa medida forzosa en función de si aparecen los criterios de fragilidad física, mental y peligro para la vida, y siempre que sea éste el único remedio para devolver la cordura y la salud al paciente. Ya la Jurisprudencia nos demuestra que está conforme con su adopción si la casuística médico-forense es de una entidad tal, que permite concluir que el sujeto desprecia su vida, esto es que no le asiste una justa causa constitucionalmente admitida para rechazar unas prescripciones médicas que permitirán salvarle.

El riesgo mayor para la recuperación del paciente con TCA es la cronificación. La Salud Pública se ha tomado esto últimamente más en serio como lo demuestra la creación de las UTCAs con las que obtener un tratamiento integral, coordinado, mantenido, que evite, al final, la muerte; y con la edición de las GPC que adelantan acontecimientos fatales y difunden el conocimiento y el manejo del enfermo de acuerdo a los estándares de calidad y seguridad que deben ser alcanzables por los servicios públicos (sobre todo, pues su fracaso era

continuamente denunciado por los afectados y sus familias) y también por los servicios privados.

En nuestros días este tema arroja tintes de “epidemia social”, “estilo de vida (neo) cultural”, un problema dinámico, que se traduce en un alarmante aumento de casos de AN y/o BN y en la aparición de una creciente comunidad entre los usuarios de Internet en la que se hace apología de estas enfermedades. Lo que adquiere trascendencia suficiente como para cuestionar si se pone en marcha o no la maquinaria penal (pedido por las Asociaciones). La respuesta ha sido favorable a ello en Francia, a tenor de la labor desplegada por la Asamblea nacional materializada en la PL que hemos comentado.

Pero las alarmas detectadas se han de condensar y filtrar, para poder definirse y localizarse correctamente cuál es el supuesto digno de favor, antes de satisfacer intereses sensibles (representados por los movimientos asociativos y los pacientes) a su máxima coerción, o se correrá el riesgo de elaborar una norma *ad hoc* que ataque la cuestión por el flanco incorrecto. En este caso, hemos considerado que la actuación del legislador no debe dirigirse a la inducción a la AN y/o BN, puesto que técnicamente puede resolverse –si se llegase a plantear– con el texto del vigente CP. Analizando esta situación conforme al principio de intervención mínima, que comporta apartar el Derecho penal de regiones de la realidad social, al que pueden acceder otras ramas menos invasivas de nuestro ordenamiento jurídico; se puede razonar la conveniencia de la intervención como un *continuum* de la protección ya dispensada al derecho fundamental de la integridad física y psíquica (poniendo el acento en el peligro que corren especialmente los menores), y garantizar al tiempo las prerrogativas del artículo 20 CE (garantía de que esas injerencias vendrán sopesadas por un órgano judicial).

Colmado, a nuestro parecer, el motivo por el que estar a favor de la regulación penal, consideramos que debe tenerse en cuenta, a la hora de dar forma al tipo delictivo, la actividad desarrollada por Francia, con sus fallos y sus aciertos, puesto que ha dado lugar a un notable estudio, muy aprovechable para nuestro legislador. Apreciando, por ejemplo, la inutilidad del castigo de la inducción directa a los TCA y revisando la posibilidad de aprovechar la oportunidad para llenar un espacio vacío en nuestro CP, como es la apología causante

de lesión a la propia persona. Y, por supuesto, excluyendo errores como el que, en nuestra opinión, comete la ponente de la Asamblea nacional al emplear la expresión “delgadez excesiva”.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

1) MANUALES GENERALES, MONOGRAFÍAS Y OBRAS COLECTIVAS.

VARIOS, *Mediuris* 2008. *Derecho para el profesional sanitario*. Marcial Pons.

VARIOS, *Bioética y bioderecho, Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*. Granada, 2008. Dir. JUQUERA DE ESTÉFANI, R.

QUERALT JIMÉNEZ, J. “*Derecho Penal. Parte Especial*. Edición 2008”.

DOMÍNGUEZ DUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*. 2ª Ed., Lex Nova, 2007.

JIMENA QUESADA, L., “La tutela constitucional de la salud: entre el consentimiento informado y la información consentida”. En, VARIOS, *La salud: intimidad y libertades informativas*. 1ª Edic. Tirant lo Blanc, 2006.

CARRASCO GÓMEZ, J.J. y MAZA MARTÍN, J.M., *Manual de Psiquiatría Legal y Forense*. 3ª Edic. 2005, La Ley.

BAJO FERNÁNDEZ, M., *Compendio de Derecho penal (parte especial)*. C.E. Ramón Areces, Madrid, 2003.

LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2000.

GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “*La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*”, Tirant On Line, 1999.

BUENO, G. *El sentido de la vida*. Pentalfa. Oviedo, 1996. Cap. V.

VARIOS, *Eurojuris*, Madrid, 1996.

VIVES ANTÓN, T.S. Y OTROS: *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros”, ADPCP, 1987.

TORÍO LÓPEZ, A.: “La noción jurídica de suicidio”, *Homenaje a I. Serrano Serrano. Estudios de Derecho Público y Privado*. Vol. II, Universidad de Valladolid, 1965.

2) ARTÍCULOS EN REVISTAS.

ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. “Administración Sanitaria y Violencia Laboral: propuestas frente al problema”. *Derecho y Salud*. Vol. 15, núm. 2, Julio – Diciembre de 2007.

PEREÑA GARCÍA, F. “Cuerpo y subjetividad: acerca de la anorexia”, *Revista española de Salud Pública*, 2007, Vol. 81, nº 5 (Sep.- Oct.). VARIOS, “Suicidio en la adolescencia”, *Boletín Galego de Medicina Legal e Forense*. Nº 15, agosto 2007.

ARRUEGO, G. “Sobre el marco constitucional de la Asistencia Sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español”. *Derecho y Salud*. Vol 15. Num. 1. Enero – Julio 2007.

CALAZA LÓPEZ, S. en “El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico” *Revista de derecho UNED*. Núm. 2, 2007.

ORTEGA-MONASTERIO Y GASTÓN, L. “Criterios forenses para el internamiento voluntario e involuntario (Civil) en España”. *Revista de Psicopatología Clínica, legal y forense*. Vol. 4. 2004.

M.A. MARTÍNEZ-GÓNZALEZ y J. de IRALA. “Los trastornos del comportamiento alimentario en España: ¿estamos preparados para hacerles frente desde la salud pública”. Editorial de *Gaceta Sanitaria*, 2003, vol. 17, nº 5.

ALEXY, R. “La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático”, en *Revista del Instituto Bartolomé de las casas*. Año 5º, nº 8, 2000.

VELASCO ARROYO, J.C., “Aproximación al concepto de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*. Vol. Nº 7, 1990, Madrid.

LAPORTA SAN MIGUEL, F.J. *Doxa (Cuadernos de Filosofía del*

Derecho de la Universidad de Alicante). Vol. Nº 4. 1987.

3) INFORMES Y DOCUMENTOS OFICIALES.

Guía de Práctica Clínica sobre Trastornos de la Conducta Alimentaria. Ministerio de Sanidad y Consumo y AATRM, Feb. 2009.

Recomendaciones de la SPNS/SEP/SENP/GESIDA sobre aspectos psiquiátricos y psicológicos en la infección por VIH. Junio de 2008. Disponible en la documentación del Ministerio de Sanidad y Consumo (www.msc.es). Coordinador: FERNÁNDEZ SASTRE.

* Descarga de los Informes, Proposición de Ley y mociones de la Comisión Legislativa franceses:

- www.senat.fr/rap/107-439/107-439_mono.html.
- http://ameli.senat.fr/amendements/2007-2008/289/jeu_classe.html
- www.senat.fr/dossierleg/ppl107-286.html
- <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0791.asp>

Guía Práctica Clínica de los Trastornos de la Conducta Alimentaria.

Subdirección General de Salud Mental del Servicio Murciano de Salud. 2005.

Guía de Nutrición saludable y Prevención de los Trastornos Alimentarios, Ministerio de Sanidad y Consumo (año 2001).

Informe sobre condicionantes extrasanitarios de la anorexia y la bulimia, designada en el seno de la Comisión de Educación y Cultura (543/000018)". Boletín General del Senado (núm. 785). 25/11/1999.

Trastornos mentales y de comportamiento de la décima revisión de la Clasificación Internacional de las enfermedades,

www.psicoactiva.com/cie10/cie10_31.htm. NORMAN SARTORIUS, (traducción por LOPEZ-IBOR ALIÑO, J.J.). 1999.

4) OTROS.

RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M.Mª en su ponencia "Tratamientos e internamientos no voluntarios. Evolución desde el siglo XIX al XXI".XXX Jornadas Aequitas. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. Celebradas en Madrid el 9 y 10 de marzo de 2009.

SEUBA TORREBLANCA, J.C. "Negativa a tratamientos médicos y tratamientos obligatorios". Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra, III Master en Derecho Sanitario y Bioética de la Facultad de Derecho de Albacete (Marzo 2006).

BAS SARMIENTO, MªP. *Epidemiología de los episodios de hospitalización psiquiátricos en España*. Área de Medicina Preventiva y Salud Pública de la Universidad de Cádiz.. Departamento de Psicología. 2005. <http://minerva.uca.es/publicaciones/asp/docs/tesis/pbassarmiento.pdf>. Departamento de Psicología. 2005.

ORTIZ MONTCADA, Mª R. *Alimentación y Nutrición*. Módulo 9 del Programa de Formación de Formadores en Perspectiva de Género en Salud. www.msc.es/organización/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/10modulo_09.pdf. 2005.

Ponencias y Mesas de Trabajo

Ponencias

LA DIRECTIVA 2010/53/UE SOBRE NORMAS DE CALIDAD Y SEGURIDAD DE LOS ÓRGANOS HUMANOS DESTINADOS AL TRASPLANTE.

Rosario Marazuela y Rafael Matesanz
Organización Nacional de Trasplantes.

I.- INTRODUCCIÓN

El trasplante de órganos se ha convertido en una terapia consolidada en todo el mundo y en constante aumento en los últimos años. Si bien el éxito de los trasplantes es indudable, y cuantificado mediante el número de vidas salvadas, las crecientes supervivencias post-trasplante y la calidad de vida proporcionada, existen riesgos inherentes al mismo que no deben olvidarse y que, en ciertos casos pueden suponer una amenaza para la salud, o incluso la vida, del receptor o del donante vivo. Es necesario mencionar el riesgo de transmisión de enfermedades inherente a la transferencia de material biológico de un individuo a otro, habitualmente mínimo pero presente, toda vez que las pruebas diagnósticas no siempre proporcionan certeza absoluta, o sus resultados pueden no estar disponibles cuando es necesario tomar una decisión, así como los riesgos de que ocurran desviaciones en la en cualquiera de los procedimientos que se llevan a cabo durante el delicado proceso de donación y trasplante y que pueden afectar la calidad o la seguridad de los órganos.

El proceso de donación y trasplante de órganos se caracteriza por una serie de condicionantes que

lo hacen diferente de cualquier otra terapia. La escasez de órganos, sólo disponibles cuando un individuo o su familia los dona, el deterioro o la muerte de los pacientes en lista de espera, la reducida probabilidad de recibir un órgano en determinadas circunstancias, como es el caso de los niños, o la premura a la que todo el proceso se ve sometido por los tiempos de isquemia y por las distancias entre donante y receptor, configuran un marco de riesgos, adicionales a los mencionados en el párrafo anterior, que no existe en ninguna otra terapia y que obligan a un análisis comparado de los riesgos y los beneficios esperados. Es el clínico el que debe contraponer en cada caso los riesgos mencionados, con las posibles consecuencias de no recibir el trasplante, incluyendo el fallecimiento.

Todo ello ha llevado a los reguladores de las Instituciones europeas y de los Estados miembros a la elaboración de una norma específica que establece unos requisitos para garantizar unos niveles comunes de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante y de los procedimientos relacionados con su donación, evaluación, caracterización, obtención, preservación, transporte y trasplante.

II.- APROBACIÓN DE LA NORMA

Con el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹ como base jurídica, (anterior artículo 152 del Tratado de Ámsterdam), que establece que *el Parlamento Europeo y el Consejo ...contribuirán a la consecución de los objetivos ...adoptando: a) medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano...*, y mediante el entonces denominado *Procedimiento de codecisión*, la Comisión europea presentó en diciembre de 2008 una propuesta de Directiva, con el propósito de regular la calidad y la seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante, en combinación con una propuesta de Plan de Acción, que a su vez tiene tres objetivos fundamentales: aumentar la disponibilidad de órganos, hacer los sistemas de trasplante más efectivos y accesibles y mejorar la calidad y la seguridad de los órganos destinados al trasplante.

La propuesta de directiva se debatió con intensidad variable durante las sucesivas presidencias de turno del Consejo, correspondientes a la República Checa y Suecia, hasta llegar al turno de España, cuyos responsables, comprometidos con el trasplante, acometieron la tarea de alcanzar el consenso y la aprobación de una directiva de altísima calidad que mantuviera los elementos que han llevado al modelo español a liderar de forma sostenida las donaciones en el mundo, observara los más altos estándares éticos en la materia, y finalmente, respetara los componentes administrativos, culturales e históricos de cada país, que en muchos casos han conducido al trasplante de numerosos individuos.

Con ese alto compromiso, pero en una situación de incertidumbre procedimental generada por la reciente entrada en vigor del *Tratado de Lisboa*, el grupo de españoles implicados en esta tarea desarrolló un intenso trabajo de redacción y negociación con las Instituciones europeas y el resto de Estados miembros, con gran apoyo de nuestros responsables políticos. Es oportuno mencionar, por su influencia positiva en el desenlace de las negociaciones, la celebración en Madrid, del 23 al 25 de marzo del mismo año, de una reunión de alto nivel, denominada *Conferencia de Madrid sobre Donación y Trasplante de Órganos*, con el lema “*Retos europeos y universales en la donación de órganos, Búsqueda de soluciones globales*”, junto

con una Consulta global sobre donación y trasplante de órganos, coorganizada por la *Organización Mundial de la Salud*, la *Sociedad Internacional de Trasplantes* y la *Organización Nacional de Trasplantes* de España, con el apoyo de la Comisión Europea, y que contó con la implicación de los máximos líderes mundiales en la materia. El resultado final del trabajo realizado y de la imagen de liderazgo proyectada, llevó a la aprobación de la Norma en primera lectura, primero en el Parlamento Europeo, el 19 de mayo de 2010, y en el Consejo, el 7 de julio del mismo año. Posteriormente, con fecha 8 de agosto, se publicaba en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la **Directiva 2010/53/UE 2,3 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante**.

III.- CONTENIDO DE LA NORMA

El *capítulo I* regula el objeto, el ámbito de aplicación y las definiciones utilizadas en la Directiva. Aquí se establecen la finalidad (garantizar un alto nivel de protección de la salud humana) y el ámbito de aplicación (la donación, evaluación, caracterización, obtención, preservación, transporte y trasplante de órganos destinados al trasplante). Aún cuando los órganos se destinen a la investigación, la Directiva se aplicará a aquéllos destinados a su trasplante en el cuerpo humano. Sobre el ámbito de aplicación, es importante resaltar que con arreglo al artículo 168 TFUE, apartado 7, las medidas adoptadas se entienden sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de uso médico de órganos y que, por consiguiente, no afectan al acto quirúrgico del trasplante en sí mismo. Sin embargo, en la búsqueda de la reducción de los riesgos asociados a los órganos trasplantados, es necesario incluir disposiciones relativas al trasplante y en particular, a aquellas situaciones inesperadas y no deseadas ocurridas durante el trasplante y que pueden afectar a la calidad y seguridad de los órganos.

El *capítulo II* regula los factores que influyen en la calidad y la seguridad de los órganos, estableciéndose la obligación de disponer de un *marco de calidad y seguridad* que incluya procedimientos operativos para los aspectos críticos en materia de calidad y seguridad. Debe igualmente comprender

requisitos relacionados con la cualificación o la formación y competencias del personal sanitario, la organización, las instalaciones, el equipo, los materiales, la documentación y el registro de datos. El capítulo también establece obligaciones en relación con los centros de obtención, las actividades de obtención, la caracterización de los donantes, el transporte de órganos, los centros de trasplante, la trazabilidad de cada órgano desde donante o receptor (o eliminación) y viceversa, los sistemas de notificación y gestión de eventos y reacciones adversas graves así como el intercambio de información entre países cuando sea preciso.

Los principios que rigen la donación de órganos, de acuerdo con estándares éticos aceptados internacionalmente, los requisitos para la obtención del consentimiento a la donación, los aspectos relacionados con la donación de vivo y la protección de datos personales se recogen en el *capítulo III*, titulado *Protección de donantes y receptores y selección y evaluación de donantes*.

El *capítulo IV* recoge las *obligaciones de las autoridades competentes y los requisitos para el intercambio de información*, resumiéndose en el primero de los artículos las medidas que deben tomarse en cada Estado miembro cuando la directiva se trasponga. En el *capítulo V* se regulan los requisitos que deben observarse en caso de *intercambio de órganos con terceros países*, ajenos a la Unión, y se reconoce la figura de las *Organizaciones europeas de intercambio de órganos*, que operan desde hace años en la Europa septentrional y central.

Las disposiciones generales, en el *capítulo VI*, recogen las obligaciones en cuanto a informes de actividades, sanciones, adaptación del anexo, ejercicio de la delegación, revocación de la misma, objeción a los actos delegados, procedimiento de urgencia, medidas de ejecución, comités y transposición. Las disposiciones finales, en el *capítulo VII*, establecen que la entrada en vigor es el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y que los destinatarios son los Estados miembros.

Existe un único *anexo*, con dos partes: A) conjunto de datos mínimos y B) conjunto de datos complementarios, que tiene el objetivo de describir la información suficiente que hay que reunir en la caracterización de cada donante para permitir un

adecuado análisis riesgo – beneficio. Estos datos son necesarios para la caracterización de órganos y donantes sobre la base de la decisión del equipo médico, teniendo en cuenta su disponibilidad y las circunstancias particulares de cada caso. En aquellas situaciones reconocidas en el considerando (13) de la Directiva en que, por urgencia o por otro motivo, esa información no esté disponible en su totalidad, el equipo médico debe evaluar tanto los riesgos específicos que entraña para el receptor la potencial falta de información como los derivados de no proceder con el trasplante. En otras palabras, tal y como se reconoce en el citado considerando, cuando la caracterización completa de un órgano, con arreglo a la parte A del anexo, no sea posible en el debido tiempo o por circunstancias especiales, el equipo médico debe evaluar los riesgos derivados de la falta de información y de no proceder con el trasplante, de modo que el órgano puede considerarse para el trasplante si no proceder con éste pueda suponer un riesgo mayor para el receptor.

IV.- DESARROLLO POSTERIOR EN EL ÁMBITO EUROPEO

Existen aspectos de la directiva que requieren un desarrollo normativo posterior. Así, en base al artículo 290 TFUE¹ que regula los *actos delegados*, se otorga a la Comisión europea la posibilidad de modificar o completar anexo. El conjunto de datos mínimos (parte A) sólo podrá modificarse o completarse en situaciones excepcionales en que *se justifique un riesgo grave para la salud humana*, en tanto que el conjunto de datos complementarios (parte B del anexo) podrá modificarse o completarse para su adaptación al progreso científico en la materia. La delegación de estos poderes en la Comisión tiene un plazo de cinco años prorrogable automáticamente por periodos de idéntica duración, salvo que el Parlamento europeo o el Consejo de la Unión lo revoquen. La Directiva habilita un procedimiento de urgencia en el ejercicio de la delegación, para la circunstancia de que surgieran nuevos riesgos graves para la salud humana y razones imperativas de urgencia así que lo requirieran.

Con respecto a los *actos de ejecución*, recogidos en el artículo 291 TFUE¹, el artículo 29 de la Directiva dispone que la Comisión adoptará, *para*

el intercambio de órganos entre Estados miembros, normas pormenorizadas relativas a: a) procedimientos para la transmisión de información relativa a la caracterización de órganos y donantes (especificada en el anexo), b) procedimientos para la transmisión de la información necesaria para garantizar la trazabilidad de los órganos, y c) procedimientos para garantizar la notificación de reacciones y eventos adversos graves. Para el desarrollo de todos ellos, según el artículo 30, la Comisión estará asistida por un Comité de Trasplantes.

V.- INCORPORACIÓN DE LA NORMA EN ESPAÑA

La Directiva, por su propia naturaleza, es un instrumento normativo que requiere la elaboración de normas nacionales para la consecución de los resultados esperados. A tal efecto, y según establece el artículo 31 de la Directiva, los Estados miembros han de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma, aún cuando pueden ser más estrictas que las recogidas en la norma, y siendo la fecha límite para su incorporación al Derecho interno, el 27 de agosto de 2012, estableciéndose asimismo obligación de notificación de la transposición a la Comisión europea una vez haya finalizado.

La transposición plantea la oportunidad de actualizar los conceptos establecidos en el Real Decreto 2070/1994, así como la incorporación de otros nuevos. Huelga decir que el nuevo Real Decreto debe observar y reconocer en su texto normas bajo cuyo paraguas surgió el actual Real Decreto, como la Ley 30/1979, de trasplantes⁵, pero también otras posteriores, como los Reales Decretos 1301/2006⁶, por la necesaria vinculación de los riesgos asociados a la donación, y 1825/2009⁷, puesto que la Organización Nacional de Trasplantes actúa como unidad técnica operativa, coordinando, facilitando y promoviendo en España la disponibilidad de órganos de acuerdo con altos estándares científicos y el principio de equidad y, asimismo, opera como interlocutor en materia de trasplantes con la Unión Europea y con otros Estados.

Como organismo público responsable de la coordinación nacional y en el ejercicio de las funciones que le otorga la normativa vigente, la Orga-

nización Nacional de Trasplantes, ha presentado a la Comisión de Trasplantes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, celebrado el pasado 20 de noviembre de 2010, una propuesta de trabajo para acometer de forma ordenada y sistematizada la transposición, con posibilidad de consultar expertos nacionales o autonómicos, considerando que si bien muchas obligaciones y tareas recaen en la coordinación nacional, la ejecución de otras es atribución de los responsables autonómicos en la materia, quienes necesariamente debe opinar en la elaboración de la Norma puesto que supondrá cambios en su ámbito de actuación.

La implementación de la Directiva no sólo obliga al desarrollo legal, también implica la ejecución de aspectos técnicos y procedimentales relacionados con la mejora del sistema, la atención a las alertas sanitarias, la divulgación del conocimiento y la concienciación de los profesionales y usuarios sobre la importancia de la calidad y seguridad de los órganos destinados al trasplante. A continuación se cita una serie de tareas que, entre otras, será necesario acometer como consecuencia de la puesta en marcha de las medidas contenidas en la Directiva:

- Designación una o varias autoridades competentes, que aseguren el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Directiva, incluyendo las autorizaciones y el control periódico de los centros de obtención y trasplante. La Autoridad competente nacional, en representación del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, ha de actuar como nexo de unión con las instituciones europeas y con las autoridades competentes de otros Estados miembros.

- Establecimiento de un sistema para la autorización de programas de obtención y trasplante de órganos, en base a criterios comunes de calidad y seguridad, lo que implica revisar el sistema de autorización existente en España. Debe existir una relación de centros autorizados, accesible al público y los profesionales, que será parte integrante de una red europea de centros autorizados.

- Creación de un Marco de calidad y seguridad, que comprenda los procedimientos en uso (incluyendo el correspondiente a la caracterización del donante); una monitorización o supervisión continuada del desempeño de las tareas; la cualificación o formación y competencias que ha de tener el per-

sonal implicado en la calidad y la seguridad de los órganos; un sistema de trazabilidad, en conexión con el sistema que se aplica a los tejidos, que permita conocer en todo momento la localización de los órganos desde su extracción hasta su trasplante y seguimiento o eliminación; y un sistema de notificación y gestión de eventos adversos graves relacionados con la obtención, la realización de pruebas y el transporte de órganos y de reacciones adversas graves observadas durante o después del trasplante, también vinculado al sistema de tejidos.

- Establecimiento de los mecanismos necesarios para salvaguardar los principios éticos reflejados en la directiva: voluntariedad y no retribución de la donación, consentimiento, protección del donante vivo y protección de los datos personales y de la confidencialidad.

- La verificación de normas equivalentes a las de la directiva en caso de importación de órganos desde terceros países.

- La supervisión de la entrada y salida de órganos cuando el intercambio se realiza con otros estados miembros.

- La elaboración de informes periódicos sobre la actividad realizada y sobre el cumplimiento de la directiva.

Adicionalmente, una vez que la Comisión lleve a cabo el desarrollo normativo correspondiente, será necesario cumplir, cuando sea de aplicación, con los procedimientos de caracterización, transmisión de información, trazabilidad y la notificación y gestión de eventos y reacciones adversas graves, que se designen para el intercambio de órganos con otros Estados miembros.

Cabe concluir insistiendo en la oportunidad de mejora que representa la Directiva. Las instituciones participantes en la redacción de la Directiva buscaron, pese a la diversidad y heterogeneidad existentes en la Unión, este objetivo común de progreso y de respeto por los principios éticos; y así se entendió por los que la aprobaron masivamente. A los Estados que apenas hayan desarrollado regulación alguna se les presenta la ventaja de poder establecer casi desde el principio unos estándares de altísimo nivel sin pasos intermedios que han tenido que ser recorridos necesariamente por otros, pero la oportunidad también se presenta

para aquéllos que disponen de normas ya establecidas, quienes ahora han de adoptar nuevos procedimientos y formas de trabajo procedentes de países que, como el nuestro lideran la donación de órganos, manteniendo de forma insoslayable principios éticos que, para Europa, son inexcusables. Esperemos que la trasposición sea un elemento más en la mejora continua que perseguimos en España en materia de trasplantes.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

1 Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Disponible en url: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:ES:HTML>. Versión en español. Último acceso: 3/11/2010.

2 Directiva 2010/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010 sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante. Diario Oficial de la Unión Europea de 6 de agosto de 2010. Versión en español.

Disponible en url: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:207:0014:0029:ES:PDF>. Último acceso: 3/11/2010.

3 CORRECCIÓN DE ERRORES. Directiva 2010/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010 sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante. Diario Oficial de la Unión Europea de 16/09/2010. Versión en español.

Disponible en url: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:243:0068:0068:ES:PDF>. Último acceso: 3/11/2010.

4 Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. B.O.E. Núm. 3, de 4 de enero de 2000. Disponible en url: <http://www.boe.es/boe/dias/2000/01/04/pdfs/A00179-00190.pdf>. Último acceso: 3/11/2010.

5 Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. B.O.E. Núm. 265, de 6 de noviembre. Disponible en url: <http://www.boe.es/boe/dias/1979/11/06/pdfs/A25742-25743.pdf>. Último acceso: 3/11/2010.

6 Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las

normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. B.O.E. Núm. 270, de sábado, 11 de noviembre de 2006.

Disponible en url: <http://www.boe.es/boe/dias/2006/11/11/pdfs/A39475-39502.pdf>. Ultimo acceso: 3/11/2010.

7 Real Decreto 1825/2009, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Organización Nacional de Trasplantes. B.O.E. Núm. 287 de 28 de noviembre de 2009.

Disponible en url: <http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/28/pdfs/BOE-A-2009-18977.pdf>. Ultimo acceso: 3/11/2010.

LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LOS ENFERMOS EN LA UNIÓN EUROPEA: DEL TURISMO SANITARIO AL REINTEGRO DE GASTOS

Joaquín Huelin Martínez de Velasco
*Magistrado del Tribunal Supremo Antiguo letrado del
Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

I.- INTRODUCCIÓN

El título de mi intervención encierra, de forma consciente, una paradoja, pues las dos proposiciones que lo integran no dejan de ser contradictorias.

La idea del «turismo sanitario» alude a un exceso, a lo que los juristas denominamos un «abuso de derecho», esto es, la utilización con fines espurios de una facultad legítima otorgada por el ordenamiento jurídico, más allá de los límites para los que fue conferida.

Por el contrario, «la libre circulación de los pacientes en la Unión Europea» constituye, en sí misma, un derecho subjetivo de los ciudadanos de la Unión, que los poderes públicos están obligados a respetar y satisfacer. En otras palabras, los Estados miembros no sólo han de adoptar una postura abstencionista, evitando obstaculizar su ejercicio, sino que también están comprometidos a desenvolver la actividad positiva precisa para su realización.

Téngase en cuenta, además, que ese derecho es manifestación de uno de los cimientos sobre los

que se sustenta el proceso de construcción de una Europa unida en el Viejo Continente: las libertades de circulación de personas y servicios (artículos 45, 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –en lo sucesivo, «TFUE»–).¹

Si a lo anterior se añade que la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea² ha consagrado el derecho de toda persona que resida y se desplace legalmente en el territorio de la Unión a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y las prácticas nacionales (artículo 34.2), cuyo respeto no sólo vincula, en virtud del artículo 51.1 de la misma, a las instituciones de la Unión sino también a la de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión, fácilmente se comprende la relevancia que alcanza la delimitación de esta garantía individual y, por consiguiente, la fijación de sus límites y condiciones de ejercicio.

¹ Versión consolidada publicada en el Boletín Oficial de la Unión Europea (en lo sucesivo, «DOUE»), serie C, n° 83, de 30 de marzo de 2010, p. 47.

² DOUE, serie C, n° 83, de 30 de marzo de 2010, p. 389.

II.- EL SR. ACEREDA HERRERA.

Las anteriores reflexiones arrojan luz sobre las vicisitudes del Sr. Acereda Herrera, ciudadano cántabro, afiliado a la seguridad social como trabajador autónomo.

En julio de 2002 fue ingresado con carácter urgente en un centro hospitalario de esta Comunidad Autónoma, donde se le diagnosticó una enfermedad grave, siendo sometido al correspondiente tratamiento. Al considerar que dicho tratamiento resultaba insuficiente, solicitó su traslado a un hospital francés.

El 17 de enero de 2003 obtuvo la autorización, cuyo periodo de vigencia fue de un año, asumiendo el Servicio Cántabro de Salud (en lo sucesivo, «SCS») el coste del tratamiento hospitalario que se le dispensó en Francia.

En el marco de dicho tratamiento, el Sr. Acereda se desplazó a Francia en diversas ocasiones, acompañado de un familiar dado su delicado estado de salud, por lo que solicitó al SCS el reembolso de los gastos de desplazamiento, estancia y manutención ocasionados por tales desplazamientos, solicitud que fue rechazada.

Ante tal negativa, acudió al juzgado de los social nº 1 de Santander, que, en sentencia de 17 de noviembre de 2003, desestimó su pretensión.

Acto seguido interpuso un recurso de suplicación ante la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que, antes de resolver y por auto de 1 de octubre de 2004, se dirigió al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, tras el Tratado de Lisboa, de la Unión Europea) para, en esencia, preguntarle a título prejudicial si los Estados miembros están obligados a abonar a los ciudadanos a los que han reconocido el derecho a desplazarse a otro Estado miembro a fin de recibir una asistencia sanitaria apropiada los gastos de desplazamiento, estancia y manutención en el territorio del Estado miembro de acogida.

En su sentencia de 15 de junio de 2006, Acereda Herrera (C-466/04), la Sala Primera del Tribunal de Justicia respondió a la Sala Social del Superior de Cantabria de manera matizada, indicándole que no existe para el Estado miembro tal obligación, salvo en lo que se refiere a los gastos de estancia y manutención del beneficiario en el centro hospitalario.

A la vista de criterio interpretativo fijado por el Tribunal de Luxemburgo, la Sala de lo Social en sentencia de 5 de octubre de 2006, dio respuesta a la pretensión del Sr. Acereda en los términos fijados por el Tribunal de Justicia, concluyendo que el derecho comunitario únicamente imponía las autoridades españolas la obligación de abonar aquellas sumas conectadas con la estancia y la manutención hospitalaria, sin perjuicio de que si la legislación interna lo previese pudiera hacerse frente también a otros gastos adicionales. Pero esta última posibilidad ya pertenece a la libertad de configuración de las autoridades internas, sin que, a tal efecto, el derecho comunitario les imponga más restricción que la de no crear obstáculos injustificados a las libertades de circulación que he mencionado.

III.- EL TRATAMIENTO HOSPITALARIO EN OTRO ESTADO MIEMBRO. LA SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2010 (COMISIÓN/ESPAÑA)³

Esta última afirmación está constantemente presente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esa jurisprudencia, teniendo en cuenta el artículo 152.5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (hoy artículo 168.7 TFUE), ha subrayado que el derecho comunitario no supone merma alguna de la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de seguridad social ni, en particular, para dictar disposiciones encaminadas a organizar y prestar servicios sanitarios y cuidados médicos.⁴

Por consiguiente, a falta de una armonización a escala de la Unión Europea, corresponde a cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de seguridad social. Ahora bien, como no podría ser de otra forma, han de respetar el derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a las libertades de circulación, que implican la prohibición de que establezcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dichas libertades en el ámbito de la asistencia sanitaria.⁵

³ Asunto C-211/08.

⁴ Sentencia de 10 de marzo de 2009, Hartlauer (C-169/07, ap. 29).

⁵ Sentencias Hartlauer, ap. 29, y Comisión/España, ap. 53,

Con estas premisas, la citada sentencia Comisión/España, de 15 de junio de 2010, ha concluido que nuestra normativa interna no se opone al derecho comunitario pese a que prevé que, cuando un afiliado al sistema de salud español recibe en otro Estado miembro tratamiento hospitalario que resulta necesario debido a la evolución de su salud durante su estancia temporal en ese Estado miembro, el sistema español no cubre esa asistencia salvo en los casos de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los medios de nuestro Sistema Nacional de la Salud y que no constituye un uso abusivo o desviado de tal posibilidad. El corolario es que, en tales situaciones, si no concurre la excepción indicada el asegurado tiene que hacer frente al coste del tratamiento recibido en el extranjero que no cubra el sistema sanitario del Estado miembro en el que lo recibió.

La sentencia Comisión/España, dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia, constituye el último hito de una evolución jurisprudencial (a la que también ha contribuido la sentencia *Acereda Herrera*), que matiza los pronunciamientos inicialmente adoptados con la finalidad, precisamente, de poner coto a los excesos de un ejercicio espurio de las libertades de circulación y al llamado «turismo sanitario».

En esta misma senda discurre las conclusiones presentadas por el abogado general Jääskinen el pasado 15 de julio en el caso *Delft* y otros (C-345/09), en las que sostiene la conformidad con el derecho de la Unión de una previsión por la que un Estado miembro deudor de una renta o de una pensión obliga a su titular residente en otro Estado miembro a inscribirse en la institución competente en materia de asistencia sanitaria y practica una retención en concepto de cotización aun cuando también se halle inscrito en la institución del Estado miembro en el que reside.

IV. EL REGLAMENTO (CE) Nº 1408/71 DEL CONSEJO⁶

La afirmación de que la libertad de circulación de los pacientes es una manifestación de la libre circulación de las personas no es una creación ju-

risprudencial, sino una determinación del legislador.

En efecto, el Consejo encuadró el Reglamento 1408/71, que fue parcialmente sustituido por el Reglamento (CE) nº 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo,⁷ en el marco de la libre circulación de personas, para contribuir a mejorar su nivel de vida y sus condiciones de empleo, entendiendo que no sólo afectaba a los trabajadores por cuenta ajena, sino también a los que trabajan por cuenta propia, habida cuenta de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (primer y segundo considerandos).

Dos características reúne esta disposición. En primer lugar, en cuanto Reglamento, resulta directamente aplicable en el territorio de la Unión, siendo obligatorio en la totalidad de sus elementos (artículo 288, párrafo 2º, TFUE). Por otro lado, no se trata de una norma armonizadora o de integración de las regulaciones nacionales sobre la materia, sino de mera coordinación, respetando las características propias de las legislaciones nacionales (cuarto considerando).

En suma, su designio consiste en proteger los derechos sociales de las personas que se desplazan en el interior de la Unión Europea y garantizar que sus prestaciones de la seguridad social no se ven afectadas por el hecho mismo de ejercitar su libertad de circulación.⁸

Esta norma distingue entre **(a)** los trabajadores en activo y **(b)** los pensionistas y dentro de ambas categorías discrimina, a su vez, dos tipos de situaciones, según que **(1)** necesiten cuidados médicos durante una estancia en un Estado miembro distinto de aquel en el que residen o que **(2)** se desplacen a otro Estado miembro para acceder a prestaciones sanitarias programadas.

A los primeros, trabajadores por cuenta ajena o propia, y a sus familiares, se refería el artículo 22, que regulaba en lo que aquí interesa dos supuestos, recogidos en los artículos 19 y 20 del Reglamento de 2004: **(1)** la estancia fuera del Estado competente y **(2)** la necesidad de desplazarse a otro Estado miembro para recibir la asistencia apropiada.

⁷ Reglamento de 29 de abril de 2004 (DOUE, serie L, nº 166, p. 1).

⁸ Sentencia de 23 de abril de 2009, *Rüffler* (C-544/07, ap. 81).

⁶ Reglamento de 14 de junio de 1971 (DOUE, serie L, nº 49, p.2)

Tratándose del primer supuesto, el trabajador que **satisfaga las condiciones** exigidas por la legislación de su Estado de residencia para acceder a las prestaciones de la seguridad social y que **requiera cuidados inmediatos** durante su estancia en el territorio de otro Estado miembro tiene derecho a que la institución del Estado miembro de estancia le suministre, como si fuera uno de sus afiliados, las prestaciones en especie necesarias a cuenta de la institución de su Estado miembro. La norma exige que las prestaciones sean **necesarias desde un punto de vista médico, teniendo en cuenta su naturaleza y la duración prevista de la estancia**. Está aquí presente la idea de la **inmediatez de la necesidad** y el **carácter no programado de la estancia desde el punto de vista sanitario**.

El otro supuesto se refiere a los trabajadores o a sus familiares que, **cumpliendo los mismos requisitos, son autorizados a desplazarse** al territorio de otro Estado miembro para recibir la asistencia apropiada a su dolencia, como si fueran afiliados a la seguridad social del Estado de la estancia y a cargo de la institución competente del de residencia. Tienen, pues, derecho a recibir la asistencia en condiciones tan favorables como las que disfrutaban los pacientes a los que se les aplica la legislación del Estado al que se desplazan.⁹

La exigencia de autorización no es contraria al derecho comunitario originario, habida cuenta de que el Tratado no impide condicionar al cumplimiento de determinados requisitos las facilidades que concede para garantizar la libre circulación de los trabajadores.¹⁰

La autorización no puede denegarse cuando **(a)** la asistencia figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro de residencia ni **(b)** cuando, por la salud actual del paciente y la evolución probable de la enfermedad, la asistencia no puede serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento en su estado miembro.

Sobre la interpretación de la noción de «plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento», el Tribunal de Justicia ha señalado:

⁹ Sentencias de 12 de julio de 2001, Vanbraekel y otros (C-368/98, ap. 32); y Acereda Herrera, ap. 27.

¹⁰ Sentencia de 23 de octubre de 2003, Inizan (C-56/01, aps. 23 y 24).

- No concurre cuando en el Estado de residencia puede obtenerse en tiempo oportuno un tratamiento idéntico o que tenga el mismo grado de eficacia para el paciente. A estos efectos, se han de tomar en consideración todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo debidamente en cuenta no solamente la situación médica del paciente en el momento de la solicitud de autorización y, en su caso, el grado de dolor o la naturaleza de la discapacidad, sino, además, sus antecedentes.¹¹

- No basta, pues, con que en el otro Estado miembro pueda dispensar con más rapidez una asistencia médica idéntica o que presente el mismo grado de eficacia. De no entenderse así, se produciría un flujo migratorio de pacientes que pondría en peligro la **planificación y la racionalización de los servicios sanitarios**.¹²

- El Reglamento de 2004 alude, con mayor precisión, a que el tratamiento no pueda ser dispensado en un **plazo justificable desde el punto de vista médico, habida cuenta del estado de salud del paciente en ese momento o de la evolución probable de la enfermedad**.¹³

Sin dejar de contemplar la noción de «plazo razonable» el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de abordar la problemática de las listas de espera, señalando que:

- En ningún caso puede denegarse la autorización de traslado con fundamento exclusivo en la existencia de listas de espera en el Estado miembro de residencia.¹⁴

- En este sentido, para denegar legítimamente la autorización invocando la existencia de un plazo de espera para un tratamiento hospitalario, la institución competente ha de acreditar que dicho plazo **no sobrepasa el aceptable con arreglo a una evaluación médica objetiva de las necesidades clínicas del interesado** que tenga en cuenta todos los parámetros que caracterizan su estado patológico.

¹¹ Sentencias Inizan, aps. 45 y 46; y de 16 de mayo de 2008, Watts (C-372/04, aps. 61 y 61).

¹² Sentencias de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms (C-157/99, ap. 166); de 13 de mayo de 2003, Müller-Fauré y van Riet (C-385/99, ap. 91); y Watts, ap. 71.

¹³ Sentencia Watts, ap. 65.

¹⁴ Sentencias Müller-Fauré y van Riet, C-385/99, ap. 92; y Watts, ap. 63.

co en el momento en que se presente la solicitud o se renueve.¹⁵

- El Tribunal de Justicia reconoce a los Estados miembros competencia para gestionar sus propias listas de espera y la capacidad hospitalaria disponible en su territorio, pero les exige que lo hagan de manera que, en cada caso individual, tomen en consideración las circunstancias que caracterizan la situación médica y las necesidades clínicas del interesado.¹⁶

El paciente que ha obtenido la autorización o que, habiendo recibido una respuesta negativa, obtiene después una declaración de su carácter infundado, tiene derecho, como ha quedado dicho, a las prestaciones en especie servidas por cuenta de la institución competente del Estado de residencia por la del Estado de la estancia. Por consiguiente, el sistema de seguridad social del Estado de residencia queda obligado, aun cuando prevea la gratuidad de la prestación, a reembolsar a la institución del Estado miembro de estancia el importe de las prestaciones que realizó.¹⁷

Lo anterior explica que el Estado miembro de residencia deba reembolsar al paciente autorizado (o que debió serlo) el importe del tratamiento si la prestación no es enteramente gratuita en el Estado miembro que la presta.¹⁸ La suma a reembolsar será la diferencia entre el coste de un tratamiento equivalente en el Estado miembro de residencia y la suma que el Estado miembro de la estancia está obligada a cubrir por cuenta de la institución de la seguridad social del Estado miembro de residencia.¹⁹

Los pensionistas (titulares de pensiones o rentas) y sus familiares, cuando se encuentran en otro Estado miembro tienen derecho, también, a la asistencia sanitaria, pero por diferencia con los trabajadores no se exige que la enfermedad que requirió la asistencia apareciera de forma repentina, haciéndola necesaria de manera inmediata (artículos 31 del Reglamento nº 1408/71 y 27.1 del Reglamento nº 883/2004). Tampoco puede ser sometida a autorización. Esta diferencia de régimen encuentra explicación en la voluntad de favorecer

una movilidad efectiva de los pensionistas, que conforman un grupo social de características específicas: su mayor vulnerabilidad y dependencia en materia de salud y la disponibilidad de tiempo para realizar estancias más frecuentes en otros Estados miembros.²⁰ **(Esta interpretación debe ponerse en cuestión a la luz de la nueva redacción de los artículos 19 y 27.1 del Reglamento nº 883/2004).**

En lo que se refiere a los traslados para recibir tratamientos sanitarios programados, los pensionistas quedan sometidos al mismo régimen que los trabajadores en activo. Para el Tribunal de Justicia, la noción de «trabajador» que utilizan los Reglamentos sobre la materia, tiene un alcance general y cubre a toda persona que, con independencia de que ejerza una actividad profesional, está asegurada en virtud de la legislación de la seguridad social de uno o varios Estados miembros. Por consiguiente, a los pensionistas se les aplica, por el hecho de su afiliación, las disposiciones de los reglamentos relativas a los trabajadores, a no ser que estén sujetos a disposiciones específicas.²¹

Ambas categorías, trabajadores y pensionistas, no sólo tienen derecho a las prestaciones en especie, sino a otras en metálico (artículos 22 y 31 del Reglamento nº 1408/71 y 21 y 29 del Reglamento nº 883/2004).

La noción de «prestaciones en metálico» ha sido objeto de una interpretación autónoma en derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia. Dicho concepto:²²

- Comprende, esencialmente las prestaciones destinadas a compensar una pérdida de ingresos vinculada a una incapacidad laboral y que puede afectar al nivel de vida del interesado y de sus familiares.

- Se ha de tratar de prestaciones de carácter periódico que procuran un ingreso sustitutorio o un apoyo económico destinado a mantener el nivel de vida general del enfermo y de sus eventuales familiares.

²⁰ Sentencia de 28 de febrero de 2003, IKA (C-326/00, aps. 38 y siguientes).

²¹ Sentencia de 31 de mayo de 1979, Pierik II (asunto 182/78, ap. 4).

²² Sentencias Acereda Herrera, aps. 30 a 33; de 5 de marzo de 1998, Molenaar (C-160/96, aps. 34 y 35); y de 8 de julio de 2004, Gaumain-Cerri (asuntos C-502/01 y C-31/02, ap. 27).

¹⁵ Sentencia Watts, ap. 68.

¹⁶ Sentencia Watts, ap. 75.

¹⁷ Sentencia Watts, aps. 125 y 127.

¹⁸ Sentencia Vanbraekel y otros, ap. 34; y Watts, ap.131.

¹⁹ Sentencia Watts, ap. 131.

- No comprende, por tanto, la asunción de gastos ya efectuados.

- Por el contrario, forman parte de la noción el subsidio para cuidados, que se paga periódicamente y que no está supeditado a la realización previa de determinados gastos ni a la presentación de documentos acreditativos de los gastos incurridos, fijándose su cuantía con independencia de los dispendios realmente realizados por el beneficiario para subvenir a las necesidades más esenciales de su vida, disponiendo de la más amplia libertad para la utilización de las cantidades que se le abonan.

- También tienen tal carácter, la asunción del seguro de vejez del tercero que desarrolla actividades de asistencia a domicilio de la persona dependiente.

V.- LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LAS PRESTACIONES SANITARIAS

La disciplina jurídica de la que acabo de dar cuenta, contenida en normas de derecho derivado, no agota la incidencia que sobre los sistemas de seguridad social alcanza el derecho de la Unión.

Una determinada medida nacional puede ajustarse a las normas de derecho derivado, pero ello no comporta que sea conforme con las disposiciones del Tratado.²³

Por ejemplo, sería conforme con la regulación reglamentaria una normativa nacional que excluyera los gastos accesorios en que incurriese un paciente autorizado a desplazarse a otro Estado miembro para recibir en él tratamiento hospitalario. Sin embargo, tal previsión podría ser contraria a las disposiciones del Tratado si dicha normativa interna dispusiese que tales gastos quedasen cubiertos cuando el tratamiento fuere dispensado en un centro integrado en el sistema nacional,²⁴ en la medida en que desincentivaría a los trabajadores nacionales a desplazarse a otros Estados miembros para recibir el tratamiento.

En efecto, los artículos 45 y 49 TFUE (antes, artículos 39 y 43 del Tratado CE) consagran las libertades de circulación de trabajadores y de establecimiento de los ciudadanos de un Estado

miembro en el territorio de otro socio de la Unión. Por su parte, el artículo 56 (antiguo artículo 49) prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios.

Estas disposiciones de derecho originario («constitucionales») de la Unión Europea son directamente aplicables y, como todas las previsiones del derecho comunitario («efecto directo»), se imponen a las determinaciones nacionales que las infrinjan, menoscaben o, de cualquier forma, impidan que alcancen plenos efectos («principio de primacía»).

Por consiguiente, los jueces nacionales deben dejar inaplicadas las normas internas, incluso legislativas, que las contradigan.

Pues bien, el Tribunal de Justicia ha afirmado que las prestaciones médicas a cambio de una remuneración están comprendidas en el ámbito de aplicación de la libre **prestación de servicios**,²⁵ sin que quede fuera de tal ámbito por el hecho de que un paciente pague el tratamiento recibido en el extranjero y después reclame a su institución de la seguridad social el importe que haya pagado.²⁶

Ello es así, porque esta libertad fundamental no sólo implica el derecho del prestador a suministrar sus servicios en el territorio de Estados miembros distintos de aquel en el que se encuentra establecido, sino también la libertad de los eventuales destinatarios ha recibir y disfrutar los servicios ofrecidos por un prestador extranjero.²⁷

Otro tanto cabe decir de las libertades de **circulación de trabajadores** y de **establecimiento**, que operan incluso cuando la estancia en otro Estado miembro responde a motivos distintos de los médicos,²⁸ en particular si el traslado obedece a razones turísticas o a la realización de estudios.²⁹

En principio, toda restricción a tales libertades es contraria al derecho comunitario. De este modo,

²⁵ Sentencias de 4 de octubre de 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland* (C-169/90, ap. 18); *Watts*, ap. 86; y de 19 de abril de 2007, *Stamatelaki* (C-444/05, ap. 19).

²⁶ Sentencias *Watts*, ap. 89; y *Comisión/España*, ap. 49.

²⁷ Sentencias de 6 de noviembre de 2003, *Gambelli y otros* (C-243/01, ap. 55); y *Comisión/España*, ap. 49.

²⁸ Sentencia *Comisión/España*, ap. 50).

²⁹ Sentencias de 31 de enero de 1984, *Luisi y Carbone* (asuntos 286/82 y 26/93, ap. 16); de 19 de enero de 1999, *Calfa* (C-348/96, ap. 16); y *Comisión/España*, ap. 51.

²³ Sentencia *Watts*, ap. 47.

²⁴ Sentencia *Acereda Herrera*, ap. 38.

una negativa a autorizar un desplazamiento conforme a lo dispuesto en los Reglamentos de 1971 y 2004, que, en abstracto no se opone (como ya se ha visto) al ordenamiento jurídico de la Unión, por las circunstancias concretas del caso podría ser estimada vulneradora de los derechos que dicho ordenamiento reconoce a los nacionales de los Estados miembros.

Así, para el Tribunal de Justicia el sometimiento a autorización previa de la cobertura en otro Estado miembro de la asistencia sanitaria a cargo del sistema nacional de la salud constituye una restricción a las mencionadas libertades fundamentales.³⁰

De este modo, la jurisprudencia ha considerado contraria a la libre prestación de servicios:

- El sometimiento a autorización previa por el Estado luxemburgués del derecho al reembolso de las sumas pagadas por un ciudadano del Gran Ducado a un ortodoncista establecido en Alemania, cuando dicho reembolso no está sujeto a tal requisito previo si la prestación se realiza por un profesional establecido en Luxemburgo.³¹

- En relación con la libertad de **circulación de mercancías**, que también puede estar implicada en la materia, el Tribunal de Justicia ha considerado restrictiva la decisión de no reembolsar el coste de unas gafas con lentes correctoras adquiridas, bajo prescripción facultativa, en otro Estado miembro, con fundamento en que la compra de cualquier producto médico en el extranjero debe autorizarse previamente.³²

- También ha estimado contraria a las referidas libertades la negativa a abonar a un ciudadano neerlandés, víctima de un accidente de tráfico y que se encontraba en coma, el importe del tratamiento recibido en Austria consistente en una terapia que en los Países Bajos sólo se utiliza con carácter experimental y en personas menores de 25 años, edad que el paciente superaba.³³

Ahora bien, no toda restricción resulta, *per se*, contraria al derecho comunitario, puesto que, si no

implica una discriminación por razones de nacionalidad (p. ej.: incentivando las empresas domésticas en perjuicio de las foráneas), es decir, si la cortapisa la sufren todos los operadores económicos con independencia de su lugar de establecimiento, el propio Tratado admite su justificación por razones imperiosas de interés general.

Entre esas razones se encuentra, por motivos obvios, la protección de la salud pública y, dentro de este objetivo abstracto, dos metas contribuyen a la consecución de un elevado grado de protección de la salud: **(1)** el mantenimiento de un servicio médico y hospitalario de calidad, equilibrado y accesibles a todos; y **(b)** la elusión de todo riesgo de perjuicio grave para el sistema financiero de seguridad social.³⁴

En relación con el primero de dichos objetivos, los Estados miembros pueden restringir la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional sea esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de la población.³⁵

Respecto del segundo, una planificación de los servicios médicos, de la que, por ejemplo, constituye un corolario la autorización para la apertura de un nuevo centro sanitario, tiene por objeto lograr el control de los costes y evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de recursos financieros, técnicos y humanos, habida cuenta de que el sector de la sanidad genera costes considerables y debe responder a necesidades crecientes, mientras que los recursos financieros que pueden destinarse a la asistencia sanitaria no son ilimitados, cualquiera que sea el método de financiación que se utilice.³⁶

Desde esta perspectiva, el sometimiento a autorización previa de la cobertura en otro Estado miembro de la asistencia sanitaria a cargo del sistema nacional de la salud constituye una restricción justificada en la planificación de la actividad hospitalaria para lograr una gama equilibrada de prestaciones y evitar, mediante el control del gasto,

³⁰ Sentencias de 28 de abril de 1998, Kohll (C-158/96, aps. 35 y 36); Smits y Peerbooms, aps. 69 a 75; Müller-Fauré y van Riet, aps. 44, 67 y 68; Inizan, ap. 18; y Hartlauer, aps. 34 y 36).

³¹ Sentencia Kohll.

³² Sentencia de 28 de abril de 1998, Decker (C-120/95, ap. 46).

³³ Sentencia Smits y Peerbooms.

³⁴ Sentencias Watts, aps. 103 y 104, y Hartlauer, ap. 47.

³⁵ Sentencias Müller-Fauré y van Riet, ap. 67; Watts, ap. 105; y Hartlauer, ap. 48.

³⁶ Sentencias Müller-Fauré y van Riet, ap. 80; Watts, ap. 108; y Hartlauer, ap. 49.

el derroche de medios financieros, técnicos y humanos.³⁷

Ahora bien, esa restricción debe responder al principio de proporcionalidad, esto es, ha de ser **adecuada** para garantizar la realización del objetivo que se persigue y **no valla más allá** de lo imprescindible para alcanzarlo.³⁸

Por consiguiente la negativa a conceder la autorización:

- Debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de modo que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación por las autoridades nacionales, con el fin de eliminar todo atisbo de arbitrariedad.³⁹

- Se ha de acordar a través de un procedimiento accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes se tramitarán en un plazo razonable y con objetividad e imparcialidad, quedando abierta la vía judicial para impugnar las eventuales denegaciones.⁴⁰

VI. LOS EFECTOS DE LA CIUDADANÍA EUROPEA

Así pues, los Reglamentos aprobados por las instituciones comunitarias para coordinar los regímenes nacionales de seguridad social aspiran a garantizar las libertades de circulación en el seno de la Unión. Puede ocurrir que determinadas medidas nacionales que, pese a ajustarse a la letra de dichas normas de derecho derivado, se opongan al Tratado en la medida en que, de una u otra manera, obstaculicen o restrinjan las libertades de circulación que son unos de sus cimientos.

Aún más, cabe imaginar tesituras en las que los administrados de un Estado miembro no ejerzan, o pretendan hacerlo, sus libertades de circulación y, sin embargo, frente a las prestaciones sociales reciban un trato inadmisibles para el ordenamiento jurídico de la Unión.

Tal sería el caso, por ejemplo, de una persona que, habiendo ejercido el conjunto de su actividad profesional en el Estado miembro del que es nacional, únicamente hace uso de su derecho a residir en otro Estado miembro después de haberse jubilado y sin intención de ejercer allí ninguna una actividad laboral. Tal individuo no podría invocar la libre circulación de trabajadores ni la libertad de establecimiento.⁴¹

Ahora bien, un europeo en tal situación goza del estatuto de ciudadano de la Unión, en virtud del artículo 20.1 TFUE (antiguo artículo 17 TCE), de modo que puede invocar los derechos inherentes a tal estatuto y, en particular, el derecho a circular y residir libremente que confiere el 21.1 TFUE (antes, artículo 18.1 TCE).⁴²

El estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener en el ámbito de aplicación por razón de la materia del Tratado el mismo trato jurídico, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas al respecto.⁴³

Desde esta perspectiva sería incompatible con el derecho de la Unión que un ciudadano de otro Estado miembro recibiera en el Estado miembro de acogida un trato menos favorable que el que disfrutaría si hubiera hecho uso de las facilidades concedidas por el Tratado en materia de circulación.⁴⁴

Por ello, y por ejemplo, sería contraria a los derechos que confiere la ciudadanía europea que un Estado miembro se niegue a asumir el pago de las cotizaciones del seguro de vejez de un tercero que presta asistencia a una persona dependiente (quien abona el seguro) basándose únicamente en que no reside en el territorio del Estado competente, cuya legislación se aplica. Tal desenlace supondría otorgarle un trato diferente en relación con personas que se hallan en la misma situación; a sa-

³⁷ Sentencia Watts, aps. 98 y 108 a 110. Más recientemente, la sentencia de 5 de octubre de 2010m Comisión/Francia (C-512/08, aps. 32 y 33).

³⁸ Sentencia Hartlauer, aps. 44 y 46.

³⁹ Sentencias de 20 de febrero de 2001, Analir y otros (C-205/99, aps. 37 y 38); Hartlauer, aps. 64; Inizan, aps. 48 y 57; y Watts, aps. 116 y 117.

⁴⁰ Sentencias Inizan, aps. 48 y 57; y Watts, aps. 116 y 117.

⁴¹ Sentencias de 9 de noviembre de 2006, Turpeinen (C-520/04, ap. 167) y Rüffler, ap. 52.

⁴² Sentencias de 22 de mayo de 2008, Nerkowska (C-499/06, ap. 22); Turpeinen, aps. 16 a 19; y Rüffler, aps. 55 y 56.

⁴³ Sentencias de 29 de abril de 2003, Pusa (C-224/02, ap. 16), y Rüffler, ap. 62.

⁴⁴ Sentencias Pusa, ap. 18, y Rüffler, ap. 64.

ber: los beneficiarios del seguro de dependencia regulado por esa misma legislación y que residen en el territorio nacional. Esta consecuencia se encuentra prohibida por el artículo 20 TFUE, ya que el estatuto de ciudadano de la Unión permite a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, en el ámbito de aplicación del Tratado, el mismo trato jurídico.⁴⁵

VII.- CONCLUSIONES

En definitiva, los Estados miembros conservan intacta la competencia para organizar, como estimen conveniente, sus sistemas de salud y de seguridad social.

Ahora bien, deben llevar a cabo esa tarea respetando el ordenamiento jurídico de la Unión.

De este modo, no sólo han de ajustarse a los términos de las normas de derecho derivado aprobadas para coordinar tales sistemas, sino que han de hacerlo sin desconocer las libertades fundamentales de circulación ni los derechos inherentes al estatuto propio de la ciudadanía de la Unión.

Se trata, una vez más, de respetar los respectivos ámbitos de competencia, algo de lo que sabemos mucho y bien en nuestro Estado complejo, donde diversos actores confluyen en un mismo objeto regulatorio, estando condenados a entenderse a través de técnicas tan jurídicas como las que imponen los principios de coordinación y cooperación. No en vano, la Unión:

- Comparte competencias con los Estados miembros en materia de política y cohesión social (artículo 4.2 TFUE)

- Puede tomar iniciativas que garanticen la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros (artículo 5.3 TFUE).

- Adoptar acciones con el fin de apoyar, complementar y coordinar la acción de los Estados miembros sobre protección y mejora de la salud humana (artículo 6.a TFUE).

Pudiendo adoptar determinaciones en tales ámbitos sin más límites que los que imponen los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (artículo 5 TUE).

No cabe desconocer que en la materia que hoy nos reúne en Santander resulta imprescindible introducir algo de orden y coherencia, para evitar el llamado «turismo sanitario» y los efectos perversos que produce en la gestión de los sistemas nacionales.

Ahora bien la solución no pasa por mermar los derechos ciudadanos. Como ha subrayado el Tribunal de Justicia en uno de sus últimos pronunciamientos (la sentencia Watts), resulta imprescindible encontrar el equilibrio entre la libre circulación de los pacientes y los imperativos nacionales de planificación de la capacidad hospitalaria disponible, de control de los gastos necesarios y de equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social (aps. 145 y 148).

Por ello, la Ministra española de sanidad presentó recientemente, en el seno de la Presidencia española, una propuesta razonable, consistente en que cuando un ciudadano de un país europeo que reside en otro Estado miembro y a cuyo sistema de seguridad social se encuentra afiliado vuelve a su país de origen para recibir un tratamiento sanitario este último se haga cargo del importe de la intervención. Sin perjuicio de mantener el requisito de la autorización previa, que ha de diseñarse en los términos indicados por la jurisprudencia comunitaria de la que he dado cuenta.

Los problemas de financiación de los sistemas públicos sanitarios en los países europeos no vienen única y exclusivamente, ni siquiera principalmente, de la libre circulación de los enfermos de la Unión.

Las arcas públicas se encuentran exhaustas, pero al igual que no cabe responder al déficit presupuestario mermando las garantías de los contribuyentes frente a la Hacienda Pública, tampoco resulta admisible hacer frente a los problemas que presenta la financiación de los sistemas públicos sanitarios y de seguridad social restringiendo los derechos ya ganados por los ciudadanos.

Quizás en estos tiempos de incertidumbre resulte menester no olvidar que lo que empezó siendo un pacto entre Estados, compartiendo la producción de acero y el carbón y estableciendo una unión aduanera, primero, y, después, un mercado común, para evitar los desencuentros en el corazón de la Vieja Europa y los desastres en que desembocaron, ha acabado por convertirse con el paso de

⁴⁵ Sentencia Gaumain-Cerri, aps. 34 y 35.

los años en un proceso de integración de los ciudadanos europeos en un mismo sistema jurídico.

El acta Unida Europea, los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza, con la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el de Lisboa, son hitos fundamentales de tal proceso.

Pero en el mismo no ha sido ajeno la labor pretoriana de los jueces comunitarios, los de los Estados miembros y aquellos que ejercen su jurisdicción, para todos, en Luxemburgo.

La historia de la Sra. Defrenne ilustra a la perfección lo que quiero decir.

Grabielle Defrenne trabajó como azafata para SABENA desde el 10 de diciembre de 1951 al 15 de febrero de 1968, fecha en la que, al llegar a los 40 años de edad, cesó en sus funciones de conformidad con lo establecido en su contrato de trabajo.

El 9 de febrero de 1970 impugnó, ante el Consejo de Estado Belga, el real decreto de 3 de noviembre de 1969, que señalaba reglas especiales para fijar la pensión de jubilación de los empleados de la aviación civil, excluyendo a las azafatas, de modo que su pensión de jubilación se calculaba conforme a las reglas generales (menos ventajosas), situándolas en una situación inferior a la de sus colegas masculinos.

El Consejo de Estado se dirigió al Tribunal de Justicia formulándole tres preguntas. Las dos últimas de las cuales trataban sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CEE, que prohibía la discriminación retributiva entre los trabajadores y las trabajadoras. La primera se refería, sin embargo, a la naturaleza de la prestación de jubilación; a si podía considerarse como una retribución.

El Tribunal de Justicia, en sentencia de 25 de mayo de 1971 (Defrenne I)⁴⁶ dio una respuesta negativa a este último interrogante, por lo que, no siendo aplicable el artículo 119 del Tratado CEE, no había lugar a plantearse la cuestión de la discriminación.

Una vez que cesó en sus funciones como azafata, la Sra. Defrenne demandó a SABENA ante el Tribunal de trabajo de Bruselas reclamando una indemnización por los perjuicios que se le habían

causado por (1) percibir entre el 15 de febrero de 1963 y el 1 de febrero de 1966 una salario inferior al de sus colegas masculinos; (2) serle reconocido, como consecuencia, un finiquito y (3) una pensión de jubilación inferior. Su demanda fue desestimada.

Interpuso recurso de apelación ante la *Cour de travail* de Bruselas. Este órgano confirmó la sentencia apelada en cuanto desestimó las dos últimas pretensiones, y, para resolver la primera, se dirigió al Tribunal de Justicia interrogándole sobre si el artículo 119 del Tratado CEE tenía efecto directo y podía ser invocado ante los órganos nacionales para hacer efectivo el principio de igualdad de retribuciones sin distinción por razón del sexo.

El Tribunal de Justicia respondió afirmativamente en sentencia de 8 de abril de 1976 (Defrenne II),⁴⁷ declarando el efecto directo de dicho precepto y el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales la protección de los derechos que tal precepto confiere a los justiciables.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia:

- Calificó el principio de igualdad de **fundamento de la Comunidad** (ap. 12);

- Afirmó que en los casos en que un trabajador de sexo femenino recibiese una retribución inferior a la de un trabajador masculino que realiza idéntico trabajo, el artículo 119 del Tratado CEE debía aplicarse directamente (aps. 23 y 24), no obstante la existencia de normas internas que consagren tal discriminación [aplicación de los principios de primacía (sentencia Costa c. Enel) y de efecto directo (sentencia Becker)]; y

- Subrayó que la utilización en el artículo 119 de la palabra "principio" resalta el carácter fundamental del precepto (§ 28).

Sin embargo, en esta sentencia el principio de igualdad es erigido en principio fundamental del orden comunitario, pero no llega a adquirir vida propia. Ese carácter le viene dado porque está al servicio de los fines que la Comunidad persigue (aps. 10 y 11).

Una vez pronunciada la sentencia Defrenne II, la *Cour de travail* concedió a la demandante los atrasos que había reclamado en su primera preten-

⁴⁶ Asunto 80/70.

⁴⁷ Asunto 43/75.

sión. Contra la desestimación por la Cour de travail en apelación de las dos últimas pretensiones, interpuso recurso de casación.

La Cour de cassation se dirigió al Tribunal de Justicia interrogándole sobre la existencia de un principio general del derecho comunitario relativo a la eliminación de las discriminaciones entre los trabajadores y las trabajadoras en materia de condiciones de empleo y de trabajo distintas de la retribución propiamente dicha.

El Tribunal de Justicia respondió negativamente en la sentencia de 15 de junio de 1978 (Defrenne III):⁴⁸ el artículo 119 CEE no puede ser interpretado en el sentido de que, además de la igualdad de retribución, establezca también la igualdad de las demás condiciones de trabajo.

Pero lo decisivo de esta sentencia es que el Tribunal de Justicia califica la supresión de discriminaciones basadas en el sexo como derecho fundamental y añade que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho comunitario (aps. 27 y 26).

De este modo adquirió sustancia propia. Antes que fruto de los objetivos señalados en los tratados, es una garantía básica del individuo, que existe con independencia y al margen de esas metas.

De esta evolución jurisprudencial se obtiene que no puede construirse el mercado único en detrimento de los derechos de los ciudadanos. (en la sentencia de 12 de junio de 2003, Schmidberger,⁴⁹ el Tribunal de Justicia hizo prevalecer las libertades de expresión y de reunión sobre la libre circulación de mercancías).

En mi opinión, esa perspectiva, y no otra, se han de encarar los retos que impone la coordinación de los sistemas de salud y de seguridad social de los 27 Estados miembros.

⁴⁸ Asunto 149/77.

⁴⁹ Asunto 112/00.

“LA JURISDICCIÓN SOCIAL ANTE EL REINTEGRO DE GASTOS SANITARIOS: CUESTIONES ACTUALES”

Ilmo. Sr. D. Miguel Azagra Solano

Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de La Rioja.

I.- INTRODUCCIÓN. II.- NORMATIVA DE APLICACIÓN. 1ª) Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre. 2ª) RD 63/1995, de 20 de enero. 3ª) RD 1030/2006, de 15 de septiembre. **III.- REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL REINTEGRO.** 1.- Asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. 1º) El carácter vital de la asistencia. 2º) El carácter urgente e inmediato de la asistencia. 3º) La imposibilidad de utilizar oportunamente los servicios públicos de salud. 4º) La utilización de los servicios no puede resultar desviada o abusiva. 2.- Denegación injustificada de asistencia sanitaria. 3.- Error de diagnóstico. 4.- Listas de espera. 5.- Técnicas avanzadas. **IV.- COMPETENCIA PARA CONOCER DE ESTOS ASUNTOS.**

I.- INTRODUCCIÓN

El artículo 43 de la Constitución Española reconoce el derecho de los ciudadanos a la protección de su salud, indicando que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Es por esto que la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, a partir de la vigencia constitucional y especialmente de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya no ha de ser entendida como un puro mecanismo de aseguramiento público, sino como un servicio público esencial de obligatoria dispensa por los poderes públicos, si bien su concreto contenido y beneficiarios habrán de ser precisados, conforme al artículo 53.3 de la Constitución, por las Leyes que desarrollen el texto constitucional¹.

Ahora bien, el legislador español ha optado por actualizar este servicio a través de sus propios recursos y estructuras, constituyendo un Sistema Nacional de Salud de carácter público, en el que se integran y coordinan las competencias de la Administración General del Estado y las propias de las Comunidades Autónomas. Las administraciones competentes están obligadas a prestar este servicio a través de sus propios medios o, en su caso, concertados, de forma que el titular del derecho no puede dirigirse a instituciones sanitarias distintas a las previstas para obtener las correspondientes prestaciones, siendo a su exclusivo cargo los gastos que se le originen cuando así lo haga, y de este modo, el artículo 102.3 de la LGSS de 1974, precepto en vigor al no haber sido derogado, establece que *las Entidades obligadas a prestar asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan oca-*

¹ SSTSJ La Rioja 11 octubre 2006 (Rec. 295/2006); 7 marzo 2007 (AS 2007,3332); STSJ Castilla y León, Vallado-

lid 5 junio 2006 (RJ 2006/968), STSJ Castilla y León, Burgos 11 diciembre de 2009 (AS 2010/512), entre otras.

sionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen.

El objeto del presente trabajo es efectuar una serie de reflexiones sobre el alcance de esta previsión y más concretamente, analizar aquellos supuestos en los que el beneficiario de la Seguridad Social, pese a acudir a instituciones ajenas al sistema público de salud, puede solicitar y obtener el reintegro de los gastos que tal asistencia sanitaria le ha ocasionado.

Esta cuestión, sometida a constantes variaciones en sus normas reguladoras², ha determinado la existencia de una gran litigiosidad en el orden social de la jurisdicción, siendo lo cierto que en muchas ocasiones han sido los tribunales de justicia los encargados de perfilar el contenido del derecho al reintegro de los mencionados gastos.

El correcto análisis de la cuestión que se plantea, hace preciso examinar el alcance de los cambios normativos producidos sobre esta materia, determinar los principios que les sirvieron de base, así como profundizar en el contenido de los requisitos que son exigibles para viabilizar el reintegro, en el entendimiento de que el reintegro de los gastos sanitarios sólo puede ser admitido en supuestos excepcionales.

El gran casuismo existente al respecto hace necesario el análisis caso por caso de las cuestiones sometidas a enjuiciamiento, siendo en ocasiones sumamente difícil aplicar criterios incuestionados a la resolución del asunto que se plantea ante el juzgado o tribunal.

No se pretende en este análisis un examen exhaustivo de toda la problemática que el reintegro de gastos pueda plantear, debiéndose dejar a un lado las cuestiones derivadas de la solicitud de reembolso cuando la asistencia sanitaria se recibe en el extranjero, bien en un Estado extracomunitario o bien al amparo de la normativa comunitaria, siendo la intención de este trabajo circunscribir el análisis al estudio del reintegro de gastos sanitarios conforme al derecho nacional y por tanto conforme a la interpretación que de sus normas hacen sus ór-

ganos jurisdiccionales y más concretamente los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional social.

II.- NORMATIVA DE APLICACIÓN

Como ya he tenido ocasión de exponer con anterioridad, la Constitución española reconoce en su artículo 43, *el derecho a la protección de la Salud*, atribuyendo a los poderes públicos la responsabilidad de la gestión de tal protección. Este derecho, se incluye entre los principios rectores de la política social y económica, y como tales principios vinculan a los órganos judiciales, motivo por el cual las resoluciones de los juzgados y tribunales habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE.³

La remisión que el texto constitucional hace a la ley para el establecimiento de *los derechos y deberes de todos al respecto*, posibilitó la publicación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuyo objeto no fue otro que la regulación general de todas las acciones que permitieran hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución.

El establecimiento de un Sistema Nacional de Salud basado en su carácter público, gratuito, universal, orientado a la superación de desequilibrios territoriales y sociales, y por tanto igualitario, debe conectarse con la necesidad de dispensar una prestación de asistencia sanitaria que, basada en los principios de eficacia, economía y de racionalización de los recursos sanitarios, pueda ofertar al ciudadano una protección que en el plano temporal y en lo referente a su contenido asistencial, sea cada vez más amplia y de mayor calidad.

El hecho de que el Sistema Nacional de Salud, asuma el derecho a la asistencia sanitaria, no lleva consigo que las prestaciones que deban dispensarse sean ilimitadas, o que las mismas no se encuentren sometidas a normas de racionalización que permitan su mantenimiento y mejora. La cobertura sanitaria, si quiere responder a los principios antes enunciados, debe limitar el coste de los servicios

² Art. 102.3 LGSS/74; Art. 17 Ley 14/1986; Art. 18 Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre; Art. 5.3 RD 63/1995, de 20 de enero; Art. 4.3 RD 1030/2006, de 15 de septiembre.

³ SSTC 82/1990 de 4 mayo (RTC 1990/82); 203/2000 de 24 julio (RTC 2000/203).

que presta para intentar dispensar una asistencia de calidad, igualitaria y que sea asumible económicamente, lo que lleva consigo que el derecho a la asistencia sanitaria sólo pueda abarcar aquellas prestaciones que se contemplen en las normas correspondientes y fundamentalmente las establecidas en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

Debemos partir, por tanto, de la existencia de un derecho genérico a la protección de la salud, dentro del cual se incluye el derecho a una concreta prestación de asistencia sanitaria, prestación que deben obtenerse de los medios asignados por el sistema público de salud en los términos previstos por la legislación vigente.

En la medida en que los medios públicos con los que se hacen efectivas tales prestaciones por las administraciones son por necesidad limitados y vienen conformados por las decisiones políticas y presupuestarias que se van adoptando por los poderes públicos a lo largo del tiempo, existe la tendencia a pensar que el concreto contenido de ese derecho viene delimitado por la disponibilidad y suficiencia de tales medios, pero esto no es así, puesto que el contenido del derecho a prestaciones de asistencia sanitaria viene determinado por las normas jurídicas que desarrollan el derecho a la protección de la salud, -en concreto por la Ley General de Sanidad y por las normas de ordenación y cartera de prestaciones a las que luego me referiré-, y no por la real posibilidad de ejecutar la prestación a través de los medios públicos.⁴

Así pues, el beneficiario de la asistencia sanitaria pública debe recibir esta a través de las instituciones públicas correspondientes y si el titular del derecho acude a servicios sanitarios ajenos al sistema, debe asumir su coste, pudiendo reintegrarse el abono efectuado sólo en los casos excepcionales recogidos en la normativa de aplicación.

No existe una opción del enfermo o de sus familiares entre la medicina pública o la privada. El reintegro de gastos médicos por servicios prestados fuera del Sistema Nacional de Salud es, como ya he mencionado, excepcional, ya que la Seguridad Social no reconoce el derecho de los beneficiarios a optar entre el sistema público o el privado, sino que quiere diferenciar entre necesidad y deseo. La

satisfacción de los deseos, por muy legítima y comprensible que resulte, no puede ser objeto de un sistema público de protección instrumentado para atender necesidades y sostenido por la solidaria contribución de todos los ciudadanos⁵. Por ello, la regulación normativa referente a la ordenación de prestaciones sanitarias de dicho Sistema, determina restrictivamente los casos en los que procederá el reintegro de gastos por servicios médicos privados. Es lo que sucede, como veremos más adelante, cuando se precise asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, y ésta se haya prestado por servicios ajenos a la Seguridad Social. En estos casos, el reintegro procederá una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios propios y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción.

De esta manera, y como estableció el artículo 17 de la Ley 14/1986, *las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonarán a estos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias*. Esta previsión, recogida igualmente en el artículo 102.3 LGSS/74, sirve para recordar que la asistencia sanitaria pública sólo se facilitará en los centros del Sistema Nacional de Salud propios o concertados, siendo obligación de los beneficiarios del sistema de Seguridad Social la utilización de los servicios asignados, con la extensión y límites de las prestaciones establecidas en la cartera de servicios normativamente establecida.

Así pues, y siendo cierto que, aun de modo excepcional, el beneficiario que acude a servicios sanitarios ajenos a la sanidad pública puede no hacerse cargo de los gastos que tal asistencia lleva consigo, es necesario traer a colación las normas que en nuestro derecho han posibilitado ese reintegro de gastos médicos, para así establecer y dejar constancia de la evolución y variación de los requisitos legalmente exigibles para posibilitar el

⁴ STSJ La Rioja 22 mayo 2007 (AS 2007/3412).

⁵ STS 20 marzo 1986 (RJ 1986/1364); SSTCT 6 marzo 1989, 25 febrero 1989.

mencionado reintegro. Estas normas son las siguientes:

1º Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Este Decreto recogía en su artículo 18 la regulación de los supuestos de asistencia sanitaria prestada por servicios ajenos a la Seguridad Social. El artículo mencionado, redactado mediante el Decreto 2575/1973, de 14 de septiembre, estableció en su párrafo 1º que *cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios distintos de los que le hayan sido designados, las Entidades obligadas a prestar la asistencia no abonarán los gastos que puedan ocasionarse, excepto en los casos previstos en los números tres y cuatro de este artículo.*

El punto 3º del precepto disponía que, *en los supuestos en que las Entidades a que se refiere el número anterior denegasen injustificadamente la prestación de la asistencia sanitaria debida podrá reclamarse el reintegro de los gastos efectuados por la utilización de servicios distintos de los que corresponderían, siempre que se hubiera notificado en el plazo de quince días naturales siguientes al comienzo de la asistencia, debiendo, al solicitarse, razonar la petición y justificar los gastos efectuados.* Por su parte el párrafo 4º del artículo establecía que *cuando la utilización de servicios médicos distintos de los asignados por la Seguridad Social haya sido debida a una asistencia urgente de carácter vital, el beneficiario podrá formular ante la Entidad obligada a prestarle asistencia sanitaria la solicitud de reintegro de los gastos ocasionados, que será acordado por esta si de la oportuna información que se realice al efecto resultara la procedencia del mismo.*

La norma, en sus distintos apartados, dejaba constancia de los requisitos necesarios para que el beneficiario pudiera obtener el reintegro de los gastos asistenciales producidos con motivo de la utilización de servicios distintos a los asignados, debiendo destacarse entre ellos, la necesidad de que la Entidad gestora estuviera obligada a prestar la asistencia obtenida al margen de sus servicios; que el beneficiario acudiera a esos servicios ajenos por decisión propia o de sus familiares; que la de-

negación de asistencia por parte de la Entidad gestora fuera injustificada; que la prestación a cargo de entidades sanitarias ajenas a las correspondientes fuera notificada en el plazo de los quince días siguientes al comienzo de aquella; que se razonara la petición y que se justificara el gasto reclamado, a lo que había que añadir el requisito previo de que la asistencia hubiera sido denegada por la Entidad gestora correspondiente antes de haber sido dispensada, como así se desprende del contenido del apartado 2º del artículo 18, conforme al cual, *cuando el beneficiario no obtenga la asistencia sanitaria que hubiere solicitado en forma y tiempo oportunos, deberá acudir a la Entidad gestora, Mutua Patronal o empresa colaboradora, a fin de que aquella le sea prestada.*

Además de lo expuesto, la norma contemplaba el supuesto de reintegro de gastos en los casos de asistencia urgente de carácter vital, condicionando el reconocimiento del reintegro a la realización de una información adecuada de la que se desprendiera su procedencia.

La regulación, excesivamente rigorista, exigía el cumplimiento de requisitos formales concretos tanto en su solicitud de reintegro como en la previa petición de asistencia a la Entidad gestora, estableciendo un plazo breve en exceso para llevar a cabo la reclamación, reclamación que no podía salir adelante sin la prueba del cumplimiento de las exigencias formales y de la acreditación del gasto llevado a cabo en entidades distintas a las establecidas.

El precepto sólo contemplaba para provocar el reintegro de gastos los casos de denegación injustificada de asistencia y de asistencia urgente de carácter vital, si bien ya desde entonces la jurisprudencia vino admitiendo, en una interpretación amplia de la norma, los casos en los que la asistencia fuera provocada por un error de diagnóstico que pusiera en peligro la curación del beneficiario.

2º RD 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Esta norma, después de exponer en el apartado 1 de su artículo 5º que *la utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, en los términos y condiciones previstos en la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) y demás disposiciones que*

resulten de aplicación y respetando los principios de igualdad, uso adecuado y responsable y prevención y sanción de los supuestos de fraude, abuso o desviación, dedica su apartado 3 a regular el reintegro de gastos, estableciendo que en 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.

La Disposición Derogatoria Única del RD dejó sin efecto, entre otras disposiciones, la regulación contenida en el artículo 18 del Decreto 2766/1967, así como el Decreto 2575/73, de 14 de septiembre, por el que se había modificado el artículo 18 de la primera norma citada, siendo la previsión normativa anterior sustituida por el contenido del artículo 5.3 antes transcrito.

De la lectura del precepto parece inferirse que el reembolso de los gastos derivados del hecho de acudir a la sanidad privada se restringe a los supuestos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, condicionando su concesión a la comprobación de que no pudieron ser utilizados los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud y de que la conducta del beneficiario no pueda ser considerada abusiva.

La nueva normativa no condiciona el reembolso de las cantidades abonadas a la previa denegación de la asistencia sanitaria por la Entidad responsable, desapareciendo, al menos formalmente, la posibilidad de que el reintegro de gastos se produjera por una denegación injustificada de asistencia. Por otro lado, sólo se permite acudir a la sanidad privada si no se pudieron utilizar los servicios públicos -hecho este que debe ser objeto de una adecuada comprobación previa-, y se pone especial acento en la necesidad de comprobar también que la actuación del beneficiario no supone un comportamiento abusivo o fraudulento.

La regulación contenida en el RD resulta ser menos exigente en lo relativo a los requisitos formales requeridos, lo que no supone que se omita cualquier tipo de procedimiento ya que este será necesario, no sólo para que el beneficiario pueda encauzar la petición de reembolso, sino también para que puedan acreditarse los requisitos que se

encarga de solicitar la norma y para que la Entidad correspondiente pueda dictar la resolución que permita o deniegue el reembolso de gastos.

El reintegro de gastos médicos por servicios prestados fuera del Sistema Nacional de Salud sigue siendo en esta regulación excepcional, sin que la Seguridad Social reconozca el derecho de los beneficiarios a optar entre el sistema público o el privado, debiéndose diferenciar entre necesidad y deseo. La satisfacción de los deseos, como he tenido ocasión de exponer anteriormente, por muy legítima y comprensible que resulte, no puede ser objeto de un sistema público de protección instrumentado para atender necesidades y sostenido por la solidaria contribución de todos los ciudadanos. Por ello, el artículo 5.3 del RD 63/1995 de 20 de enero, sucesor de la normativa contenida en el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, siguió determinando restrictivamente los casos en los que procedía el reintegro de gastos por servicios médicos privados.

3ª RD 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.

El objeto de este RD, según se desprende de su articulado, es establecer el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario y fijar las bases del procedimiento para la actualización de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, todo ello con la finalidad de garantizar la equidad y la accesibilidad a una atención sanitaria adecuada en el Sistema Nacional de Salud.

El RD, como se recoge en su Disposición Derogatoria, deja sin efecto el RD 63/1995, de 20 de enero, sustituyéndolo a los efectos de la regulación de los supuestos de reintegro de gastos médicos.

En la norma, después de definir la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, de determinar quienes son los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria a través de la cartera de servicios comunes contemplada, y de establecer los requisitos de acceso a la cartera, dedica su artículo 4 a la contemplación del *personal y centros autorizados*, regu-

lando el reintegro de gastos en su apartado 3, según el cual, *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. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero.*

De nuevo el reintegro de gastos se configura como un supuesto excepcional, siendo precisa la acreditación de diversos requisitos formales y materiales.

La norma recuerda que la cartera de servicios comunes no se va a facilitar por centros o establecimientos distintos a los integrados en el Sistema Nacional de Salud, exponiendo como única excepción, la situación de riesgo vital para la que se exige a su vez la cumplida justificación de la imposibilidad de utilizar los medios y servicios sanitarios asignados por el Sistema Nacional de Salud.

La nueva regulación, coincide con la anterior en el hecho de no contemplar la denegación de asistencia como causa para el reintegro, y deja claro que el reembolso de los gastos lo será respecto de aquellas prestaciones contempladas por el Servicio Nacional de Salud y que hubieran podido obtenerse de conformidad con la cartera de servicios aprobada. Restringe el reembolso a los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, a que mediante el procedimiento correspondiente se compruebe que no pudieron utilizarse los servicios asignados y que la actuación de quien solicita el reembolso no sea abusiva.

Como analizaré en apartados posteriores los conceptos de urgencia, inmediatez y carácter vital, han sido y siguen siendo objeto de interpretaciones judiciales diversas e incluso en ocasiones encontradas, lo que unido a la enorme casuística existen-

te al respecto, hace que esta cuestión, y todas aquellas que de una u otra forma se relacionan con esta, puedan considerarse afectas a una especial incertidumbre interpretativa.

De todas formas, la interpretación de las normas que hasta ahora han regulado el reembolso de los gastos derivados del hecho de acudir a la medicina privada, debe partir de un punto incuestionado e incuestionable como es, que el Sistema Nacional de Salud debe atenerse a unos principios mínimos de actuación y funcionamiento, debe respetar los márgenes impuestos por la propia limitación de los recursos con los que cuenta, debe garantizar la eficacia y la igualdad de los servicios, y no debe poner en riesgo la estabilidad financiera del sistema, pues caso de producirse un desequilibrio en este ámbito se posibilitaría, no sólo un reparto inadecuado de los recursos, sino incluso la propia desaparición del sistema.

La asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social tiene unos límites, sin que pueda constituir el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocaciones universal, la aplicación de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad Española, a cuantos lo soliciten, por el hecho de llevar a cabo la solicitud⁶.

III.- REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL REINTEGRO

1.- Asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital

Como he tenido ocasión de referir en el apartado anterior, la actual regulación del reintegro de gastos médicos establece, al menos formalmente, que los únicos casos de los cuales puede derivarse el reembolso de gastos son los correspondientes a los supuestos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. Efectivamente, el artículo 4.3 del RD 1030/2006, al igual que el artículo 5.3 del RD 63/1995, de 20 de enero, al que aquel reemplazó, y el artículo 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, restringe el derecho de los beneficiarios al resarcimiento de los gastos médicos satisfe-

⁶ STS 20 octubre 2003 (RJ 2004/502) y 20 marzo 2004.

chos en el ámbito de la medicina privada, a las situaciones de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, no contemplando como situaciones susceptibles de dar lugar al ejercicio de la acción de reintegro, las de denegación injustificada de asistencia, que sí eran aludidas en el artículo 18 del Decreto 2766/1967, derogado por el RD 63/1995. Estas figuras, aunque conceptualmente diferenciadas, participan en ocasiones de características comunes que se entremezclan. Los supuestos de urgencia vital y denegación de asistencia no se presentan normalmente en su pureza conceptual, sino que más generalmente lo hacen en circunstancias que ofrecen una compleja mezcla de las características de una y otra figura⁷, lo que dificulta su análisis y la subsunción del caso en la norma.

Pues bien, para que proceda la admisión del reintegro de gastos por considerar la presencia de una situación de urgencia inmediata y carácter vital, se exigen cuatro requisitos⁸. Los dos primeros positivos, los dos restantes, negativos. Son los siguientes:

1º) El carácter vital de la asistencia. Expresión que no se reduce únicamente a situaciones de vida o muerte o que comporten un peligro de riesgo para la vida del enfermo. Al contrario, comprende también la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona o la concurrencia de un peligro que dificulte la curación definitiva del enfermo.

A este respecto, y en relación al concepto de «urgencia vital», la Sala Cuarta del TS⁹ ya ha señalado que siendo dos las acepciones que el término «vital» tiene en el DRAE «perteneciente o relativo a la vida»; y «de suma importancia o trascendencia», el problema interpretativo que presenta la norma de aplicación consiste en precisar si la urgencia vital se refiere únicamente al peligro de muerte inminente o si debe también incluir la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona, conclusión esta última que, conforme a la doctrina del Alto Tribunal es la que se impone, pues si el autor de la norma reglamentaria hubiera querido restringir los supuestos a los propios de la primera

acepción, así lo hubiera indicado -por ejemplo, con la expresión «peligro inminente de muerte»-, de manera que la utilización de una fórmula más amplia ha de interpretarse acorde a la segunda de las acepciones -«suma importancia o trascendencia»-, indudablemente comprensiva de los riesgos relativos a la funcionalidad de órganos importantes, máxime teniendo en cuenta que el mandato constitucional sobre el derecho de protección a la salud, artículo 43.1 CE, no permite una interpretación mezquina del precepto que nos ocupa¹⁰.

Por lo tanto, el riesgo característico de la urgencia indicada, aun debiendo ser objetivo y contrastado¹¹, no tiene por qué referirse de modo estricto o exclusivo al bien extremo de la vida, amenazando con su extinción, maximalismo inadmisibles por contrario no sólo al propio alcance del concepto, sino además a las realidades precisamente vitales del concreto marco existencial en que el juicio se vierte, del que no puede éste prescindir, sin caer en el abstraccionismo prohibido por el artículo 3.1 del Código civil, de cuyo mandato se sigue la necesidad de considerar aquí, junto con el riesgo de muerte, todos aquellos en que se comprometen valores vitales del individuo¹².

Así pues, si bien no toda urgencia es de carácter vital, sino únicamente aquella que es más intensa y extremada y que se caracteriza porque en ella está en peligro la vida del afectado, también en términos menos graves, se aprecia la urgencia vital ante la concurrencia de un peligro que dificulte la curación definitiva del enfermo o que provoque la pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir, aunque la lesión se halle en una zona periférica del cuerpo. La integridad moral queda así incluida en el término «vital», siendo precisa, por tanto, una situación patológica que presuntamente ponga en peligro la integridad fisiológica del enfermo¹³.

2º) El carácter urgente e inmediato de la asistencia. Circunstancia que significa que la demora en el tratamiento supone o lleva consigo una intensificación en el riesgo padecido por el enfermo. Como he expuesto anteriormente, no toda urgencia

⁷ STS 4 julio 2007 (RJ 2008/694), y 16 noviembre 2009 (ROJ 8229/2009).

⁸ SSTs 20 octubre 2003 (RJ 2004/502) y 19 diciembre 2003 (RJ 2004/2579).

⁹ STS 4 julio 2007 (RJ 2008/694).

¹⁰ STS 20 octubre 2003 (rcud. 3042/2002).

¹¹ SSTs 22 octubre 1987; 16 febrero 1988; 14 diciembre 1988; 1 julio 1991; o 31 mayo 1995.

¹² STSJ Asturias 16 noviembre 2001 (JUR 2002/1197).

¹³ SSTSJ La Rioja 11 enero 2006 (AS 2006/564) y de 7 julio 2007 (AS 2007/3332).

es de carácter vital, sino sólo aquella que reviste una mayor intensidad y por eso, la asistencia sanitaria requerida debe ser inaplazable, apremiante e imprescindible. Ahora bien, la asistencia urgente no se define por la mera urgencia de la atención, sino por el hecho de que esta urgencia lleve consigo la imposibilidad de acceso del beneficiario a los servicios de la Seguridad Social¹⁴. Este requisito, incluye, por consiguiente, la aparición súbita de un cuadro clínico que requiere una inmediata atención, imposibilitando acudir al servicio médico asignado¹⁵. Es más, el Tribunal Supremo estima que la urgencia implica la exigencia de tratamiento inmediato ante la aparición imprevisible de la enfermedad o la producción del accidente que elimina o excluye cualquier posibilidad de trámites formales y burocráticos previos¹⁶.

El riesgo debe ser inesperado, imprevisible, como un accidente o la aparición súbita de un cuadro clínico que requiera de una inmediata atención¹⁷, debiendo existir perentoriedad o premura en la actuación de suerte que se perjudica la supervivencia del enfermo o se le puede infligir un daño irreparable o de difícil subsanación a su integridad física si ha de estarse a la necesaria demora o a la superación de los naturales inconvenientes que supone el acudir a los servicios médicos asignados por la Seguridad Social. Perentoriedad es, en consecuencia, la exigencia de tratamiento inmediato ante la aparición imprevisible de la enfermedad o la producción del accidente y que elimina o excluye cualquier posibilidad de trámites formales y burocráticos previos, de modo que resulte ineludible acudir al centro más cercano de los adecuados¹⁸.

3º) La imposibilidad de utilizar oportunamente los servicios públicos de salud. Este requisito, claramente relacionado con el anterior, implica que o bien no es posible recurrir a los citados servicios o bien resulta extremadamente dificultoso o desaconsejable médicamente. En concreto, comprende

supuestos en los que la necesidad de asistencia es tan apremiante que no admite retardo alguno, de modo que se carece de tiempo para acudir al servicio de salud público por circunstancias tales como su lejanía, la tardanza en la prestación del servicio o el hecho de que tal servicio no esté en condiciones de prestarla. El requisito exige, además de la situación patológica que presuntamente ponga en peligro la integridad fisiológica del enfermo y que exija acción terapéutica inmediata, que no sea posible, extremadamente dificultoso o desaconsejable médicamente el acudir a los servicios sanitarios propios de la Seguridad Social¹⁹.

4º) La utilización de los servicios no puede resultar desviada o abusiva, esto es, debe acreditarse que el paciente no acudió a los servicios ajenos a la sanidad pública de forma caprichosa e irrazonable.

La doctrina hasta ahora referida, emanada de la Sala Cuarta del TS, es asumida de manera general, y no puede ser de otro modo, por las diferentes Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, definiendo la urgencia vital como la existencia de un riesgo inminente de vida o la pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir. De tal doctrina se desprende que la expresión urgencia vital no debe limitarse a aquellos casos en que se halle en peligro la propia vida, sino también cuando esa premura influya en algún daño irreparable a la integridad física y siempre que exista la imposibilidad de resolverlo con la misma urgencia por los servicios médicos que a tal fin tiene establecidos la Entidad Gestora. La expresión «urgencia vital» implica por tanto perentoriedad y supone que la medida terapéutica es inaplazable, hasta el punto de que, cualquier demora determina grave peligro para la integridad del paciente con imposibilidad de utilizar los servicios de la medicina oficial²⁰.

2.- Denegación injustificada de asistencia sanitaria

Como he tenido ocasión de apuntar previamente, la actual regulación de los supuestos en los que

¹⁴ STS 25 octubre 1999 (RJ 1999/509).

¹⁵ SSTs 25 octubre 1999 (RJ 1999/7835); 25 septiembre 1986 (RJ 1986/5176); 31 octubre 1988 (RJ 1988/9103); 13 octubre 1994; 30 noviembre 1994; 8 febrero 1995 (RJ 1995/788); 21 diciembre 1995 (RJ 1996/3183); 8 marzo 1996 (RJ 1996/1979); 7 julio 1996 (RJ 1996/7496).

¹⁶ STS 16 enero 1980 (RJ 1980/14).

¹⁷ SSTs 11 marzo 1986 (RJ 1986/1301); 15 enero 1987 (RJ 1987/286); 9 junio 1988 (RJ 1988/5266); 25 octubre 1999 (RJ 1999/7835).

¹⁸ SSTs 15 enero 1987 y 1 julio 1991.

¹⁹ STS 4 junio 1986 (RJ 1986/3466).

²⁰ TSJ Castilla La Mancha 18 septiembre de 2009 (AS 2009/2471); TSJ Canarias 29 enero 2009 (AS 2009/1677); TSJ Asturias 27 marzo 2009 (AS 2009/1603); TSJ Madrid 19 enero 2009 (AS 2009/930), entre otras muchas.

cabe acceder al reintegro de gastos médicos, limita esta posibilidad a los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. El artículo 4.3 del RD 1030/2006, como ocurriera con el artículo 5.3 del RD 63/1995 contempla, al menos formalmente, como único supuesto de acceso al reembolso de gastos por acudir a la medicina privada, el de encontrarse el beneficiario en situación de urgencia vital. La actual regulación mantiene en este ámbito una previsión muy semejante a la contenida en la ordenación normativa inmediatamente anterior, en donde los supuestos de denegación injustificada de asistencia, contemplados como supuestos que daban lugar al reintegro en el artículo 18.3 del Decreto 2766/1967, han dejado de conformar una causa independiente de reintegro de gastos.

Ante la desaparición formal de la denegación de asistencia, como causa válida para solicitar y conseguir el reintegro, cabe preguntarse si, pese a ello, persiste esta posibilidad o si, por el contrario, la actual regulación impide la alegación de esta razón como motivo para el reembolso de gastos. A favor de la tesis que considera que la norma en vigor restringe los supuestos de reintegro a los casos expresamente establecidos, puede afirmarse que la regulación normativa así lo ha querido y que esa voluntad no sólo quedó plasmada en el RD 63/1995, sino que fue nuevamente reproducida en la regulación contenida en el RD 1030/2006. Si la anterior previsión -artículo 18.3 del Decreto 2766/1967- expresamente recogía los supuestos de denegación injustificada de asistencia como causa para el reintegro y esta causa se ha eliminado en las dos regulaciones posteriores, puede aseverarse que lo pretendido por la norma ha sido una reducción de los supuestos que dan lugar al reintegro, ciñéndolos a los que en ella se plasman. Por el contrario, una interpretación amplia del precepto permite incluir los casos de denegación injustificada de asistencia como causa para solicitar el reintegro superando una interpretación meramente literal del mismo y más acorde con la amplia regulación normativa referida al derecho a una asistencia sanitaria adecuada.

La doctrina judicial mayoritaria ha venido entendiendo que el cambio normativo producido no debe afectar a una asistencia sanitaria que debe seguir prestándose conforme a su extensión y características tradicionales.

El problema interpretativo provocado por la sustitución de la previsión del artículo 18 del De-

creto 2766/1967, por el artículo 5.3 del RD 63/1995 y posteriormente por el artículo 4.3 del RD 1030/2006, en lo atinente a la desaparición de la mención expresa a la denegación indebida de asistencia como causa para el reintegro, fue abordado por la Sala de lo Social del TS, en el sentido de considerar que, si bien es cierto que el cambio ha podido ser interpretado como una restricción de los supuestos de reintegro de gastos, que quedarían limitados a los de urgencia vital, no es menos cierto que tal interpretación no debe considerarse correcta. El Alto Tribunal muestra su oposición tanto a una interpretación meramente literal del Real Decreto 63/1995, como a la exclusión del supuesto de denegación indebida de asistencia (incluyendo el error de diagnóstico) del derecho al reintegro de gastos²¹.

Pues bien, hemos tenido ocasión de recordar en apartados anteriores que los supuestos de urgencia vital y de denegación de asistencia no se presentan normalmente en su pureza conceptual, sino que más generalmente lo hacen en circunstancias que ofrecen una compleja mezcla de las características de una y otra figura. Este hecho permite afirmar la posibilidad de incluir los casos de denegación injustificada de asistencia en el supuesto legal actualmente en vigor de urgencia vital siempre que concurra, junto a la denegación de asistencia, una necesidad de atención urgente, inmediata y de carácter vital.

De este modo, el derecho al reintegro de gastos médicos por acudir a la medicina privada existe en los supuestos de denegación injustificada de asistencia sanitaria, si tal denegación coloca al beneficiario en una situación de urgencia de aquellas a las que me he referido en apartados anteriores. Por ello, para dar lugar al reembolso de gastos deberá acreditarse la denegación de asistencia, que tal denegación pueda calificarse de injustificada, que por tal causa la situación del beneficiario pueda encuadrarse en parámetros de urgencia vital que se recogen en la norma de aplicación, y que la actuación del beneficiario no pueda considerarse desviada o abusiva.

Muy gráficamente algún tribunal ha manifestado que el antiguo supuesto de reintegro por denegación injustificada sigue existiendo, aunque

²¹ STS 8 noviembre 1999 (RJ 1999/9416); TSJ La Rioja 22 julio 2007 (AS 2007/3412).

haya sido "olvidado" por el RD 63/1995²², reconociendo el derecho al reintegro en los casos de demora excesiva de la asistencia por los servicios públicos unida a una situación de urgencia vital.

Así pues, la denegación de asistencia sanitaria continúa siendo una hipótesis que justifica la imputación a la Administración competente de la responsabilidad de reintegrar el gasto ocasionado como consecuencia de la prestación asistencial dada en el ámbito privado ante la necesidad de colmar aquella inasistencia por parte del Sistema Público de Salud y así tiene que ser, ya que el RD 63/1995, de 20 de enero, y la actual regulación contenida en el artículo 4.3 RD 1030/2006, no puede ser entendida ni interpretada al margen del reconocimiento constitucional del derecho a la salud y del deber público de proteger ese bien mediante las prestaciones y servicios necesarios, deber que comprende, también, la facilitación de una asistencia sanitaria efectiva cuando la misma se encuentre objetivamente justificada, así como razonablemente eficiente, entendido ello como prestación sanitaria atemperada a la *lex artis*, acomodada a las posibilidades y recursos de toda índole disponibles y ajustada a la específica realidad clinicopatológica objeto de abordaje²³.

De este modo, ha sido reconocido el derecho al reintegro de gastos cuando estos se han ocasionado por acudir el beneficiario a la medicina privada tras una demora considerable en el tratamiento solicitado o prescrito; por la demora en el tratamiento tras un diagnóstico concreto; por el retraso en la respuesta a una solicitud concreta de asistencia; por haberse producido un diagnóstico incompleto; por la insuficiencia del servicio etc..., unida a la necesidad de urgencia en la asistencia.

3.- Error de diagnóstico

El error de diagnóstico, al igual que la denegación injustificada de asistencia, ha sido considerado por la doctrina de nuestros tribunales un supuesto que posibilita el reintegro de gastos médicos, siempre que ese error se enmarque en una situación de urgencia vital para el beneficiario de la sanidad pública. El punto de partida para el

estudio de estos supuestos se encuentra en la objetivación de un diagnóstico erróneo emitido por los servicios médicos de la sanidad pública, error que se detecta con posterioridad en la sanidad privada y que, en contacto con una situación de urgencia vital, posibilita el reintegro de los gastos ocasionados. Los tribunales de justicia, en una interpretación amplia de la normativa de aplicación incluyen estos supuestos entre los que posibilitan el reembolso de gastos.

A este respecto, el TS se encarga de recordar²⁴, que el reintegro de gastos médicos originados en situación de urgencia y por error de diagnóstico es de creación jurisprudencial, doctrina que se inició en la sentencia de 3 de junio de 1975 (RJ 1975\2691), dictada en recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en interés de la ley, y por tanto resuelto con doctrina vinculante, en interpretación del antiguo artículo 73 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Enfermedad del 20 de marzo de 1948, precepto que indicaba que los beneficiarios del seguro «se servirán únicamente de los Médicos del Seguro y se sujetarán al tratamiento que éstos prescriban a partir del primer reconocimiento. De lo contrario, el seguro no se hará responsable con respecto al asegurado...», sentando la doctrina de que esta obligación ... « lo es en tanto la urgencia del caso clínico, unida a la desatención efectiva del enfermo, o solamente esta última, no imponga a los familiares del mismo y previos los asesoramiento facultativos suficientes el deber de hospitalización inmediata y utilización de la asistencia privada, para evitar que se ponga en peligro la vida o la curación definitiva del paciente supuestos de excepción muy calificada, en los que los gastos, que el tratamiento particular de emergencia origine, deben correr a cargo del Seguro...».

La sentencia sigue recordando que en la normativa instaurada por el Texto Articulado Primero de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1966\734 y 997) y las disposiciones que la desarrollaban, es decir, en relación con la asistencia sanitaria, el Decreto de 16 de noviembre de 1967 en la redacción primigenia de su artículo 18, regulaba las hipótesis de reintegro por negativa injustificada de la prestación de asistencia debida y el supuesto de utilización de servicios médicos distintos de los asignados requeridos por una asistencia urgente de

²² STSJ Canarias 17 abril 2008 (AS 2008/1440).

²³ STS Castilla León, Valladolid 25 septiembre 2006 (AS 2006/2370).

²⁴ STS 8 noviembre 1999 (RJ 1999/9416).

carácter vital. En la posterior redacción del precepto realizada por el Decreto 2575/1973, del 14 de septiembre, se reguló clarificándolas las hipótesis de reintegro por denegación injustificada de la asistencia, atribuyendo esta decisión a la entidad gestora, mutua patronal o empresa colaboradora y no a sus servicios médicos, manteniendo los mismos supuestos en que es posible el reintegro, es decir, el referido rechazo injustificado y los supuestos de urgencia vital.

Es evidente, dice la Sala Cuarta, que en la literalidad del precepto no se contemplaba el error del diagnóstico, como no ocurría en la regulación anterior, pero no por ello se le excluyó a efectos de imputación de responsabilidad del reintegro, pues la doctrina de esta Sala mantuvo, durante la vigencia de esos Decretos, la que se desprendía de esa Sentencia inicial dictada en el recurso en interés de la ley, es decir, la obligación de reintegro no sólo en la desatención y la urgencia vital ya regulada de manera expresa sino también cuando por la inasistencia o el error se ponía en peligro la curación definitiva del paciente.

Esta responsabilidad ha de predicarse igualmente en la nueva regulación, y ello no sólo porque subsisten las mismas razones que dieron lugar a esa creación de esa doctrina, sino también porque en la nueva norma se contempla esa asistencia sanitaria, e igualmente la protección de la salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución, y esa protección en este doble aspecto es la que se desprende de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así pues, en la resolución hasta ahora parcialmente transcrita, el TS lleva a cabo una interpretación de la norma que supera la mera contemplación literal de sus términos, postulando el reintegro de gastos médicos en casos de urgencia vital, si se acredita la existencia de denegación indebida de asistencia, supuesto en el cual incluye los casos de error de diagnóstico.

La normativa actualmente en vigor, como ocurría con la contenida en el RD 63/1995, debe interpretarse sistemáticamente en relación al deber de protección de la salud de los ciudadanos que constitucionalmente incumbe a los poderes públicos, y para que el reembolso de los gastos sea procedente no es preciso, por tanto, que esté en riesgo cierto e inminente la propia vida del paciente, pues el con-

cepto de urgencia vital es más amplio, sino que basta con que racionalmente pueda representarse la probabilidad cierta de que un retraso en recibir la asistencia pueda producir daños graves para la salud en forma de secuelas o incluso de la prolongación en el tiempo de sufrimientos intolerables, puesto que tal es el alcance de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 15 de la Constitución, correlato ineludible del artículo 43 de la misma. Por tanto, como estableció la citada sentencia de 8 de noviembre de 1999 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, a la que antes me he referido, ha de entenderse que, junto a los supuestos de necesidad inmediata de asistencia se mantienen, en los términos expresados, los de denegación indebida de asistencia, antes analizados, y error de diagnóstico²⁵.

Los tribunales de justicia han ido aplicando la doctrina sobre el error de diagnóstico hasta ahora expuesta, a las diversas situaciones de hecho que les son planteadas, y si bien es cierto que la resolución de cada controversia exige el estudio individual de cada caso, no es menos cierto que para el reconocimiento del derecho al reintegro de gastos en los casos de error de diagnóstico, se exige que el recurso a la asistencia sanitaria privada haya ido precedido de la atención por los servicios públicos; que se constate que no hubo un abandono voluntario de la sanidad pública; que la atención recibida por los servicios sanitarios públicos haya devenido ineficaz para resolver la dolencia; que se confirme que el diagnóstico emitido por estos servicios es erróneo; y que se acredite también la situación de urgencia en la que se encuentra el beneficiario²⁶.

²⁵ STSJ Cantabria 30 octubre 2003 (AS 2004/824).

²⁶ STSJ Madrid 13 marzo 2003 (AS 2004/2854) reconoce el reintegro al demandante tras acudir en tres ocasiones al servicio de urgencia público, constatar la existencia de un diagnóstico erróneo y comprobar que diagnóstico correcto de osteomielitis exige de una intervención inmediata.

STSJ Madrid 22 diciembre 2003 (AS 2004/993), al reclamante se le diagnostica una gripe y padecía una meningitis linfocitaria.

STSJ Valencia 25 septiembre 2000 (AS 2000/4254), en donde el error se encuentra en diagnosticar una peritonitis cuando se padece un adenocarcinoma seroso de alto grado en un ovario.

STSJ Canarias, Las Palmas 30 julio 2004 (JUR 2004/265133), el demandante fue diagnosticado inicialmente de estreñimiento, después de abdominalgia cuando padecía una apendicitis aguda de la que debió ser intervenido de forma inmediata.

Sin la concurrencia de los requisitos hasta ahora mencionados los tribunales han denegado la posibilidad de acceder a la solicitud de reintegro de gastos médicos por acudir a los servicios médicos de la sanidad privada, y así el referido reembolso se ha rechazado en los casos de diagnóstico idéntico y divergencias en el tratamiento sin concurrencia de urgencia vital²⁷, en los de disparidad de criterios asistenciales²⁸, o en los demora de atención especializada en la que no se aprecia urgencia vital²⁹.

Por otro lado, surge la duda de si una vez obtenido el diagnóstico correcto en los servicios médicos asistenciales privados debe volverse a la sanidad pública a fin de que a través de sus servicios se canalice la atención que deba ser dispensada conforme a tal diagnóstico. La valoración de la decisión debe hacerse atendiendo a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, a la gravedad de la situación, a la urgencia en el tratamiento, a su continuidad en el tiempo, a la contemplación de la posibilidad de cambios de protocolos entre los centros hospitalarios y a la posibilidad de que tratamientos pautados por un profesional no puedan ser inmediatamente asumidos por otros³⁰. Teniendo en cuenta estas circunstancias, un criterio de razonabilidad será determinante para estimar o no la solicitud de reintegro de gastos.

De todos modos, y en relación a los tratamientos posteriores a las intervenciones derivadas de la situación inicial de urgencia, debe dejarse constancia de que no existe urgencia vital cuando se trata, simplemente, de recibir tratamiento rehabilitador y la demora en prestar esa asistencia no consta que ponga en riesgo la vida del afectado, ni su recuperación³¹. La procedencia del reintegro, como sabemos, requiere que exista una necesidad de reci-

bir asistencia sanitaria de forma urgente, inmediata y de carácter vital, lo que no es de apreciar cuando se trata de recibir tratamiento rehabilitador por estar consolidadas ya las secuelas, ya que, en definitiva, la falta de tratamiento rehabilitador no supone necesariamente la urgencia vital³².

4.- Listas de espera

Otra de las cuestiones que habitualmente se plantean ante los tribunales de justicia, es la referente a si el reintegro de gastos es procedente cuando el auxilio a la medicina privada se ha producido como consecuencia de la inclusión del beneficiario en listas de espera de las que se deduce que su atención no se va a producir hasta que transcurra un dilatado periodo de tiempo. En estos casos debe seguirse el mismo criterio que hasta el momento hemos señalado para otros supuestos, es decir, si el enfermo se encuentra en situación de urgencia vital no existe impedimento alguno para que solicite y se le reconozca el reintegro, si el orden de atención atribuido en la lista de espera hace peligrar gravemente la salud del beneficiario³³.

La Sala de lo Social del TS, analizando de forma expresa el supuesto que ahora se contempla, ha manifestado que se presenta de todo razonable asimilar a los supuestos de urgencia vital aquellos otros en los que -mediando la referida urgencia, entendida en los términos amplios que se han precisado-, la imposibilidad de atención por la medicina oficial venga determinada por la existencia de saturación de beneficiarios necesitados de las concretas prestaciones sanitarias -las llamadas «listas de espera»-, obstativa de la prestación de los servicios médicos al interesado en un plazo justificable desde el punto de vista médico, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad. Las afirmaciones efectuadas por el Alto Tribunal, son realizadas con

STSJ La Rioja 17 junio 2010 (rec.137/2010), se reconoce el reintegro tras ser inicialmente diagnosticado de “fiebre de origen desconocido” y sufrir la enfermedad de Hodgkin en estadio IV-B.

²⁷ SSTSJ Navarra 27 marzo 2002 (AS 2002/1524); Cataluña 7 febrero 2002 (AS 2002/1439); Madrid 1 marzo 1995 (AS 1995/1254).

²⁸ STSJ País Vasco 7 noviembre 1994 (AS 1994/4290).

²⁹ STSJ Extremadura 21 mayo 1998 (AS 2387).

³⁰ STSJ La Rioja 17 junio 2010 (rec. 137/2010)

³¹ STS 23 junio 2008; SSTSJ Asturias 18 diciembre 2009 y 22 noviembre 2006; STSJ Castilla La Mancha 16 octubre 2009.

³² STS 23 junio 2008 (Roj. 4529/2008).

³³ SSTSJ Asturias 20 junio 1997 (AS 1997/2054) y 26 abril 1996 (AS 1996/1255); Castilla La Mancha 17 abril 1996 (AS 1996/2078).

STSJ Madrid 24 octubre 2006 (AS 2007/39), en esta sentencia se reconoce el reintegro en la afirmación de que de no haber optado el actor por la solución privada, corría un auténtico riesgo de que la demora en la intervención quirúrgica a practicar por la institución clínica pública, aunque no demasiado dilatada en teoría y para un caso de otras características, le hubiera supuesto en éste el riesgo real de gangrena.

la cautelar precisión de que la existencia de «lista de espera» -con la consiguiente dilación en la asistencia médica debida- en manera alguna justifica por sí misma el derecho del beneficiario a ser reintegrado por la asistencia sanitaria prestada en centro ajeno a la Seguridad Social, sino que es preciso que concurra igualmente la referida urgencia vital³⁴.

Siendo lo más razonable condicionar en estos casos el reintegro de gastos a la constatación de una situación de urgencia vital, no ha sido esta la línea seguida por todos los tribunales de justicia ya que en ocasiones no ha sido requerida la urgencia para acceder al reintegro³⁵.

5.- Técnicas avanzadas

El reintegro de gastos por acudir a la medicina privada sólo cabe respecto de aquel conjunto de prestaciones propias del Servicio Nacional de Salud. Pues bien, conforme establece el artículo 2.1 del RD 1030/2006, la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias y por tanto, sólo las prestaciones catalogadas podrán ser facilitadas por los servicios públicos y sólo ese tipo de asistencia será susceptible, si concurren el resto de presupuestos, de ser objeto de una posible solicitud de reintegro.

Las prestaciones médicas, como ocurre con las farmacéuticas se rigen por el principio de cobertura íntegra, con las limitaciones o exclusiones establecidas en la ley. Sin embargo, esa cobertura íntegra no es plena³⁶, ya que si bien el sistema se proyecta hacia una asistencia sanitaria que no desmerezca de la mejor que pueda obtenerse dentro de nuestras fronteras, incluida la sanidad privada, quedan excluidas de dispensación aquellas técnicas que sólo son accesibles y disponibles en países más avanzados que poseen un nivel científico y un desarrollo técnico superior, pero no aque-

llas otras técnicas que están disponibles en nuestro país aunque se dispensen en clínicas privadas, siempre que se trate de técnicas cuya utilización haya sido aprobada por la Administración Sanitaria.

La sanidad pública viene obligada a prestar aquella asistencia sanitaria respecto de la cual exista suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínicas, o esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de esperanza de vida, autoválimiento y eliminación del dolor y el sufrimiento. Y, por el contrario, dicha obligación no puede ser apreciada cuando se trate de prestaciones en las que no concurren las indicadas circunstancias o, cuando se trate de servicios de un especial facultativo (o centro sanitario) sólo accesibles a algunos y no a todo el colectivo al que extiende su protección el sistema sanitario público³⁷.

De esta manera, la asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social tiene unos límites, y el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocaciones universal, no puede estar constituido por la aplicación de medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad Española, a cuantos lo soliciten³⁸. Por lo expuesto, parece lógico que el reintegro de gastos sólo cubra aquella asistencia contemplada en la cartera de servicios y ello aunque la situación del beneficiario pueda llegar a ser calificada como de urgencia vital³⁹.

³⁷ STS 31 octubre 1988 (RJ 1988\9103).

³⁸ SSTs 31 octubre 1988, 13 octubre 1994 (RJ 1994\8050), 20 diciembre 2001 (RJ 2002\3751) y 25 marzo 2004 (RJ 2004\2048).

³⁹ STSJ La Rioja 7 marzo 2007 (AS 2007\73332). En esta resolución, la Sala entiende, que el tratamiento recibido por el finado esposo de la actora y del cual se deriva la solicitud de reintegro de gastos, al tratarse, de un tratamiento que, en el ámbito de la sanidad pública se encuentra en fase experimental, no puede dar lugar a que el Servicio Riojano de Salud proceda al reintegro de los gastos del mismo, y ello por derivar de un tratamiento no incluido en el catálogo de prestaciones financiadas por la Seguridad Social y respecto del cual el paciente ha sido suficientemente informado.

STSJ País Vasco 21 marzo 2006 (AS 2006\1678). En el presente caso la cuestión estriba en determinar si procede el reintegro de los gastos causados por la utilización de servicios sanitarios privados en un supuesto de enfermedad muy grave, con muy pocas expectativas de vida en breve plazo, para la que «Osakidetza» disponía de un tratamiento paliativo, en tan-

³⁴ STS 4 abril 2007 (RJ 2008\694).

³⁵ STSJ Murcia 17 abril 2007 (AS 2000\1038).

³⁶ SSTs 31 octubre 1988 (RJ 1988\9103), 14 abril 1993 (RJ 1993\3338), 13 octubre 1994 (RJ 1994\8050), 30 noviembre 1994 (RJ 1994\9724), 8 febrero 1995 (RJ 1995\788), 21 diciembre 1995 (RJ 1996\3183), 8 marzo 1996 (RJ 1996\1979), 26 abril 1996 (RJ 1996\3616), y 20 diciembre 2001 (RJ 2002\3751).

El sistema público de protección social no está, por tanto, obligado a ofrecer a sus afiliados cualquier técnica a la que recurra la ciencia médica para tratar las diversas dolencias que padecen, sino únicamente aquéllas que sean adecuadas para conseguir el fin que pretende la intervención médica,

to que en algunos centros sanitarios privados estaban practicando una técnica curativa, cuya eficiencia no se halla totalmente contrastada.

A este respecto también es interesante analizar los razonamientos dados por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 17 de julio de 2007, dictada en Sala General, en donde se resuelve el supuesto de un paciente afectado de cáncer de pulmón con metástasis cerebral que requería de un tratamiento que no podía dispensarse por la sanidad pública. Según la sentencia, “no podemos estimar que estamos ante un caso de urgencia vital porque no estamos ante un caso en el que existiera la necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, cual evidencia el tiempo transcurrido entre el abandono del hospital público, la personación en una clínica privada (dos días) y la intervención en esta (ocho días). Además la doctrina de esta Sala sentada por las sentencias de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996/7496) (Rec. 109/96), 25 de octubre de 1999 (RJ 1999/7835) (Rec. 760/99) y las que en ellas se citan, viene entendiendo que la necesidad de asistencia urgente, a estos efectos, se define no por la mera urgencia de la atención, sino por el hecho de que esa urgencia determine la imposibilidad de acceso del beneficiario a los servicios de la sanidad pública. Por ello, en el presente caso el problema no es decidir sobre la existencia de urgencia vital, sino sobre el carácter debido, o no, de la asistencia solicitada, ya que, como el beneficiario venía recibiendo asistencia de la sanidad pública, donde no se disponía de la técnica que se le aplicó en la sanidad privada, la cuestión es determinar si la sanidad pública venía obligada a prestarle asistencia empleando esa técnica más moderna y avanzada. La respuesta debe ser negativa, pues, no consta que esa nueva técnica hubiese sido aprobada por la Administración Estatal, cual requieren el artículo 109 de la Ley 14/1986 y la Adicional Primera del Real Decreto 63/95, ni, lo que es peor, se ha acreditado la solvencia científica de esa nueva técnica, su seguridad y eficacia, en orden a la prevención, tratamiento o curación de la enfermedad, como era exigible, según se deriva de interpretar en sentido contrario el artículo 2-3 del Real Decreto 63/95. La falta de acreditación de esos datos, así como del relativo a si esa técnica estaba disponible, o no, en los hospitales dependientes de otras Comunidades Autónomas, nos impide estimar que, conforme a los preceptos y jurisprudencia antes citados, estemos ante un caso de asistencia debida. No debemos olvidar que esta Sala en sentencias de 31 de octubre de 1988, 13 de octubre de 1994 (RJ 1994/8050) (Rec. 1141/94), 20 de diciembre de 2001 (RJ 2002/3751) (Rec. 1661/01) y 25 de marzo de 2004 (RJ 2004/2048) (Rec. 1737/03), ha señalado, como se dice en la última sentencia citada, que “la asistencia sanitaria debida por la Seguridad Social tiene unos límites, sin que pueda constituir el contenido de la acción protectora del sistema, caracterizado por una limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocaciones universal, la aplicación de aquellos medios no accesibles ni disponibles en la Sanidad Española, a cuantos lo soliciten”.

excluyendo aquéllos tratamientos que tengan un carácter experimental, que no ofrezcan resultados definitivos, o en los que exista una manifiesta desproporción entre los medios empleados y los resultados obtenidos. La Seguridad Social Pública no está obligada nada más que a ofrecer las atenciones posibles con los medios técnicos de que dispone, sin que sea posible la atención sobre técnicas avanzadas o de coste excesivo⁴⁰.

Así, el reintegro se ha denegado en los casos de tratamientos experimentales; de cirugías para el cambio de sexo; de aplicación de terapias fotodinámicas⁴¹; de cáncer; de desintoxicación toxicológica o etílica; de diagnóstico preimplantacional⁴²; de fecundación artificial⁴³; fecundación “in vitro” con implantación de ovocitos donados⁴⁴; de reproducción asistida⁴⁵ etc..., denegándose también en aquellos supuestos en los que el recurso a los servicios sanitarios privados y la utilización de técnicas no incluidas en la cartera de servicios, responde al deseo del paciente de no contrariar sus creencias religiosas, pues el Estado ni tiene por qué financiar las consecuencias exigidas por las creencias religiosas salvo que afecten al interés general, ni el contenido de la asistencia sanitaria puede ampliarse en función de la invocación de convicciones de esa naturaleza⁴⁶.

⁴⁰ STSJ Andalucía Sevilla 8 mayo 2008 (AS 2009/1263)

⁴¹ STSJ Aragón 31 mayo 2006 (AS 2006/2851).

⁴² STSJ Andalucía Sevilla 8 mayo 2008 (AS 2009/1263).

En este caso, La actora y su cónyuge decidieron tener otro hijo al objeto de practicar un trasplante de médula, por lo que en Enero del 2.005 fueron sometidos en el Instituto Valenciano de Infertilidad a técnicas de reproducción asistida. Existiendo probabilidades de que un segundo hijo tuviera la enfermedad, el 24 enero 2005 en el Servicio de Hematología del Hospital “Reina Sofía” le recomendaron la realización de un diagnóstico preimplantacional en el embrión, mediante una técnica denominada “diagnóstico genético preimplantatorio”. Dicha técnica se realiza en un Centro Médico de Bruselas donde acudieron la actora y su cónyuge en Junio del 2.005, aunque por problemas técnico médicos y debido a la larga lista de espera, no se les realizó el diagnóstico, decidiendo trasladarse a Chicago en Febrero del 2.006 donde sí se realizó el diagnóstico, produciéndose más tarde una fecundación que ha resultado infructuosa.”

⁴³ STSJ País Vasco 10 abril 2001 (AS 2001/2097). Se deniega el reintegro por no existir urgencia vital y por ser precisa la utilización de tecnologías punta.

⁴⁴ STSJ Castilla La Mancha 1 junio 2006 (AS 2006/3022)

⁴⁵ STSJ Andalucía Granada 26 febrero 2001 (AS 2001/2403).

⁴⁶ STS 25 junio 2009 (ROJ 4926/2009); STSJ Madrid 9 junio 2008 (AS 2008/1759). Como se expresa esta sentencia, la asistencia sanitaria exigible a nuestro Sistema Público de

De todos modos, no siempre los tribunales de justicia han reaccionado de un modo uniforme ante la solicitud de reintegro de gastos por recibir una asistencia no incluida en la cartera de servicios públicos, admitiendo en determinadas ocasiones ese reembolso cuando el acceso a los servicios de la medicina privada ha sido precedido de una prescripción expresa en ese sentido por parte de los propios facultativos de la sanidad pública, o cuando los servicios descritos en la cartera no se encuentran adecuadamente delimitados.

IV.- COMPETENCIA PARA CONOCER DE ESTOS ASUNTOS

El artículo 2.e) Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa, según el cual este orden jurisdiccional tiene atribuido el conocimiento de los litigios sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, “no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”, introdujo una importante novedad en la delimitación competencial entre el orden Social y el orden contencioso-administrativo en la materia de reintegro de gastos por asistencia sanitaria fuera del Sistema Nacional de Salud.

Los litigios suscitados en el supuesto de necesidad médica urgente de carácter vital, cualquiera que sea su causa, siguen estando atribuidos a la jurisdicción social, en virtud del artículo 2.b) de la

Ley de Procedimiento Laboral, en cuanto constituyen un supuesto excepcional de extensión o expansión del derecho a la asistencia o protección sanitaria de los asegurados, sobre cuyo alcance debe decidir el orden social de la jurisdicción, correspondiendo, en cambio, al orden contencioso-administrativo, en virtud del artículo 2.e. de la LJCA, antes mencionado, el conocimiento de los litigios de reintegro o reembolso de gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario⁴⁷.

De este modo, el reintegro de los gastos ocasionados por una errónea asistencia, error de diagnóstico o una injustificada demora en la asistencia sanitaria, sin otras implicaciones, no es una acción comprendida en el desarrollo del ámbito protector del sistema de la Seguridad Social, sino un supuesto de responsabilidad de la Administración por mal funcionamiento de sus servicios, y la demanda exigiendo tal responsabilidad habría de dilucidarse, en su caso, ante el orden contencioso-administrativo⁴⁸.

Así pues, sólo debe acudirse a los órganos jurisdiccionales del orden social, si el que reclama el reembolso basa su solicitud en la existencia de urgencia vital al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.3 del RD 1030/2006, debiéndose acudir a la jurisdicción contenciosa si como causa de la reclamación no se invoca tal urgencia y sí de forma exclusiva, la existencia de un error en el diagnósti-

Salud es aquella que atiende a la satisfacción de su finalidad de protección de la salud a partir de criterios y procedimientos de actuación basados en la “lex artis” que cada caso demanda, habida cuenta el conocimiento científico y el desarrollo tecnológico posible y/o exigible. Esa es la prestación asistencial médica que tiene cabida en el modelo constitucional del Estado aconfesional (artículo 16.3 de la Constitución [RCL 1978\2836]). Y esa es la prestación asistencial que el Hospital Puerta de Hierro brindó a la actora, de la que decidió apartarse voluntariamente por su credo religioso. Ha quedado acreditado que la resección quirúrgica colonorrectal constituye una intervención de la que deriva una elevada probabilidad de aparición de cuadros hemorrágicos y que la eventual práctica de transfusiones sanguíneas para el abordaje de esos cuadros constituye un procedimiento o protocolo de actuación acomodado a la “lex artis”; por consiguiente, en tales circunstancias, ni la actora puede exigir que se habilitara un centro del Sistema Nacional de Salud que aceptase realizar la intervención en las condiciones exigidas por la actora, ni puede pretender que dicho sistema asuma el coste de la intervención médica llevada a cabo en un centro privado.

⁴⁷ STSJ Extremadura 12 febrero 2009 (JUR 2009/178561); STS 25 noviembre 2003.

⁴⁸ STSJ La Rioja 17 junio 2010 (ROJ 517/2010); STSJ 18 noviembre 2009 (AS 2010/424). STSJ Extremadura 16 mayo 2008 (AS/2279). Se dice en esta sentencia que, en efecto, no podemos estimar que estamos ante un caso de urgencia vital porque no nos encontramos ante un caso en el que existiera la necesidad de recibir asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, cual evidencia el tiempo transcurrido entre el abandono del hospital público, la personación en una clínica privada (dos días) y la intervención en esta (ocho días). Además la doctrina de esta Sala, sentada por las sentencias de 7 de octubre de 1996 (Rec. 109/96 [RJ 1996\7496]), 25 de octubre de 1999 (Rec. 760/99 [RJ 1999\7835]) y las que en ellas se citan, viene entendiendo que la necesidad de asistencia urgente, a estos efectos, se define no por la mera urgencia de la atención, sino por el hecho de que esa urgencia determine la imposibilidad de acceso del beneficiario a los servicios de la sanidad pública.

co, de un retraso en la atención, de la existencia de listas de espera dilatadas en el tiempo etc...⁴⁹

El problema nuevamente surge cuando el error en el diagnóstico o la denegación injustificada de asistencia no se presentan en la realidad como una circunstancia aislada, sino como causa de una situación vital encuadrable en los casos de urgencia que posibilitan el reembolso de gastos. En estos casos, considero que el anómalo funcionamiento del sistema sanitario permitiría deducir la acción de reintegro ante los tribunales del orden social al ser la urgencia vital la causa última y eficaz de la solicitud⁵⁰.

⁴⁹ STSJ Andalucía Granada 29 octubre 2008 (AS 2009/184). En esta sentencia, el tribunal afirma que, como quiera que en el presente caso no nos encontramos ante un caso de los que atraen esta Jurisdicción Social, "urgencia vital", caracterizada, como es sabido, por cuatro Requisitos, dos positivos, urgencia inmediata y de carácter vital, y otros dos negativos, imposibilidad de utilizar los servicios de la sanidad pública y que no sea una utilización abusiva de la excepción, acudir a la Medicina privada, se está en el caso de la incompetencia Social en el supuesto enjuiciado, lo que está en armonía con lo ya resuelto en la S.T. Supremo dicha, y las de esta Sala de Granada dictadas en los Recursos 1929/06 (JUR 2007\180922) y 1990/06 (JUR 2007\180512), 3259/06 (JUR 2008\26836) y 56/08 (JUR 2009\19126), por lo que y oído el Ministerio Fiscal, procede, dejando imprejuizado el fondo del proceso, declarar la incompetencia de esta jurisdicción social para conocer del proceso al que este Recurso se refiere.

STSJ Madrid 12 febrero 2010 (JUR 2010/124206); STSJ Extremadura 22 julio 2010 (ROJ 1469/2010)

⁵⁰ STSJ La Rioja 17 junio 2010 (ROJ 517/2010).

SALUD ALIMENTARIA Y NUTRICIÓN: ETIQUETADO DE ALIMENTOS Y SU RELACIÓN CON LA SALUD. LA VISIÓN DE LA UE

Enrique Bel Urgel

*Subdirector General Adjunto, Secretaría General Agencia
de seguridad Alimentaria y Nutrición.*

Agradezco a la organización de este Congreso el que haya contado conmigo para compartir con ustedes alguna de las interesantes mesas que comprenden el Programa Científico del mismo.

El agradecimiento es doble, pues la materia sobre la que solicitaron que hablara puede considerarse una de las cuatro o cinco más importantes que en este momento ocupan el quehacer de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, en la cual desarrollo mi trabajo como responsable del Área Jurídica.

La razón de que este tema haya alcanzado el protagonismo de que dispone en este momento es la superación en Europa del doble concepto de la llamada seguridad alimentaria; de una parte, por que el suministro de alimentos está garantizado para el conjunto de la Unión y, de otra, por que este alimento suficiente es suministrado en condiciones de sanidad e higiene contrastables.

Así pues, desde hace una veintena de años, los operadores económicos de la Unión Europea empezaron a pensar en dar satisfacción a unos consumido-

res que buscaban algo mas que nutrirse a la hora de alimentarse. Buscaban en definitiva, potenciar su salud a través del consumo de alimentos, y así, la industria empieza a promocionar sus alimentos a través de etiquetas que exploran las bondades de sus productos y que, de no regularse las formas y contenidos de estas promociones para el conjunto de operadores europeos, podría dar lugar a problemas de competencia desleal y, sobre todo, restricciones técnico-sanitarias a la libre circulación de mercancías.

Antes de abordar la normativa reguladora del etiquetado de alimentos (tanto general como específico) a nivel comunitario, se hace preciso tener en cuenta un matiz importante en cuanto se refiere a la razón de ser de esta normativa.

BASES NORMATIVAS EN EL TRATADO DE LA UE

SALUD PÚBLICA (Art. 168 Tratado de funcionamiento de la UE. Antiguo art. 152)

1. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

5. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrán adoptar también medidas de fomento,... *con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.*

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS (Art. 114 Tratado. Antiguo 95)

1. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, *adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.*

Como puede constatar, la salud pública debe tenerse en consideración a la hora de ejecutar y definir todas las políticas y acciones de la Unión garantizándose un alto nivel de protección de la salud humana, pero sin posibilidades de normar.

Por el contrario, cuando se trata de facilitar la libre circulación de mercancías (una de las políticas esenciales de la UE), la Unión sí puede adoptar medidas normativas. Las que se adoptan en el ámbito de la salud, persiguen establecer, precisamente, unos mínimos comunes a todos los Estados miembros que impidan las restricciones por razones de orden sanitario.

Por tanto, la normativa a analizar se debe entender desde esta perspectiva y, en principio, como de mínimos, si bien en este momento se está intentando como luego veremos, establecer normas únicas comunes para todos los Estados miembros.

La legislación existente es de origen comunitario y se da un doble concurso

- CONCURSO DE DOS DISPOSICIONES HORIZONTALES (R.D. 1334/1999 Y R.D. 1907/1996)

- TRES DISPOSICIONES ESPECÍFICAS (R.D. 930/1992, ACUERDO MISACO-FIAB DE 1998 Y RGLTO. 1924/2006)

EL REAL DECRETO 930/1992, DE 17 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA LA NORMA DE ETIQUETADO SOBRE PROPIEDADES NUTRITIVAS DE LOS PRODUCTOS ALIMENTICIOS (Dva. 90/496/CEE), ha sido modificado en varias ocasiones, la última modificación a través del Real Decreto 1669/2009 que define “fibra alimentaria” y establece vitaminas y minerales que pueden ser declarados y sus Cantidades Diarias Recomendadas.

Es de utilización cuando se quiera afirmar que el producto posee propiedades nutritivas. Por tanto no obliga salvo que se deseen hacer afirmaciones de este tipo.

No resulta de aplicación a;

-Aguas minerales naturales, ni las demás aguas destinadas al consumo humano, ni a

- Integrantes de la dieta/complementos alimenticios, ni a

- Especialidades de los preparados alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales

Las declaraciones admitidas, cuando se realizan, deben estar presentadas en una misma cara y además circunscritas a las siguientes declaraciones:

Declaraciones de propiedades nutritivas relativas a;

* Valor energético (en proporción reducida o aumentada)

* Nutrientes (en proporción reducida o aumentada)

* Vitaminas o sales minerales

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el artículo 5 del Reglamento 1924/2006, al que luego nos referiremos, salvaguarda expresamente la vigencia de este Real Decreto, aplicándose, por extensión, a las declaraciones saludables. Es por tanto, compatible con las declaraciones nutricionales del Reglamento. Es mas, la presentación de la información deberá respetar las modalidades de información y la estructura de la información en el etiquetado, tal cual prevé esta norma.

Tal como hemos adelantado, existen las siguientes disposiciones horizontales:

-Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la **norma general de etiquetado, presentación y publicidad** de los productos alimenticios, y

- Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria (**productos milagro**)

El **Real Decreto 1334/1999**, que regula el etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, establece en su artículo 4.1.d), que no se podrán atribuir a los productos alimenticios propiedades preventivas, terapéuticas o curativas de una enfermedad humana, ni mencionar dichas propiedades.

Además, esta prohibición se aplica, igualmente, a la **presentación** de los productos alimenticios (forma envases, material utilizado, entorno de exposición, etc...) y a la **publicidad**.

Estas últimas prohibiciones, resaltadas en negrita, comportan un matiz importante en cuanto a la extensión de la prohibición que la norma en preparación sobre información al consumidor en el ámbito comunitario está previendo, pues es probable que en la futura regulación la presentación y la publicidad queden excluidas de estas limitaciones.

El **Real Decreto 1907/1996**, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria (**productos milagro**) establece en su artículo 4, que queda prohibida cualquier clase de publicidad o promoción directa o indirecta, masiva o individualizada de productos, materiales, sustancias, energías o métodos con pretendida finalidad sanitaria en los siguientes casos;

9. “Que atribuyan a determinadas formas, presentaciones o marcas de productos alimenticios de consumo ordinario, concretas y específicas propiedades preventivas o curativas.”

Este Real Decreto, que ha sido utilizado con profusión en los últimos años, se encuentra en estos momentos en aplicación suspensiva en el campo alimentario, pues los sectores industriales y de la publicidad no lo consideran aplicable, salvo que se haga mención a “**pretendida finalidad sanitaria**”, lo cual se obvia no haciendo referencia a enfermedades sino a sus causas, y las administracio-

nes competentes para la persecución y sanción de los incumplimientos no parecen haber reaccionado.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, hasta la total aplicación y entrada en vigor del Reglamento 1924/2006, continúa siendo de aplicación. También comprendemos que en este momento, embarcarse en una cruzada para salvar su vigencia resulta un tanto atemporal, pues si han de pronunciarse los Tribunales, para cuando sus decisiones se hagan firmes, el Real Decreto habrá perdido su vigencia en el campo alimentario. Ello con independencia de que la Ley de Seguridad Alimentaria y Nutrición haya entrado, igualmente, en vigor.

Disposición específica, si bien en sentido estricto no tiene carácter normativo, es el **ACUERDO MISACO-FIAB (20/03/1998)**, que es un **ACUERDO INTERPRETATIVO SOBRE LA PUBLICIDAD DE LAS PROPIEDADES DE LOS ALIMENTOS EN RELACIÓN CON LA SALUD**.

Su importancia radica en que, a falta de normativa nacional específica que abordará las declaraciones saludables en el ámbito alimentario, se hacía necesario disponer de un marco en el que encauzar los intereses de los industriales españoles en la materia.

Este Acuerdo, cuando se firma;

- supone un esfuerzo de comprensión hacia el sector
- define las declaraciones de propiedades saludables
- reitera prohibición declaraciones curativas
- respeta legislación etiquetado nutricional, y
- respeta legislación de aguas envasadas y dietéticos

A los efectos del acuerdo, las declaraciones de propiedades saludables son toda declaración;

- relativa a la función de uno o varios nutrientes o constituyentes de un alimento en el organismo humano
- relativa al efecto de uno o varios productos alimenticios en la salud

- relativa a los hábitos de alimentación saludable

Entre las **obligaciones y prohibiciones del Acuerdo** se encuentran las siguientes:

- Presencia o ausencia del nutriente en niveles o cantidad significativos
- Cumplimiento de la legislación sobre etiquetado nutricional
- Indicación expresa de la importancia de una dieta equilibrada y variada
- El acuerdo admite la utilización de expresiones como facilitar, ayudar o favorecer
- No es aceptable la utilización de palabras categóricas que den por hecho la acción beneficiosa
- El acuerdo contiene una relación de declaraciones prohibidas
- Ausencia de una relación positiva

El acuerdo pivota en torno a una **COMISIÓN DE SEGUIMIENTO**

Su función es la de un **Organismo consultor**, de composición paritaria Administración (Ministerio de Sanidad y Consumo) y la Industria (Federación de Industrias de la Alimentación y Bebidas de España).

Se caracteriza por su **Voluntariedad** (lo que le dota de escasa eficacia práctica, pues se acude a él cuando existe duda sobre el correcto engarce entre la alegación pensada y el contenido del Acuerdo)

Se prevé su **Revisión periódica**. Hoy esta previsión carece de sentido, pues la entrada en vigor del Reglamento 1924/2006, dejará sin contenido al Acuerdo.

REGLAMENTO (CE) N° 608/2004 COM Viene referido al *etiquetado de alimentos e ingredientes alimentarios con fitosteroles, ésteres de fitosterol, fitostanoles o ésteres de fitostanol añadidos*.

Aún cuando no constituye una norma de alcance general, hemos considerado importante incluir en la presentación a este Reglamento, pues constituye el primer supuesto en que la Comisión Europea admitió la existencia de una relación causa-

efecto de tipo saludable entre la alegación realizada y la base científica de soporte de la misma.

Admite que los productos que los contienen reducen el nivel de colesterol sérico. Sin embargo, las limitaciones que se establecen en torno al etiquetado son de tal entidad que se asemejan más al prospecto de un medicamento que al de un alimento.

Así pues, se establecen importantes limitaciones en el etiquetado, que se enumeran a continuación:

- En la relación de ingredientes, su contenido debe expresarse en % o en g por 100 g o 100 ml de alimento
- Indicar que los pacientes en tratamiento deben consultar a su médico
- Aclaración de que el producto se destina exclusivamente a personas que desean reducir su colesterolemia
- El etiquetado debe declarar junto al nombre del producto, favoreciendo su lectura, la presencia de estos ingredientes
- Indicar de manera fácilmente visible y legible que el producto puede no ser nutritivamente apropiado para embarazadas y en periodo de lactancia y menores de cinco años
- Advertencia de que el producto debe consumirse como parte de una dieta equilibrada y variada que incluya el consumo regular de frutas y hortalizas
- Se indicará, en el mismo campo visual que la advertencia médica, que no deberá superarse la ingesta de 3 g día de esteroides o estanoles vegetales añadidos
- Indicación del contenido de estos ingredientes en cada porción

Aunque el Reglamento solo hace referencia a limitaciones para el etiquetado, la patronal de la publicidad, a través del Jurado de Aucontrol, ha extendido estas obligaciones también a la publicidad. Las alegaciones-declaraciones asociadas a productos que contienen estos nutrientes, ya han sido objeto de autorización (probablemente entre las primeras) en el marco del Reglamento 1924/2006, al que seguidamente nos referimos.

La disposición específica de referencia en este momento en el ámbito de las declaraciones con tinte saludable es la constituida por el **REGLAMENTO 1924/2006, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 20 DE DICIEMBRE DE 2006, RELATIVO A LAS DECLARACIONES NUTRICIONALES Y DE PROPIEDADES SALUDABLES**

Aunque fue PUBLICADO EL 30 DE DICIEMBRE DE 2006, en realidad, la versión correcta y que se utiliza es la contenida en la **Corrección de errores publicada el 18 de ENERO de 2007.**

Aunque se trata de un texto normativo que podemos considerar joven, de hecho no ha entrado en vigor en su integridad, el Reglamento ha sido **modificado por los siguientes Reglamentos;**

- Reglamento nº 107/2008 (competencias de ejecución de la Comisión)
- Reglamento nº 109/2008 (periodos transitorios para los supuestos del artículo 14.1)
- Reglamento nº 116/2010 (incremento lista declaraciones nutricionales del anexo)

El artículo 2 realiza las correspondientes definiciones. Son las siguientes;

DECLARACIÓN NUTRICIONAL

Cualquier declaración que afirme, sugiera o dé a entender que un alimento posee propiedades nutricionales benéficas específicas con motivo del aporte energético (valor calórico), nutrientes o sustancias, que proporcionan o contienen o que no proporcionan o no contienen.

DECLARACIÓN DE PROPIEDADES SALUDABLES

Cualquier declaración que afirme, sugiera o dé a entender que existe una relación entre una categoría de alimentos, un alimento o uno de sus constituyentes, y la salud.

DECLARACIÓN DE REDUCCIÓN DEL RIESGO DE ENFERMEDAD

Cualquier declaración de propiedades saludables que afirme, sugiera o dé a entender que el

consumo de una categoría de alimentos, un alimento o uno de sus constituyentes reduce significativamente un factor de riesgo de aparición de una enfermedad humana.

Estas declaraciones, definidas en el artículo 2, se concretan en tipos que aparecen recogidas del siguiente modo:

Declaraciones nutricionales (art. 8)

- las recogidas en el anexo (aplicables a partir del 1 de julio de 2007)

Declaraciones de propiedades saludables (art. 13.1)

- la función de un nutriente u otra sustancia en el crecimiento, el desarrollo y las funciones corporales, o
- las funciones psicológicas y comportamentales, o
- al adelgazamiento, al control de peso, a una disminución de la sensación de hambre, a un aumento de la sensación de saciedad o a la reducción del aporte energético de la dieta

La **condición para** que estas declaraciones puedan **ser incluidas en las listas** comunitarias, son las siguientes:

- Basarse en pruebas científicas generalmente aceptadas
- Ser bien comprendidas por el consumidor medio

Obviamente, el cumplimiento de ambos requisitos resulta ciertamente complicado. Primero deben de superar el análisis científico de la EFSA y después la Comisión debe entender que las alegaciones son ciertamente comprendidas por el consumidor medio, aspecto este que como la práctica demuestra resulta verdaderamente difícil de concretar.

Los otros tipos de declaraciones permitidas, contempladas en el artículo 14 del Reglamento son:

- **Declaraciones de reducción de riesgo de enfermedad**
- **Declaraciones relativas al desarrollo y la salud de los niños**

El etiquetado o publicidad de los productos que realicen este tipo de declaraciones indicarán

que la enfermedad a que se refiere la declaración posee múltiples factores de riesgo y que la alteración de uno de estos factores de riesgo puede tener o no un efecto benéfico. Es decir, se trata de transmitir a los consumidores la idea de que el consumo de los productos que realizan estas alegaciones no curan directa y necesariamente.

Como adelantábamos, la entrada en vigor de la totalidad del Reglamento depende de que los trabajos ligados a determinadas fechas se materialicen. Ello trasladaría al conjunto de Estados miembros unas reglas de juego homogéneas y, por ende, una seguridad jurídica común a Administraciones y empresas.

Estas **FECHAS ESENCIALES** son las siguientes:

- **01/07/2007;** ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO (obviamente, ya producida)
- **31/01/2008;** ELABORACIÓN LISTAS NACIONALES (realizada, aunque no con el celo exigible en todos los casos, en la fecha establecida)
- **19/01/2009;** PERFILES NUTRICIONALES ESPECÍFICOS (es decir, establecer la relación de alimentos y nutrientes que resultan susceptibles de comportar alegaciones o declaraciones nutricionales o de salud)
- **31/01/2010;** LISTA COMUNITARIA DE DECLARACIONES PERMITIDAS (fecha fundamental, pues es aquella en que se suponía que el sistema cerrado de declaraciones utilizables a nivel de la Unión quedaría cerrado)

La no finalización de estos trabajos lleva consigo la prolongación de los periodos transitorios. Estas reglas para el periodo transitorio se encuentran reguladas en el artículo 25 del Reglamento.

El **PERIODO TRANSITORIO**, que finaliza el 31/01/2010, no obstante, conlleva el cumplimiento de algunas condiciones esenciales. Son las siguientes:

- las declaraciones se realizan bajo la responsabilidad de los operadores económicos
- deben cumplirse los requisitos generales establecidos en el reglamento, y
- respetar lo establecido con carácter previo en las legislaciones nacionales

Con estas premisas, las condiciones a cumplir, en función de los distintos tipos de declaraciones, son las que a continuación se enumeran:

• **DECLARACIONES SOBRE CRECIMIENTO, DESARROLLO O FUNCIONES CORPORALES.-** Cumplir el Reglamento y la Normativa nacional de aplicación. En el caso español, básicamente el Acuerdo MISACO-FIAB

• **FUNCIONES PSICOLOGICAS O COMPORTAMENTALES.-** Cumplir el Reglamento, haber hecho una utilización lícita previa de las declaraciones y haber realizado una solicitud anterior al 19 de enero de 2008

• **ADELGAZAMIENTO O CONTROL DE PESO.-** Cumplir el Reglamento, haber hecho una utilización lícita previa de las declaraciones y haber realizado una solicitud anterior al 19 de enero de 2008

• **DECLARACIONES DE REDUCCIÓN DE RIESGO DE ENFERMEDAD.-** Estar incluidas en la lista comunitaria de declaraciones permitidas, y cumplimiento de las condiciones de utilización previstas en las autorizaciones concedidas por la Comisión.

• **DECLARACIONES REFERIDAS A SALUD Y DESARROLLO DE LOS NIÑOS.-** Régimen similar al de las declaraciones de propiedades saludables del art. 13.1.a). esto es las declaraciones sobre crecimiento, desarrollo o funciones corporales.

Para finalizar la exposición sobre este Reglamento esencial para el mundo de las declaraciones con tintes saludables, repasaremos el estado en que se encuentran las fechas esenciales.

ESTADO REAL EN QUE SE ENCUENTRAN LAS FECHAS ESENCIALES

• **01/07/2007;** ENTRADA EN VIGOR DEL REGLAMENTO

• **31/01/2008;** ELABORACIÓN LISTAS NACIONALES (se presentaron por parte de los Estados miembros, o mejor, se trasladaron **44.000 SOLICITUDES**, que han sido **SISTEMATIZADAS** por la EFSA EN **4.600**)

• **19/01/2009;** Se ha **INCUMPLIDO** la elaboración de la lista de los **PERFILES NUTRICIO-**

NALES ESPECÍFICOS. No hay fecha, ni cerrada ni previsible para su elaboración.

- **31/01/2010;** La relación cerrada de DECLARACIONES PERMITIDAS ha sufrido un retraso muy importante (la última **PREVISIÓN** de la Comisión, realizada en una Nota distribuida a 27/09/2010, prevé que ESTÉ FINALIZADA A **FINES DE JUNIO DE 2011, excluidas las que tengan origen botánico**. Además, los tramos de la lista, cuya aprobación y publicación pensaban realizar por tramos inicialmente, al final serán publicados en un solo bloque)

- Resulta **especialmente destacable** que solo el **30%** de las solicitudes realizadas por la industria a la EFSA ha merecido la conformidad de ésta.

EL FUTURO INMEDIATO: PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL P. E. Y DEL CONSEJO SOBRE LA INFORMACIÓN ALIMENTARIA FACILITADA AL CONSUMIDOR (Doc. COM(2008)40 final)

La propuesta de la Comisión arriba relacionada, constituye el futuro inmediato del etiquetado general y nutricional de alimentos a nivel comunitario. Durante la Presidencia Española de la UE existió la ilusión de poder proceder a su aprobación, pero la cantidad de temas pendientes de acuerdo entre Estados miembros y la Comisión determinó que continuara su negociación.

Los **OBJETIVO PRIMORDIALES DEL REGLAMENTO** son los siguientes:

1º) REFORZAR LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES Y OPERADORES MEDIANTE LA REFUNDICIÓN DE LA NORMATIVA DE ETIQUETADO DE ALIMENTOS EN UN SOLO TEXTO NORMATIVO

2º) LOGRAR EN LA COMUNIDAD LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ALIMENTOS PRODUCIDOS Y COMERCIALIZADOS LEGALMENTE

Atendiendo pues a los objetivos de la propuesta, podemos establecer que son **OBJETO DEL PROYECTO**, los siguientes:

- ESTABLECER LOS PRINCIPIOS, REQUISITOS Y RESPONSABILIDADES GENERALES QUE RIGEN LA INFORMACIÓN ALIMENTARIA Y, EN PARTICULAR, EL ETIQUETADO

- SE APLICA A TODAS LAS FASES DE LA CADENA ALIMENTARIA

- SE APLICA A TODOS LOS ALIMENTOS DESTINADOS AL CONSUMIDOR FINAL, INCLUIDOS LOS DESTINADOS A COLECTIVIDADES

- INCLUYE ENTRE LAS MENCIONES OBLIGATORIAS UNA DECLARACIÓN NUTRICIONAL

La propuesta, como no puede ser de otro modo, establece un **principio de lealtad en las informaciones**, de tal modo que, salvo excepciones expresas (aguas y dietéticos), la información alimentaria no atribuirá a ningún alimento las propiedades de prevenir, tratar o curar ninguna enfermedad humana, ni hará referencia a tales propiedades. Es decir, no cabe transmitir al consumidor información que lleve a error, ni presumir que el alimento o sus nutrientes tienen propiedades especiales con respecto a otros de similar categoría.

Una novedad sustancial de la propuesta con respecto de la norma general de etiquetado actual estriba en que **NO SE APLICA A:**

- **LA PUBLICIDAD**

- **LA PRESENTACIÓN DE LOS ALIMENTOS** (en especial, a la forma, a el aspecto que se les de a éstos o a su envase, así como a la forma en que estén dispuestos y el entorno en que estén expuestos)

Esta excepción, constituye, en nuestra opinión, una de las limitaciones mas perniciosas en la defensa de los consumidores. El consumidor llega a los productos a través de la publicidad y la presentación; constituyen el primer reclamo. Si estos aspectos se desregulan, la publicidad y la presentación pueden poner al consumidor en error que difícilmente será despejado por el etiquetado del producto. Es evidente que nos encontramos ante una involución en la defensa de los consumidores que no se van a ver protegidos frente a una publicidad que se presume veraz, pero que puede inducir a confusión sobre la verdadera identidad o naturaleza del producto.

Lógicamente, al disponer de normativa específica propia, están **EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN** de la propuesta los:

- **COMPLEMENTOS ALIMENTICIOS**

- AGUAS MINERALES NATURALES

Como se ha comentado, uno de los objetivos de la propuesta es refundir las disposiciones de aplicación que sirven de soporte a la misma. Por tanto, las

PRINCIPALES DISPOSICIONES REFUNDIDAS, son;

- DIRECTIVA 2000/13/CE (ETIQUETADO, PRESENTACIÓN Y PUBLICIDAD DE LOS ALIMENTOS

- DIRECTIVA 90/496/CEE (ETIQUETADO DE PROPIEDADES NUTRITIVAS DE LOS PRODUCTOS ALIMENTICIOS)

- REGLAMENTO (CE) nº 608/2004 DE LA COMISIÓN (ETIQUETADO DE ALIMENTOS QUE CONTIENEN FITOSTEROLES, FITOSTANOL O SUS ÉSTERES AÑADIDOS)

Para terminar, podemos reflejar algunos de los aspectos que conllevan una mayor discusión en las negociaciones.

LOS ASPECTOS MAS CONFLICTIVOS DEL PROYECTO SON LOS SIGUIENTES:

- RESPONSABILIDAD DE LOS DISTINTOS OPERADORES IMPLICADOS EN LA DISTRIBUCIÓN DE ALIMENTOS

- LA VENTA A DISTANCIA

- LA INDICACIÓN DEL LUGAR DE ORIGEN

- LAS POSIBLES EXENCIONES PARA LAS BEBIDAS ALCOHÓLICAS

- LOS NUTRIENTES A DECLARAR CON CARÁCTER OBLIGATORIO

- EL USO DE FORMAS ADICIONALES DE EXPRESIÓN DE LA DECLARACIÓN NUTRICIONAL EN EL MARCO DE ESQUEMAS NACIONALES VOLUNTARIOS.

CONCLUSIONES

Al finalizar la presentación de la ponencia se produce un intercambio de opiniones entre los distintos congresistas asistentes y el ponente, y se lle-

ga a varias conclusiones de las que cabría resaltar las siguientes:

Primera.- Es importante destacar que estamos en la antesala de una homogenización de las normas que regulan las declaraciones de propiedades nutricionales y saludables a nivel comunitario.

Segunda.- Esta regulación carece de sentido si las autoridades competentes de control no realizan correctamente su función y luchan por erradicar los productos del mercado que no respeten las reglas de juego.

Tercera.- La prolongación del periodo transitorio constituye una pésima noticia, puesto que la cierta relajación existente en el mercado de alimentos que pretenden una función mas allá de la nutritiva, va a verse prolongada en el tiempo. Particularmente grave es la situación de los productos con base en plantas, pues su aprobación y armonización se verá retrasada a finales de 2012 o, incluso, más tarde. Es decir, una prolongación “*sine die*” de la valoración de las declaraciones propuestas de origen botánico.

Cuarta.- Esta situación es particularmente negativa para el mercado español en el que abundan productos no conformes con la legislación nacional, por otra parte constituida por un acuerdo entre caballeros, más que por una verdadera disposición de alcance normativo.

Quinta.- Se va a producir una generalización del plazo de gracia de 6 meses para el conjunto de declaraciones inaceptadas por EFSA, que como se ha expuesto, están siendo rechazadas en una proporción importante (más de dos tercios de las mismas).

Sexta.- es importante que en breve la Unión Europea disponga de una normativa refundida y actualizada en materia de etiquetado general de alimentos, como complemento a la normativa específica de declaraciones nutricionales y saludables.

Séptima.- La eliminación del ámbito de aplicación de la futura norma general de etiquetado, constituye una limitación perniciosa en la defensa de los consumidores, pues el consumidor llega a los productos a través de la publicidad y la presentación; que constituyen el primer reclamo. Si estos aspectos se desregulan, la publicidad y la presentación pueden poner al consumidor en error que difí-

cilmente será despejado por el etiquetado del producto.

Octava.- El colofón a este nuevo marco normativo en el ámbito del etiquetado y la publicidad de los productos alimenticios desde la perspectiva salud, exige una actitud vigilante por parte de las autoridades de control competentes. Sin su decidida actuación en la aplicación de estas normas, tanto desde una perspectiva orientadora como represiva, todo lo avanzado carecerá de sentido.

Mesas de Trabajo

HUELGA DE HAMBRE Y ALIMENTACION FORZOSA.

Juan Manuel Criado Gámez

*Director General de los Servicios Jurídicos
Gobierno de La Rioja*

I.- INTRODUCCIÓN.

Si hay una cuestión de debate recurrente que surge una y otra vez, de manera insistente, con ocasión de protestas reivindicativas difundidas por los medios de comunicación (presos del Grapo, De Juana Chaos, Aminatu Haidar, etc.), es la que plantea como actuar respecto a quien inicia una huelga de hambre, cuando avanzada la protesta y debilitado físicamente el huelguista, se empieza a temer por su vida. La discusión suele discurrir en torno a la siguiente disyuntiva: es lícito alimentar al huelguista, aún contra su voluntad, para impedir que muera, o debe respetarse su decisión de no ingerir alimentos, aceptando todas sus consecuencias, incluida la previsible muerte.

En esas situaciones entran en conflicto dos distintas concepciones de la existencia: de un lado, la de quienes estiman prioritario el derecho de cada persona a decidir que hacer con su vida, y consideran lógica consecuencia que quien quiere sacrificarla en pro de una causa reivindicativa política, social, etc, no debe sufrir la interferencia del Estado, ni de persona alguna; y, de otro, la de quienes valorando que la vida es un bien indisponible incluso para su propio titular (conceptuando la vida, más que como un derecho, como un deber) consideran que es una obligación ciudadana evitar la muerte del huelguista y exigen al Estado que la

impida con todos sus medios, alimentándolo incluso contra su voluntad. Hay quienes objetan lo anterior y niegan que pueda haber conflicto entre vida y libertad al considerar sólo admisible la vida compatible con la libertad. Sin embargo, desde aquella primera posición se estima que esa situación límite si contrapone realmente la prevalencia, bien del derecho a la vida, bien del derecho a la libertad. Prevalencia, además absoluta, porque necesariamente la preeminencia de uno de esos derechos comportará casi siempre el sacrificio del otro: si se protege la libertad será a costa de la vida del huelguista y si se impide la muerte, alimentándolo, será a costa del derecho a autodeterminarse libremente.

Ese dilema sólo se plantea en aquellas huelgas de hambre en las que el protagonista tiene decidido y es capaz de llegar hasta el final, sacrificando la propia existencia en defensa de sus convicciones. Como ocurre en muchos otros aspectos de la vida, la huelga de hambre, como método de protesta reivindicativo, padece una cierta trivialización y no es infrecuente tropezarse con *huelgas* en defensa de causas que, vistas al menos desde fuera, parecen de poca entidad (comparadas con el preciado bien que se pone en juego), protagonizadas por quienes se tiene la convicción de que nunca llegarán al punto de sacrificar la vida. En esos casos, la llamada *huelga de hambre* (siempre de corta duración) no

suele ser más que un medio de llamar la atención, sin más alcance, ni trascendencia. Tampoco se plantea dilema en otras protestas quizá más serias, concebidas desde un principio como huelgas de duración limitada, (lo que también se llama *ayunos*) cuando no se traspasa el límite temporal del deterioro físico que puede abocar a un desenlace fatal ⁽¹⁾. Siendo más firme la protesta, no llega a plantearse realmente una colisión entre la vida y la libertad porque el huelguista, que no tiene intención de acabar con la primera, desiste antes de que se produzca el choque de ambas, consiga o no sus objetivos.

Es sólo, pues, en las huelgas ilimitadas en cuyo horizonte final aparece la muerte, donde puede existir realmente conflicto. Es entonces cuando surge el debate público y proliferan las opiniones más o menos razonadas, tratando de encontrar una solución a una situación límite en la que entran en liza argumentos no sólo jurídicos, sino también morales, religiosos, filosóficos, humanitarios, etc. Y la experiencia nos dice que, normalmente, en el cenit de la polémica, ocurrirá una de dos: o acabará la huelga porque el huelguista verá satisfechas sus pretensiones (lo más habitual) o acabará porque acaecerá el desenlace fatal de la muerte. En cualquier caso, el debate finalizará abruptamente y terminará pareciéndose bastante a la famosa discusión de la fábula de Iriarte. Mientras se polemiza si son galgos o podencos, si debe prevalecer la vida o la libertad, la fuerza de los acontecimientos se impondrá con todo su empuje. Y como decíamos antes, quedará la sensación de que una solución que satisfaga a todos, (si es que la hay), quedará apartada hasta la siguiente protesta donde, con la sensación del *deja vu*, volverá a reproducirse la misma controversia.

No está de más, por eso, que en estos foros especializados se reflexione con sosiego sobre este complicado asunto, en un momento además en el que no acucia la presión de la actualidad.

⁽¹⁾ Sabido es que la muerte por inanición sobreviene entre los 60 y 90 días del comienzo de la misma. La resistencia a la falta de alimento varía con la edad (mayor resistencia en los más jóvenes), del estado corporal previo (resisten más los obesos), del sexo (resisten más las mujeres), y de que a la huelga de hambre se una la huelga de sed y no se tome agua, (sin agua la muerte sobreviene en un plazo no superior a quince días).

II.- HUELGA DE HAMBRE Y SUICIDIO.

La huelga de hambre es la abstinencia total de alimentos que se impone a si misma una persona mostrando de ese modo su decisión de morir si no consigue lo que pretende. El huelguista decide abstenerse de ingerir alimentos (o restringir su ingesta hasta un punto incompatible con la vida) con un objetivo de presión o reivindicación política, social, laboral, etc. La huelga de hambre es siempre una medida voluntaria, transitoria y, hasta cierto momento, reversible en defensa y consecución de un objetivo. Llevada a sus últimas consecuencias produce la muerte por autofagia pues la nutrición se produce a expensas de los propios tejidos, lo que aboca a un estado de desgaste y deterioro físico de la persona incompatible con la vida.

El suicidio es un ataque intencionado contra la propia vida del que lo comete. La decisión de poner fin a la propia existencia puede tener múltiples causas o motivaciones desde la depresión u otros desordenes mentales hasta las creencias religiosas, espirituales o filosóficas; la defensa del honor (*seppuku* o *harakiri*), el desengaño amoroso, o la reivindicación y la protesta. Los métodos de suicidio, o lo que es igual, los procedimientos a través de los que una persona se mata a si misma, son también innumerables, casi tantos como la mente puede imaginar, (ahogamiento, sangría, envenenamiento, electrocución, precipitación, apocartéresis o suicidio por hambre, etc.). Las motivaciones y los métodos son múltiples pero unas y otros confluyen al mismo resultado: el fin voluntario de la propia vida.

Aunque al huelguista no se le suele llamar suicida, (frustrado o consumado), hay quien entiende que la huelga de hambre no deja de ser una particular forma de suicidio que algunos encajan dentro del denominado *suicidio heroico* o *suicidio altruista*, donde encuentran cabida otras formas más expeditivas de sacrificio propio como puede ser el quemarse a lo *bonzo* en protesta o solidaridad con alguna causa, o ciertos suicidios militares como el de los *kamikazes* japoneses con sus ataques suicidas contra el enemigo. Parece, no obstante, que el fin *altruista* no siempre será la nota característica de toda huelga de hambre pues no es infrecuente que el huelguista persiga un beneficio propio más que uno ajeno, aunque a veces lo disfrace con proclamas altruistas, (caso, por ejemplo, de la huelga protagonizada por De Juana Chaos en 2006/2007,

en protesta por lo que consideraba una “*cadena perpetua*” y realmente dirigida a obtener su propia libertad personal). Por otro lado, a diferencia de estos otros suicidios heroicos, la huelga de hambre incorpora un método más lento de acabar con la vida y además reversible hasta un cierto punto, al menos hasta el momento en que el deterioro físico del huelguista deja de ser compatible con aquella ⁽²⁾. Asimismo, la implicación del aspecto reivindicativo o de protesta (nota característica de toda huelga) distingue la huelga de hambre del simple suicidio por hambre que se presenta despojado de ese tipo de motivaciones.

Algunos autores como Diez Ripollés ha equiparado el rechazo a determinados tipos de tratamiento (entre ellos la alimentación forzosa en la huelga de hambre) con el intento de suicidio ⁽³⁾. Otros, como Muñoz Conde, han considerado errónea esa concepción porque en realidad el huelguista que rechaza la alimentación no tiene voluntad de morir, sino de conseguir su reivindicación. Cuando su voluntad no puede ser ya manifestada o no se puede conocer si ha cambiado de opinión, tampoco puede hablarse en rigor de suicidio porque realmente nunca quiso morir sino conseguir sus reivindicaciones ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ En el proceso de autofagia que se origina por la huelga de hambre se distinguen tres fases: 1) Una primera que dura aproximadamente un día y medio, de consumo principal de los hidratos de carbono de reserva. 2) Una segunda fase de consumo principal de grasas. Se inicia a partir del quinto día aproximadamente y el organismo pasa de consumir la glucosa y el glucógeno almacenados a consumir las grasas. 3) Y una tercera fase de consumo grave de proteínas. A partir del vigésimo día de huelga se comienzan a consumir principalmente proteínas musculares. Se produce un apetito desmedido tras un gran adelgazamiento y debilidad y tras una pérdida de interés por la comida durante casi todo el ayuno excepto durante los dos o tres primeros días. La albuminemia y los edemas son una prueba de la autofagia y de la autodigestión proteica. Se puede producir a partir de los 20, 30 o 40 días o incluso más en función de las características constitucionales de cada individuo. Normalmente, a partir de los 30 días la desnutrición afecta a todos los sistemas y comienza a experimentarse un cansancio desmesurado que prácticamente impide hablar. A partir de los 40 o 50 días, el deterioro se hace notable por el desgaste físico, produciendo inmovilidad y pérdidas de consciencia por falta de energía. La muerte por inanición se puede llegar a producir por falta de riego al cerebro o por un fallo cardíaco.

⁽³⁾ José Luis DIEZ RIPOLLES y Jesús GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Valencia 1997.

⁽⁴⁾ Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Tirant Lo Blanch. En parecido sentido otros auto-

A la consideración de la huelga de hambre como una forma de suicidio podrían objetarse, también las matizaciones que el Tribunal Constitucional hizo en la STC 120/1990, de 27 de junio, a propósito de la huelga de hambre de varios presos del Grapo en protesta contra algunas medidas penitenciarias. Según el Tribunal el riesgo de perder la vida que asumieron los huelguistas presos no tenía por finalidad causarse la muerte, sino la modificación de una decisión de política penitenciaria que trataban de obtener incluso a expensas de su propia vida. La muerte de los huelguistas podía ser, por tanto, una consecuencia de su protesta reivindicativa, pero no un resultado directamente deseado que permitiese hablar, en el caso de que existiese, de ejercicio del derecho fundamental a la propia muerte. Con este razonamiento, el Tribunal Constitucional puso el acento en el aspecto reivindicativo de la protesta, (esto es en su motivación), relegando a un segundo plano la muerte del huelguista que pareció considerar un accidente secundario. Lo que vino a decir, en síntesis, es que la huelga de hambre, más que un modo de suicidarse, es un modo de protestar.

Pero en realidad, las cosas son lo que son al margen de las concretas motivaciones que las muevan. Y por traer al primer plano el aspecto reivindicativo, la huelga de hambre no deja de ser un ataque contra la propia vida en que el huelguista acepta como cierta su muerte. A diferencia del suicidio convencional en que el individuo no persigue más fin que la muerte, en la huelga de hambre el huelguista plantea un doble objetivo que jerarquiza: primero, y más importante, la consecución de sus reivindicaciones y, segundo, si esto no es posible, la muerte. Tan solo la obtención del primero evita el segundo. Pero en defecto de la reivindicación, el huelguista tiene decidida y aceptada la muerte con la misma convicción que el suicida convencional y hacia ella orienta su conducta mediante actos que suponen un ataque a la propia vida. La reversibilidad de la decisión por el éxito de la protesta distingue la huelga de hambre de otras formas de suicidio más o menos convencionales, en particular el suicidio por hambre. Pero no creemos acertado decir que el huelguista nunca quiere morir, porque de ser así sencillamente no se dejaría

res como Cobo del Rosal y Carbonell Mateu consideran que la huelga de hambre no es un genuino suicidio, aun cuando el huelguista admita las consecuencias de su actitud.

morir. Como acto voluntario y libre la muerte sólo acontece porque así lo quiere la persona en huelga de hambre, lo mismo que en el suicidio convencional.

La conexión suicidio – huelga de hambre, derivada de la consideración de ésta última como una forma de ataque contra la propia existencia, hace obligatorio examinar cual es la respuesta que el ordenamiento español da a las disposiciones sobre la propia vida.

El debate doctrinal en torno a la disponibilidad de la propia vida en nuestro ordenamiento jurídico ha dado pie a la formulación de opiniones muy diversas, tal y como pone de manifiesto y recoge Valle Muñiz ⁽⁵⁾.

Así, para Rodríguez Mourullo, la declaración constitucional de que “*todos tienen derecho a la vida ...*” del artículo 15 de la Constitución tiene el sentido primordial de una garantía frente al Estado, que obliga a éste a respetar y proteger la vida de todos pero no tiene, en cambio, el sentido de engendrar a favor del individuo la facultad de libre disposición de su propia vida, de tal manera que pueda consentir validamente su muerte.

Bustos Ramírez, estima que la previsión constitucional tiene un sentido garantista que en ningún caso puede limitar la voluntad del sujeto. El único mandato deducible es el deber del Estado de favorecer la vida y no de impedir la libre disposición por su titular, hecho que se ve confirmado por la irrelevancia jurídico penal del suicidio. El Código Penal viene a confirmar la disponibilidad de la vida por parte del sujeto y a señalar que ello, sin embargo, no puede tener interferencia alguna, esto es, que no se puede influir sobre la conciencia del sujeto respecto a tal disponibilidad. Más aún la criminalización de tales influencias no sería sino una consecuencia del planteamiento constitucional que el Estado tiene que propiciar la vida.

Cobo y Carbonell, invocando la preeminencia del derecho a la libertad reclaman el más absoluto de los respetos al principio de la autonomía de la voluntad. Se asienta, con ello, un postulado de primer orden: situar la libertad en la cúspide de los

valores, asumir el criterio liberal de que todo ciudadano tiene derecho a hacer cuanto quiera, incluso morir, sin mayores limitaciones que las derivadas de la libertad ajena, y por encima de prejuicios culturales o ético sociales de cualquier índole.

González Navarro niega que exista un derecho a morir porque la realidad radical, la primera con la que tropieza el hombre, y que fundamenta todo lo demás, es la vida. Desde este posicionamiento filosófico hay que negar el derecho del hombre a dejarse morir ⁽⁶⁾

Finalmente, Valle Muñiz considera que la vida es un bien libremente disponible por su titular y jurídicamente no desaprobado. A su juicio la dignidad de la persona, consagrada en el artículo 10.1 de la Constitución como fundamento del orden político y de la paz social, se configura como un principio dinámico que articula y sistematiza todos y cada uno de los derechos fundamentales. La clave de bóveda en la interpretación del alcance y límites de protección de los derechos fundamentales es el entendimiento de los mismos como realidades normativas dinámicas configuradoras de la dignidad de la persona. No cabe una exégesis de los derechos y libertades ajena a los valores constitucionales y especialmente a la dignidad de la persona. Por ello, si el texto constitucional no permite una interpretación del derecho a la vida no compatible con la dignidad humana, y si esta supone el rechazo de cualquier intento de instrumentalización en aras a salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad, es indudable que el sujeto puede disponer libremente de su vida y es indudable que el acto del suicidio es expresión del ejercicio de un derecho constitucionalmente amparado.

En la STC 120/1990, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla facticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una

⁽⁵⁾ José M. VALLE MUÑIZ en “*Comentarios al Código Penal*”, Tomo II, pags. 71 y ss.; Gonzalo Quintero Olivares (Director), Fermín Morales Prats (Coordinador), Ed. Thomson Aranzadi, 5ª Edición, 2008.

⁽⁶⁾ Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, “*Poder Domesticador del Estado y Derechos del recluso*”, en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Tomo II. De los Derechos y Deberes Fundamentales, Ed. Civitas 1991.

manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, 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, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, no es posible admitir, según el Tribunal, que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte.

Desde nuestro punto de vista, el reconocimiento de un derecho subjetivo a morir, más allá de lo que pueda suponer el respeto al *agere licere*, (al libre hacer), supondría reconocer también la facultad de exigir a otros sujetos (públicos o privados) cuantos comportamientos pudieran considerarse consecuencia de ese derecho, en particular, y respecto a la Administración, que prestase una activa colaboración con quien hubiera decidido poner fin a su vida. Entendido el derecho subjetivo como la situación de poder concreto concedida a una persona por el ordenamiento que impone a otros un deber jurídico correlativo, esa colaboración activa podría considerarse una consecuencia obligada de ese reconocimiento. Compartimos, por ello, la opinión de quienes han afirmado que no existe en nuestro ordenamiento un derecho a morir o un derecho al suicidio y si la simple libertad para morir, esto es, una ausencia de potestad coactiva para impedir la muerte.

Sea cual sea el fundamento, (derecho a la propia muerte como reverso negativo del derecho fundamental a la vida, o disponibilidad de la propia vida, como manifestación del *agere licere*, de la simple libertad de hacer, al margen de ese derecho) lo cierto es que el ordenamiento jurídico acata la decisión del que decide disponer de su propia vida, de manera que el ataque contra la misma, sea cual sea el método empleado, constituye en nuestro Derecho una conducta atípica, no delictiva, en contraste con la solución adoptada por algunos países anglosajones que consideraron el suicidio como un acto con relevancia penal (el último país que mantuvo el castigo del suicidio fue Inglaterra hasta la Suicide Act de 1961).

No se plantea, pues, ninguna dificultad en torno a las consecuencias legales de la actuación del huelguista. En tanto que disponible, el ataque contra la propia vida no acarrea ninguna consecuencia para el huelguista, pues el suicidio, (especialmente, el frustrado o en tentativa, pues en el consumado carece de sentido ese planteamiento), no es ilícito ni está sancionado con pena alguna.

Cuestión distinta es la actuación del tercero, que puede ser relevante en el caso de la huelga de hambre, pues es sabido que la disponibilidad sobre la propia vida no genera un derecho de otros a colaborar en el suicidio. El artículo 143 del Código Penal castiga a los terceros partícipes en el suicidio cuando éste es una consecuencia de la decisión libre y voluntaria de la persona. Se castiga, en concreto, la inducción y cooperación necesaria y ejecutiva al suicidio y la eutanasia activa directa (son atípicas, sin embargo, la eutanasia activa indirecta y la eutanasia pasiva, directa o indirecta). Sin embargo, cuando falte en el suicida la capacidad para consentir, el suicidio podrá ser considerado no libre y el tercero partícipe podrá responder por el delito de homicidio o por el de asesinato en régimen de autoría mediata.

III.- LA ALIMENTACIÓN FORZOSA: PERSPECTIVA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

Uno de los aspectos más problemáticos de la huelga de hambre es, tal y como hemos avanzado, el que se refiere a la alimentación forzosa del huelguista y, en definitiva, el de la respuesta que ha de dar el Estado a esa situación en la que entran en conflicto los derechos a la vida y a la libertad.

Como quiera que la huelga de hambre puede producirse en circunstancias y contextos muy diferentes, el examen de esa problemática cuestión ha de hacerse diferenciando distintos supuestos:

a) Relaciones de sujeción especial. Internos en establecimientos penitenciarios.

Este supuesto fue examinado por el Tribunal Constitucional en STC 120/1990, de 27 de junio; a la que siguieron, reiterando su doctrina, las SSTC 137/1990, de 19 de julio; y 11/1991, de 17 de enero. Todas ellas se pronunciaron a favor de la ali-

mentación forzosa de varios presos del grupo terrorista Grapo que iniciaron una huelga de hambre en protesta contra algunas medidas penitenciarias (exigían su reagrupamiento en un mismo centro penitenciario y otras mejoras de sus condiciones de vida en prisión).

El Tribunal Constitucional analiza los diferentes derechos fundamentales invocados por los recurrentes (a la vida, a la integridad física y moral, no sometimiento a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes, a la libertad ideológica, a la libertad física y a la intimidad personal) para llegar a la conclusión de que la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial objeto de recurso no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados *“ni, en si misma, ni en la forma y alcance con que ha sido autorizada, constituyendo tan solo una limitación del derecho a la integridad física y moral garantizada por el artículo 15 CE, y unida inevitablemente a ella una restricción a la libertad física, que vienen justificadas por la necesidad de preservar el bien de la vida humana, constitucionalmente protegido, y que se realiza mediante un ponderado juicio de proporcionalidad, en cuanto entraña el mínimo sacrificio del derecho que exige la situación en que se hayan aquellos respecto de los cuales se autoriza”* (STC 120/1990).

El Tribunal fundamenta su decisión, esencialmente, en la posición de garante que asume la Administración penitenciaria respecto a la vida y salud de los internos, en el seno de la relación especial penitenciaria. También es elemento decisivo la importancia que el Tribunal atribuye a la ilicitud de los fines perseguidos por la huelga; a la ilicitud de una huelga de hambre reivindicativa planteada frente a legítimas decisiones adoptadas por la Administración penitenciaria en el uso de las potestades que la Ley le otorga.

Puede resultar llamativo que en el razonamiento de la sentencia el derecho fundamental a la libertad deba ceder ante el cumplimiento de un deber por parte de la Administración penitenciaria. Para algunos autores, es legítimo que el derecho a la libertad pueda limitarse por el cumplimiento de un deber por la Administración en el seno de una relación de sujeción especial. Para González Navarro, por ejemplo, no existe duda de que *“nuestro ordenamiento en vigor impone a la Administración el deber de impedir la muerte del recluso, incluso*

violando su libertad” hasta el punto de que *“respondería extracontractualmente si no hace lo posible por salvar la vida de éste”* ⁽⁷⁾.

Sin embargo, no faltan opiniones en contra. El Magistrado Leguina Villa en el voto particular que formuló a las SSTC 120/1990 y 137/1990, consideró que la alimentación forzosa o la asistencia sanitaria coactiva limitan la libertad personal de los huelguistas pues el artículo 17.1 de la Constitución reconoce a todos *“el derecho a la libertad”*, entendida ésta como *“libertad física”* que protege a todos no sólo frente a detenciones, condenas o internamientos arbitrarios, sino también frente a cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza que, oponiéndose a lícitas decisiones personales que sólo conciernen a quien las toma, restrinjan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos. Frente a ello, ningún valor justificativo tiene el deber que incumbe a la Administración penitenciaria de velar por la salud y la integridad física de los internos. No estando en juego derechos fundamentales de terceras personas, ni bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda costa, ninguna relación de supremacía especial puede justificar una coacción que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta el núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás. El derecho a la vida no puede ser confundido con un pretendido derecho a morir o a decidir sobre la propia muerte. Pero ello no significa, según el voto particular, que no se tenga derecho - sea cual sea la circunstancia en la que uno se encuentre y estando en el pleno uso de las facultades mentales - a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de muerte; ni excluye el derecho a rechazar la ayuda o la asistencia sanitaria que ni se desea ni se ha solicitado.

Otra cuestión discutida es la que refiere a la importancia que atribuye el Tribunal a la ilicitud de los fines perseguidos por la huelga. La fundamentación del Tribunal Constitucional da a enten-

⁽⁷⁾ Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, Obra citada supra.

der que la negativa a recibir alimentación y asistencia médica coactiva podrá ser legítima cuando el huelguista persiga objetivos amparados por la ley, pero no en el caso contrario. Para el Magistrado Miguel Rodríguez-Piñero, que suscribió otro voto a la STC 120/1990, no es posible condicionar la decisión de imponer la alimentación forzosa a la propia legitimidad del fin perseguido por la huelga de hambre. Aparte de la dificultad de la valoración de la legitimidad del objetivo perseguido, el que esa legitimidad haya de ser tenida en cuenta en la decisión judicial supone traspasar la cuestión del plano de la ponderación de la vida y la salud como bienes constitucionales protegidos frente a otros derechos y bienes constitucionales, al plano de la reivindicación misma perseguida por los recurrentes, e interferirse en el medio de presión utilizado, algo inadmisibles para el Magistrado discrepante.

Por último, es planteable la cuestión de en que medida el criterio expresado por el Tribunal Constitucional en las sentencias que acabamos de comentar es trasladable a otros supuestos diferentes. El propio Tribunal parece despejar cualquier duda al respecto, pues cuida de subrayar que la verificación de la vulneración de los derechos fundamentales en liza se hace allí *“de manera ceñida al concreto contenido de dicha resolución judicial y a las peculiares circunstancias que singularizan la situación vital y jurídica en la que ésta se ha producido, cuidando, por tanto, de limitar nuestras consideraciones de alcance genérico o aquellas que se evidencien necesarias para la decisión del concreto problema que aquí se plantea con el fin de evitar todo confusionismo con otros supuestos de asistencia médica obligatoria distintos del presente, que quizás requieran diferente solución en atención a las diferentes condiciones en que aquéllos se susciten”*. Sugiere con ello el propio Tribunal que la solución al conflicto hubiera sido probablemente distinta si se hubiera planteado en un contexto diferente. No parece discutible, sin embargo, que el criterio favorable a la alimentación y asistencia médica coactiva sea aplicable en situaciones equiparables a las contempladas en las SSTC 120/1990 y 137/1990, esto es en aquellos casos en los que la alimentación coactiva se refiera a reclusos en establecimientos penitenciarios. E igualmente, puede defenderse su aplicación a todos aquellos casos en que la huelga de hambre se plantee en ámbitos en los que medie una relación de supremacía especial donde la Administración ten-

ga atribuido el deber de velar por la vida y la salud de los individuos.

b) Inexistencia de relación de sujeción especial.

En cualquier otro supuesto distinto de los anteriores, creemos que no resultaría viable aplicar la solución arbitrada por las sentencias citadas, restringida, como hemos visto, al concreto caso que en ellas se contempla.

Si no media una relación de supremacía especial entre el huelguista y la Administración pública y aquél no ha demandado asistencia sanitaria ni ha sido ingresado en un centro sanitario, (supuesto en el que entrarían en juego las consideraciones que haremos después), no es planteable, ni siquiera en hipótesis, una posible alimentación forzosa del huelguista invocando el precedente de las sentencias citadas, (caso de la saharauí Aminatu Haidar, cuya huelga de hambre se desarrolló casi íntegramente en un aeropuerto con algún ocasional ingreso hospitalario). En ese supuesto parece existir unanimidad en que no debería prestarse a la persona en huelga de hambre, capaz y competente para tomar decisiones en libertad, más atenciones que las que ella misma demandase. Otra cosa podría constituir una forma de trato inhumano y degradante. El respeto del *agere licere*, del libre hacer de la persona consciente de las consecuencias de sus actos, no puede llevar sino a respetar también la libre decisión de no tomar alimentos.

Para Muñoz Conde ⁽⁸⁾ no puede admitirse la tesis que propugna la alimentación forzosa incluso antes de que el huelguista haya perdido la consciencia. La voluntad del huelguista es conseguir su objetivo reivindicativo, aunque para ello asuma el riesgo de perder la vida o dañar seriamente su salud. Privar a alguien del derecho a reivindicar, incluso de una forma tan anómala y peligrosa como una huelga de hambre, supone un auténtico delito contra su libertad.

Adviértase que nos estamos refiriendo a decisiones tomadas por personas libres y capaces, sin merma ni restricción en su capacidad intelectual y volitiva. Por razones obvias quedarían fuera todos los casos en que así no lo fuera, sea cual fuese el motivo, especialmente si ya al margen de la huelga

⁽⁸⁾ Francisco MUÑOZ CONDE, Obra citada supra.

de hambre, la decisión de no comer tuviera su origen en algún tipo de trastorno o enfermedad psíquica, (anorexia, bulimia, etc) ⁽⁹⁾.

c) Persona en huelga de hambre ingresada en centro sanitario.

Tarde o temprano en las huelgas de larga duración, el huelguista, perdida o no la consciencia, termina ingresando en un centro sanitario. Cuando el huelguista es ingresado, la problemática que plantea su posible alimentación forzosa entra en conexión con el derecho del paciente a rechazar el tratamiento y con la posibilidad legal de imponer tratamientos forzosos. El problema de la alimentación forzosa deviene entonces en el problema de la imposición coactiva de tratamientos.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reconoció en su artículo 10.9 el derecho del paciente a negarse al tratamiento, que imponía, sin embargo, cuando la no intervención supusiese un riesgo para la salud pública, cuando el paciente no estuviera capacitado para tomar decisiones, o cuando la urgencia no permitiera demoras para evitar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. Como señaló Bajo Fernández ⁽¹⁰⁾ esto último pudo entenderse en el sentido de que el médico podía intervenir en contra de la voluntad del enfermo con intervenciones agresivas lo que era abiertamente inconstitucional por lesivo del derecho a la dignidad humana y otros derechos fundamentales.

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, deroga los apartados 5, 6, 8, 9 y 11 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad y establece una nueva regulación del derecho a la autonomía del paciente, y el posible rechazo al tratamiento. No hay que olvidar que antes de la Ley 41/2002, las legislaciones autonómicas consagraron ese derecho de autonomía en sus res-

pectivos ámbitos territoriales, generalizando la necesidad de consentimiento informado y la posibilidad de negarse al tratamiento. Así, por ejemplo, desde su redacción originaria el artículo 6 de la Ley riojana 2/2002, de 17 de abril, de Salud, reconoce el derecho de los usuarios del sistema público de salud de La Rioja mayores de 16 años a negarse a la práctica de cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico, exceptuando de la necesidad de consentimiento los casos en que se trate de garantizar la salud pública o evitar daños irreversibles o la muerte del usuario. Algo parecido hacen otras leyes autonómicas como la Ley catalana 21/2000, 29 diciembre; la Ley aragonesa 6/2002, 15 abril; o la Ley Foral navarra 11/2002, de 6 de mayo.

La Ley 41/2002 reconoce un derecho amplio a la autonomía del paciente, no sólo porque tiene que prestar siempre y en todo caso su consentimiento antes de ser tratado o intervenido clínicamente (artículos. 2.2 y 3; y 8) sino también porque puede negarse el tratamiento (artículos 2.4 y 8.5). Refuerza ese derecho el artículo 2.6 cuando impone a todos los profesionales la obligación de respetar “*las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente*”. Los límites a ese consentimiento se establecen en el artículo 9.2, aunque estos son más bien relativos, al menos si se atiende a su redacción literal. De un lado, porque no se establece un deber de los facultativos, sino una mera potestad de intervención sin el consentimiento (el precepto dice que “*los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento*”). De otro lado, porque, fuera del supuesto de riesgo para la salud pública, [en el que se exige incluso la intervención de la autoridad judicial para el caso de internamiento obligatorio (artículo 8.6, párrafo 2º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)]; en el supuesto de “*riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo*”, la Ley deja abierta la posibilidad de que el paciente se niegue al tratamiento. El artículo 9.2.b), permite actuar a los médicos sin el consentimiento cuando exista aquel riesgo y no sea posible conseguir la autorización del enfermo, consultando, en este caso y cuando las circunstancias lo permitan, “*a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él*”. Con lo que, *sensu contrario*, si fuera posible conseguir la autorización del enfermo y éste se ne-

⁽⁹⁾ Vid al respecto Elena MARTINEZ-ZAPORTA ARECHAGA y Rafael FERNÁNDEZ-DELGADO MOMPALER, “Aspectos Bio-jurídicos de los trastornos de la conducta alimentaria: pasado, presente y futuro”. Derecho y Salud. Vol. 20, nº 1.1 Enero-Junio 2010.

⁽¹⁰⁾ Miguel BAJO FERNÁNDEZ, “Disponibilidad de la propia vida” en “Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Ed. Civitas, 2005.

gará al tratamiento, por ser plenamente consciente a pesar del grave riesgo para la salud, debería prevalecer dicha voluntad, según el tenor literal del precepto. Por otra parte, la regulación en el artículo 11 de las denominadas *instrucciones previas*, también conocidas como *testamento vital o voluntades anticipadas*, constituye una previsión primordialmente destinada a resolver los problemas de consentimiento en aquellas situaciones en que el paciente no pueda expresar personalmente su voluntad sobre “los cuidados o el tratamiento de su salud”. Como subraya Diez Ripollés ⁽¹¹⁾ la regulación de la Ley 41/2002 muestra una decidida opción de nuestro ordenamiento jurídico a favor de insertar la actividad médica asistencial dentro del respeto de los principios del consentimiento informado y libre del paciente, estableciendo contundentemente el derecho de éste a negarse a cualquier tratamiento.

Consecuentemente, el régimen de la Ley 41/2002, aplicado al caso de la huelga de hambre, debe llevar a negar la posibilidad de imponer la alimentación forzosa o la asistencia sanitaria al huelguista que, consciente y voluntariamente, haya expresado con claridad su voluntad de no ser alimentado o tratado.

Para algunos autores como González Pérez ⁽¹²⁾ el régimen expuesto de la Ley 41/2002 es criticable pues si a la libre voluntad del paciente, a su derecho a su derecho a no autorizar el tratamiento forzoso aunque peligre su vida, se une la exégesis del Tribunal Constitucional de que puede prevalecer la libertad ideológica frente al derecho a la integridad física (STC 154/2002) sería hasta factible sostener que se está encubriendo una auténtica eutanasia. A su juicio la aplicación de la Ley no debe llegar a esos extremos y ante la incorrecta redacción del legislador deberá interpretarse la norma de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha admitido la imposición de los tratamientos forzosos, como el supuesto visto de los presos del Grapo en huelga de hambre,

(SSTC 120/1990 y 137/1990) en las que consideró que no era inconstitucional, ni denigrante, imponer una alimentación forzosa.

Esta interpretación obvia, quizá, la contención con la que el propio Tribunal Constitucional formula esa jurisprudencia, estrictamente ceñida “a las peculiares circunstancias que singularizan la situación vital y jurídica” que fue objeto de consideración, tratando de “evitar todo confusionismo con otros supuestos de asistencia médica obligatoria distintos ..., que quizás requieran diferente solución en atención a las diferentes condiciones en que aquéllos se susciten”. Como dijimos, la restricción de esta doctrina no hace viable trasladar, sin más, la solución que arbitra a otros supuestos en los que pueda plantearse una posible alimentación forzosa o asistencia médica coactiva.

Con otros diversos argumentos algunos autores se han mostrado también reticentes a rechazar sistemáticamente la asistencia médica coactiva, o la alimentación forzosa en el caso concreto de la huelga de hambre. Muñoz Conde mantuvo que desde el momento en que el huelguista no pueda manifestar la voluntad de seguir con la huelga, surge para los demás (familiares, médicos, Administración) la obligación de alimentarlo, incurriendo en caso contrario, no ya en un delito de cooperación al suicidio, sino en un verdadero homicidio en comisión por omisión. Naturalmente, con la alimentación forzosa se puede frustrar el propósito originario del suicida de llegar hasta el fin. Pero dado que no puede expresar ya su voluntad, no se puede saber, sino presumir o conjeturar que es lo que realmente quiere, si ha cambiado o no de opinión, con lo que la duda ha de resolverse en este caso a favor de la vida. A esta conclusión obligan también, según Muñoz Conde, poderosos argumentos humanitarios y políticos. Un respeto a ultranza de la libertad del huelguista, incluso cuando éste ha perdido la consciencia, puede ser para cualquier Gobierno un cómodo expediente para desembarazarse de sus más temidos adversarios políticos. Bastaría con colocarlos en una situación desesperada o excesivamente opresiva en prisión, para, aún de un modo indirecto, inducirles a la huelga de hambre, dejando simplemente, en un “escrupuloso y democrático” respeto a la libertad individual, que esta llegue hasta el final ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ José L. DIEZ RIPOLLÉS, “Deberes y responsabilidad de la administración sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echevarría”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología REFLEXIONES (Informe) ISSN 1695-0194 RECPC 11-r1 (2009) RECPC 11-

⁽¹²⁾ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, en “Autonomía del Paciente, Información e Historia Clínica (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)” Ed. Thomson Civitas, 2004.

⁽¹³⁾ Francisco MUÑOZ CONDE, Obra citada supra.

Expuesta sin mayores matices, la argumentación anterior presenta algún punto débil. La alimentación forzosa al huelguista una vez perdida la consciencia es legítima si no consta ciertamente su voluntad. En otro caso habrá que acatar sus deseos sin que la sólo pérdida de la consciencia implique en sí la desaparición de la voluntad expresada de no ser alimentado. Si esa voluntad ha sido libre y voluntariamente manifestada y consta de una manera indubitada, (porque ha sido expresada cuando la persona estaba plenamente consciente o porque lo fue en instrucciones anticipadas, sin que exista variación sustancial de las circunstancias que presidieron su otorgamiento) esa voluntad ha de ser necesariamente respetada. Otra cosa podría equipararse a un trato inhumano y degradante, inaceptable según proclama, - como luego veremos -, la Declaración sobre las Personas en Huelga de Hambre adoptada en Malta en 1991.

En la Ley 41/2002 la negativa al tratamiento comporta como consecuencia el alta del paciente. Según expresa su artículo 21.1 *“en caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria”*. El precepto prevé la hipótesis, más que posible, de que el enfermo se niegue a la vez al tratamiento y al alta hospitalaria, en cuyo caso, dice el artículo 21.1, si no firmara el alta, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. En el concreto caso que nos ocupa de la huelga de hambre, si el huelguista se negara a ser alimentado y tratado médicamente, no le quedaría aparentemente otra opción más que pedir el alta voluntaria, o en su defecto, podría serle expedida el alta forzosa por la dirección del centro. Sin embargo, las cosas no son tan simples. El artículo 21.1 de la Ley 41/2002 añade que *“el hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos”*, circunstancias estas que deberán quedar debidamente documentadas. En el caso de la huelga de hambre, no es descartable que el huelguista al tiempo que rechaza la alimentación, acepte algún tipo de tratamiento paliativo dirigido a mantener, si es posible, su calidad de vida, aliviar el dolor y otros síntomas sin acelerar o posponer la muerte y obtener ayuda psicológica y espiritual (en el caso Aminatu Haidar, la huelguista

aceptó el tratamiento paliativo e ingresó con ese objeto en un centro hospitalario). Si el tratamiento paliativo puede ser dispensado por el centro sanitario y el huelguista lo acepta, el rechazo a la alimentación y al alta voluntaria no podrá dar lugar a un alta forzosa expedida por la dirección del centro. Pero incluso, dándose la hipótesis de negativa al alta voluntaria y a todo tipo de tratamiento, incluido el paliativo, el alta forzosa tampoco podría ser inmediata puesto que en ese caso la Ley otorga al Juez la última palabra, exigiendo que se le dé conocimiento de la situación, para que confirme o revoque la decisión adoptada por la dirección del centro ⁽¹⁴⁾. En este sentido el artículo 21.2 de la Ley 41/2002 establece que *“en el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa la comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque su decisión”*. Según Bajo Fernández, el Juez deberá resolver conforme a las interpretaciones garantistas a que obligan los principios de los que parten los nuevos textos legales y nunca deberá hacerlo de modo que la negativa al tratamiento obligue a la expulsión del centro. Un Juez al que hipotéticamente se acudiera para resolver conforme al artículo 21.2 de la Ley 41/2002, debería de impedir la expulsión del centro hospitalario obligando, al menos, a una asistencia médica mínima (reducida, creemos, a los cuidados paliativos en el caso de la huelga). Por eso, el alta obligatoria o forzosa por negativa al tratamiento en el supuesto de la huelga de hambre reivindicativa, (y en general, en muchos otros casos en los que la misma se manifieste), parece bastante difícil en el régimen de la Ley 41/2002.

Es más que conveniente subrayar la importancia que en la Ley 41/2002 tienen las ya menciona-

⁽¹⁴⁾ Juez que debería ser el de lo Contencioso-Administrativo y no el de Primera Instancia, en el criterio de la sentencia de 20 de mayo de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, por tratarse de una *“actuación administrativa dictada por un órgano del Sistema Público de Salud de La Rioja”*, cuyo enjuiciamiento por parte del citado órgano jurisdiccional tendría encaje en el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio y en la disposición final 14ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante de otras decisiones judiciales podría quizá inferirse otra cosa. Así, por ejemplo, del auto de 25 de julio de 2007 (AC 2389) de la Audiencia Provincial de Cádiz se podría deducir que esa competencia corresponde al Juez de Instrucción.

das *instrucciones previas* que son aquellas voluntades expresadas por la persona en plenitud de facultades para que tengan validez en un momento posterior en que se encuentren mermadas, sobre el cuidado y tratamiento de su salud o sobre el destino del cuerpo y órganos una vez que se produzca su muerte. Como dice Díez Ripollés, la manifestación por anticipado de la voluntad del paciente, referida a situaciones clínicas que se pueden plantear en momentos en que el afectado no esté en condiciones para adoptar decisiones, es un instrumento útil para orientar las decisiones médicas, muy relevante para situaciones vitalmente comprometidas en que el paciente no desea que se apliquen determinados tratamientos sobre su persona. Como ejercicio del derecho a decidir sobre actuaciones médicas futuras, las instrucciones previas pueden ser muy útiles para conocer los deseos del huelguista en la huelga de hambre una vez perdida la consciencia y la capacidad de expresarlos por sí mismo. El rechazo anticipado a recibir alimentación y ser tratado médicamente, manifestado en instrucciones previas, debe ser respetado si han sido otorgadas en plenitud de facultades de conocimiento y voluntad, y con los demás requisitos que marca la Ley. Conforme al artículo 11.3 de la Ley 41/2002, sólo se podrá prescindir de las instrucciones previas si fueran contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*, o si hubieran dejado de corresponderse con el supuesto de hecho que el interesado previó en el momento de manifestarlas; o lo que es igual, si fuera apreciable una variación sustancial de las circunstancias que presidieron su otorgamiento, en cuyo caso debería presumirse la revocación de las mismas por parte del interesado.

Obviamente, como ya se anticipó la regulación de la Ley 41/2002 debe conectarse con la establecida por cada una de las Comunidades Autónomas españolas en su respectivo ámbito territorial. Ello es una consecuencia ligada al carácter básico que la disposición adicional primera de la Ley 41/2002 predica respecto a la totalidad de la Ley. Como es sabido, lo *básico* en el ámbito de la legislación compartida implica una técnica de reparto competencial por medio de la cual se comparte una materia entre dos legisladores, correspondiendo al primero (esto es, al legislador estatal) la determinación de las *bases, normas básicas o legislación básica*, y al segundo (es decir, al autonómico) el desarrollo legislativo de esas *bases, normas básicas o legislación básica*. La definición

de las bases crea un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas disponen de un margen de actuación que les permite, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses. Consecuentemente, la Ley estatal debe complementarse con las regulaciones de las diferentes leyes autonómicas que regulan los derechos de los usuarios del sistema de salud en su respectivo ámbito territorial, en particular con lo establecido en torno al consentimiento informado, al rechazo al tratamiento por parte del paciente o usuario, y a las instrucciones previas. Con ello, la respuesta legal a la problemática que plantea la huelga de hambre reivindicativa ha de buscarse, no sólo en el marco de la legislación estatal, sino también en el de la autonómica.

Ya hicimos referencia anteriormente a algunas de esas normas territoriales, y aunque no es posible examinar en este trabajo todas y cada una de ellas, si podemos decir al menos que en el caso de La Rioja la ya citada Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud (modificada por las Leyes 9/2004, de 22 de diciembre; 1/2005, de 11 de febrero; 9/2005, de 30 de septiembre; y 1/2006, de 28 de febrero), no se aparta demasiado del esquema que establece la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre. Como se dijo, desde su redacción originaria el artículo 6 de la Ley 2/2002, reconoce el derecho de los usuarios del sistema de salud mayores de 16 años a negarse a la práctica de cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico, exceptuando de la necesidad de consentimiento los casos en que se trate de garantizar la salud pública o evitar daños irreversibles o la muerte del usuario. El artículo 21 dispone que “*el ciudadano está obligado a firmar el documento pertinente en el caso de negarse a las actuaciones sanitarias propuestas, especialmente en el que se pida el alta voluntaria o en lo referente a pruebas diagnósticas, actuaciones preventivas y tratamientos de especial relevancia para la salud del paciente*”, debiendo quedar expresado con claridad que ha sido “*suficientemente informado de las situaciones que se puedan derivar a partir de su negativa y que rechaza los procedimientos sugeridos*”. A diferencia de la Ley estatal, la Ley autonómica no atribuye al Juez la última palabra, para que confirme o revoque la decisión de la dirección del centro, en los términos del artículo 21.2 de la Ley 41/2002, lo que no quiere decir que di-

cha intervención no sea exigible en La Rioja por aplicación de la Ley estatal básica. Finalmente, la Ley riojana hace referencia en su artículo 6.5 a las instrucciones previas si bien de manera muy escueta, reproduciendo casi literalmente parte del artículo 21.1 de la Ley estatal, remitiendo su regulación a otra normativa específica. Esa normativa se haya contenida en la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora de las instrucciones previas en el ámbito de la sanidad, (desarrollada a su vez por el Decreto 30/2006, de 19 de mayo, que regula el Registro de Instrucciones Previas), que impone a la Administración sanitaria riojana el deber de garantizar el cumplimiento del documento de instrucciones previas, dentro de los límites que marca la propia Ley (artículo 7.4).

IV.- LA ALIMENTACIÓN FORZOSA DESDE LA ÓPTICA DE LA ÉTICA Y DEONTOLOGÍA MÉDICA.

La *deontología* médica es el conjunto de principios y reglas éticas que deben inspirar y guiar la conducta profesional del médico. Con carácter general, desde el punto de vista de la ética y deontología médica no parece posible imponer la alimentación forzosa al huelguista capaz que ha sido debidamente informado de las consecuencias de su actuación. Las normas deontológicas obligan a respetar las decisiones libres que adopta una persona competente y, por tanto, un médico no puede forzar a un huelguista a alimentarse contra su voluntad libremente expresada.

Se ha dicho que las normas deontológicas singularizan una profesión al regular el comportamiento debido de cada profesional, creando ante el público lógicas expectativas sobre la conducta a seguir por parte de los profesionales. Desde esa perspectiva, son un elemento adecuado para garantizar al paciente que el colegiado cumplirá con patrones normalizados y esperables de conducta profesional.

Aunque han sido cuestionadas en ocasiones ⁽¹⁵⁾, sabido es que las normas deontológicas incorporan no sólo deberes de carácter moral. Como dijo el Tribunal Constitucional en STC 219/1989, las

normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias sobre todo en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para ordenar la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares de la Ley de Colegios Profesionales.

Es sabido, por lo demás, que las transgresiones de las normas de deontología profesional, constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios profesionales. Y, en último término, este mismo criterio que considera el incumplimiento de dichas normas como merecedor de las sanciones previstas en el ordenamiento corporativo es el que ha venido manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde hace ya bastante tiempo, [vd., por ejemplo, STS de 14 de mayo y 28 de septiembre de 1982; 16 y 27 de diciembre de 1993 (RJ 10053 y 10054); 4 de marzo de 1998 (RJ 2489), 24 de mayo de 1999 (RJ 7257); y 17 de diciembre de 2003 (RJ 9584)].

Consecuentemente, las normas deontológicas no son simples compendios de deberes morales, cuyo cumplimiento dependa, sin más consecuencias, del nivel de autoexigencia que se imponga cada profesional. Por el contrario, la doctrina, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, ha tenido ocasión de valorar la trascendencia legal y la eficacia de dichas normas, y de resaltar sus consecuencias jurídicas, sobre todo, en el ámbito disciplinario.

El Código de Ética y Deontología Médica de 1999 rechaza el tratamiento contra la voluntad del paciente debidamente informado. Con carácter general, en el ejercicio de su profesión el médico ha de respetar las convicciones del paciente y debe abstenerse de imponerle las propias (artículo 8). Según el apartado 2 del artículo 9, “*el médico ha de respetar el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o el tratamiento*” debiendo informarle, no obstante, de manera comprensible, de las consecuencias que

⁽¹⁵⁾ Tomas IGLESIAS, “*El discutible valor jurídico de las normas deontológicas*”, *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, Nº 12, 1991, págs. 53-61.

puedan derivarse de su negativa. El apartado 4 de ese mismo artículo impone al médico el deber de no abandonar al paciente que necesite su atención por intento de suicidio, huelga de hambre o rechazo de algún tratamiento, si bien, al tiempo, le obliga a respetar la libertad de los pacientes competentes. Sólo cuando el paciente no esté capacitado para prestar consentimiento *“por la urgencia de la situación”* (entre otras circunstancias) el médico *“deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”* (artículo 10.5). Finalmente, de cara a la muerte, el médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas. Ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente a rechazar el tratamiento para prolongar la vida y a morir con dignidad. Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables (artículo 27.2).

En la misma dirección apunta la Declaración de Tokio de la Asociación Médica Mundial adoptada por la 29ª Asamblea Médica Mundial en octubre de 1975 que establece Normas Directivas para médicos con respeto a la tortura o castigos crueles, inhumanos o degradantes impuestos sobre personas detenidas o encarceladas. Su apartado quinto se refiere al rechazo a la alimentación por parte del preso y determina que *“en el caso de un prisionero que rechaza alimentos y a quien el médico considere capaz de comprender racional y sanamente las consecuencias de dicho rechazo voluntario de alimentación, no deberá ser alimentado artificialmente. La decisión sobre la capacidad racional del prisionero debe ser confirmada al menos por otro médico ajeno al caso. El médico deberá explicar al prisionero las consecuencias de su rechazo a alimentarse”*.

La atención a las personas en situación de huelga de hambre es una situación que aborda también la Declaración de Malta de la Asociación Médica Mundial sobre las Personas en Huelga de Hambre (adoptada por la 43ª Asamblea Médica Mundial en Malta, noviembre de 1991; revisada su redacción por la 44ª Asamblea en Marbella, septiembre de 1992; y revisada por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Pilanesberg, Sudáfrica, octubre de 2006) Los principios y pautas de actuación que recoge abogan por no im-

poner al huelguista el tratamiento médico o la alimentación forzada, si consta inequívocamente su rechazo informado y voluntario. El respeto a la autonomía individual impide al facultativo intervenir cuando la persona ha expresado un rechazo válido y formal a la alimentación, sin ningún tipo de presión, y existe la constancia cierta de que ese rechazo persiste.

Como principios generales recoge la Declaración los de actuar de una manera ética (todos los médicos están comprometidos con la ética médica en su contacto profesional con gente vulnerable, debiendo protestar si se produce coerción o maltrato de detenidos y tratar de evitarlos); el respeto de la autonomía de la persona; beneficio y daño (ambos deben estar equilibrados en la actuación del médico); equilibrio de doble lealtad (el médico puede experimentar conflicto entre la lealtad a la autoridad que lo emplea y la lealtad al paciente, debiendo considerarse sujeto a los mismos principios éticos que los demás médicos); independencia clínica (el médico debe permanecer objetivo en sus evaluaciones y no permitir presiones de terceros en su opinión médica); confidencialidad (importante para crear confianza, aunque no absolutamente, pudiendo obviarse si el omitir una revelación pone en serio peligro a otros) y obtención de confianza (entre el médico y la persona en huelga de hambre para lograr la resolución al conflicto). En la línea que hemos apuntado, y como expresión del principio de autonomía, la Declaración de Malta proclama que *“no se debe obligar a las personas en huelga de hambre a ser tratadas si lo rechazan”*, que *“la alimentación forzada contra un rechazo informado y voluntario es injustificable”* y que *“la alimentación artificial con el consentimiento explícito o implícito de la persona en huelga de hambre es aceptable éticamente y puede evitar que la persona alcance un estado crítico”*.

Dentro de las pautas de actuación para el trato de las personas en huelga de hambre, establece la Declaración de Malta que el médico ha de considerar las instrucciones anticipadas expresadas por aquella si se hace cargo del caso cuando ha perdido su capacidad mental y no hay oportunidad de discutir sobre su reanimación o sus deseos. El rechazo anticipado de tratamiento exige respeto si refleja el deseo voluntario del individuo cuando está en un estado competente. Cuando el médico tenga serias dudas sobre las intenciones de la per-

sona, todas las instrucciones deben ser tratadas con mucha cautela. Sin embargo, si las instrucciones anticipadas han sido entregadas con buena información y de manera voluntaria, por lo general pueden ser dejadas de lado si son invalidadas porque la situación en que se tomó la decisión ha cambiado radicalmente desde que la persona perdió su competencia.

Según la Declaración, si no es posible hablar con la persona y no existen instrucciones anticipadas, el médico debe hacer lo que estime que es mejor para su paciente. Esto significa considerar los valores personales y culturales de la persona en huelga de hambre y también su salud física. Si no existe ninguna evidencia de los deseos de la persona, el médico debe decidir si procede o no con la alimentación, sin interferencia de terceros. El médico puede considerar, si se justifica, no seguir las instrucciones que rechazan el tratamiento porque, por ejemplo, se piensa que el rechazo fue expresado bajo presión. Si luego de la reanimación y con sus facultades mentales restablecidas la persona en huelga de hambre insiste en su intención de ayunar, dicha decisión debe ser respetada. Es ético permitir que una persona en huelga de hambre determinada muera en dignidad, en lugar de someterla a repetidas intervenciones contra su voluntad.

La alimentación artificial puede ser éticamente apropiada si una persona en huelga de hambre que se encuentra en plenitud de sus capacidades está de acuerdo con ello. También puede ser aceptable si las personas incompetentes no han dejado instrucciones anticipadas sin presión que la rechacen. Ahora bien, según la Declaración, la alimentación forzada nunca es éticamente aceptable. Incluso con la intención de beneficiar, la alimentación con amenazas, presión, fuerza o uso de restricción física es una forma de trato inhumano y degradante. Al igual que es inaceptable la alimentación forzada de algunos detenidos a fin de intimidar o presionar a otras personas en huelga de hambre para que pongan término a su ayuno.

Puede decirse, por tanto, que la Declaración de Malta establece un deber de respeto a la decisión de la persona en huelga de hambre de no ser alimentada, si ha sido libre y voluntariamente expresada, y consta de una manera indubitada, bien porque haya sido manifestada cuando aún conservaba la consciencia, bien porque lo fuera en instrucciones anticipadas dictadas por la misma, sin que se

haya mediado una variación sustancial de las circunstancias que presidieron su otorgamiento.

En esas condiciones, en definitiva, la ética y deontología médica rechazan imponer al huelguista la alimentación forzosa y la asistencia médica coactiva.

V.- CONCLUSIONES.

Acabada la exposición del coordinador de la Mesa de Trabajo, se dio paso a la exposición resumida de la Comunicación presentada, así como al debate posterior con participación de los congresistas asistentes a la Mesa.

El autor de la Comunicación fue D. Javier García Ámez, Asesor Jurídico del Hospital Universitario Central de Asturias, que dedicó su trabajo al *“Rechazo al Tratamiento y a los Riesgos para la Vida del Paciente”*. El comunicante centró su exposición oral en la problemática que plantean los tratamientos médicos coactivos a los internos en los centros penitenciarios, documentando su disertación con abundantes citas jurisprudenciales y legales. Analizó con especial detalle los derechos fundamentales que entran en juego en esa situación, en particular los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad ideológica.

En el debate posterior fueron muy diversas las cuestiones que plantearon los congresistas, entre otras: la preeminencia que, frente a los países mediterráneos, se da al valor de la libertad en el ámbito anglosajón; la necesidad de preservar los derechos fundamentales del preso, que no deben sufrir restricciones injustificadas amparadas en su condición de recluso; el peso que pueden llegar a tener las ideas y convicciones religiosas, filosóficas, políticas, etc. a la hora de dar una solución jurídica al conflicto que plantea la huelga de hambre; la crítica a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional a finales del siglo pasado con relación a la alimentación forzosa de los reclusos, en particular, el desfase actual de esa doctrina, producto de un momento y circunstancias muy concretas, y la conveniencia de que el Alto Tribunal se pronuncie nuevamente sobre esta controvertida cuestión; y la situación especialmente problemática que plantea la pérdida de conciencia del huelguista, momento en que el conflicto de la prevalencia de la vida o de la libertad, de alimentarlo o no, se plantea con toda su crudeza.

Como resumen de la exposición del coordinador, de la Comunicación presentada y del debate habido en la Mesa de Trabajo, se pueden sentar las siguientes conclusiones:

1ª.- La huelga de hambre suele plantear un conflicto entre la vida y la libertad de difícil solución al entremezclarse concepciones diversas de la existencia humana y argumentos de muy diversa índole (jurídicos, religiosos, filosóficos, humanitarios, etc.). Uno de sus aspectos más problemáticos es el que se refiere a la alimentación forzosa del huelguista. El dilema suele girar en torno a si es lícito alimentarlo aún contra su voluntad para evitar que muera, o si debe respetarse su decisión hasta el final y con todas las consecuencias, incluida la muerte.

2ª.- Habida cuenta de que la huelga de hambre puede plantearse en contextos muy diferentes no cabe una respuesta unívoca al conflicto, legal y jurisprudencial, con pretensión de validez para todos los supuestos.

3ª.- La doctrina del Tribunal Constitucional ha admitido la alimentación forzosa de los huelguistas internos en establecimientos penitenciarios atendiendo a la relación de sujeción especial que los liga con la Administración penitenciaria y a los deberes que ésta asume. La posición del máximo interprete de la Constitución, criticada ya en su momento, sigue siendo cuestionada por quienes estiman necesaria la puesta al día de una doctrina producto de un momento y unas circunstancias jurídico-políticas muy distintas de las actuales.

4ª.- No parece discutible que el criterio favorable a la alimentación coactiva sea aplicable también a situaciones equiparables a las contempladas por el Tribunal Constitucional en su todavía inmodificada doctrina, cuando la huelga surja en ámbitos en los que medie una relación de supremacía especial donde la Administración tenga atribuido el deber de velar por la vida y la salud de los individuos.

5ª.- Fuera de esos supuestos sería dudosa la extensión de la solución arbitrada por el Alto Tribunal, restringida en sus propias resoluciones al concreto problema en ellas planteado. Así ocurriría cuando el huelguista no hubiera ingresado en un centro sanitario, ni demandado asistencia médica.

6ª.- Cuando la persona en huelga de hambre ingresa en un centro sanitario, la problemática que

plantea su alimentación forzosa entra en conexión con el derecho del paciente a rechazar el tratamiento y con la posibilidad legal de imponer tratamientos forzosos. Tratándose de pacientes capaces, con facultades intelectivas y volitivas completas, la actual legislación española parece rechazar la posibilidad de imponer una asistencia médica coactiva al reconocer un derecho muy amplio a la autonomía del paciente.

7ª.- No obstante, desde la doctrina se alzan argumentos fundados que mantienen una interpretación de nuestras leyes abierta a la posibilidad de imponer tratamientos forzosos en situaciones extremas, incluida la del que hace uso de la huelga de hambre reivindicativa. En particular, se defiende la alimentación forzosa del huelguista, una vez perdida la conciencia, haya o no otorgado instrucciones previas, al entender que no puede saberse ya, sino simplemente presumir los deseos del huelguista, lo que debe decidirse a favor de la vida.

8ª.- Desde la óptica de la ética y la deontología médica, los documentos que recogen normas de ese carácter rechazan la imposición de la alimentación y establecen el deber de respetar la decisión de la persona en huelga de hambre de no ser alimentada, si ha sido libre y voluntariamente expresada y consta indubitadamente. Ello, bien porque haya sido manifestada cuando aún conservaba la conciencia, bien porque lo fue en instrucciones anticipadas, sin variación sustancial de las circunstancias en las que se expresó. En esas circunstancias, la alimentación con amenazas, presión, fuerza o uso de restricción física puede ser una forma de trato inhumano y degradante según proclama la Declaración de Malta sobre las Personas en Huelga de Hambre.

EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN LA MODALIDAD DE CONCIERTO.

Alfonso Domínguez Simón

Letrado en la Consejería de Presidencia del Gobierno de La Rioja.

I.- INTRODUCCIÓN. II.- DESARROLLO NORMATIVO. III.- ESTADO ACTUAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS POR LA MODALIDAD DE CONCIERTO. IV.- LA MODALIDAD DE CONCIERTO Y EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA. V.- SITUACIÓN LEGISLATIVA ACTUAL DE REGULACIÓN DEL CONCIERTO SANITARIO. Cuestiones concretas. 5.1.- El Artículo 90 de la Ley General de Sanidad. Esquema de regulación. 5.2.- Esquema de regulación del concierto en las Comunidades Autónomas. 5.3.- El concierto en la LCSP. 5.4.- Aplicación combinada de la LGS, la legislación autonómica, y la Ley de contratos del Sector Público. 5.5.- Poderes adjudicadores. Sujetos contratantes. 5.6.- Relaciones entre el Convenio de Colaboración y el Concierto. 5.7.- Procedimiento de contratación. 5.8.- Modificación de los conciertos. **VI.- COMUNICACIÓN Y POSTERIOR DEBATE. VII.- CONCLUSIONES.**

I.- INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años, en el 2000, el profesor Mariano López Benítez se preguntaba en el Congreso de la Asociación Juristas para la Salud, celebrado en Sevilla, si la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, constituía una plataforma válida para la concertación de servicios sanitarios; y terminó su intervención manifestando muchísimas dudas y preocupaciones acerca del maridaje entre la legislación de contratos, la prestación de servicios sanitarios, y, en fin, sobre la huida del derecho administrativo.

Transcurridos diez años, ha tenido lugar una cierta catarsis en estos ámbitos de regulación (promulgación de la nueva Ley Contratos del Sector Público y multiplicación y apertura de las formas de gestión de la sanidad pública), y las dudas

siguen siendo las mismas. Es por ello que la presente ponencia se inserta perfectamente en el marco del tema central del Congreso Derecho y Salud, en su edición de 2010. El concierto sanitario es una cuestión recurrente, y, al mismo tiempo, mira al futuro.

Pone su mirada en el futuro, porque si bien la prestación de servicios sanitarios mediante fórmulas de gestión indirecta, y, en concreto, por la vía de la concertación tiene una larga tradición en el derecho español, lo cierto es que el régimen de concertación de servicios públicos sanitarios ha experimentado un notorio incremento de actividad en los últimos años: en concreto, (y a pesar de la dificultad de detectar datos cuantitativos exactos), el sector de la concertación sanitaria crece, para el conjunto de las Administraciones Públicas españo-

las, en torno a un ritmo sostenido entre el 5% y el 7% anual. El 6,6% se alcanzó en el año 2008, apareciendo una importante ralentización durante el año 2009 (hacia el 3 o 4%) y la previsión para este año se sitúa sobre el 5,5%.

Como dato que nos permite clarificar el estado de la cuestión en la prestación de servicios sanitarios por entidades privadas, es muy relevante comprobar los niveles de facturación de las empresas privadas de prestación de servicios sanitarios. Así, según datos de la consultora DBK¹, para el ejercicio 2008, las entidades privadas facturaron 505 millones de euros provenientes de clientes privados, por los 1450 millones de Euros provenientes de figuras de concertación con las Administraciones Públicas, lo que supone, en términos relativos, un 9% del mercado, frente a un 26%. En conclusión, a día de hoy, más de una cuarta parte del sector de la prestación de servicios sanitarios), se realiza mediante la técnica de la concertación.

Desde luego, es posible ensayar varias causas que en el transcurso de las últimas décadas han alimentado el incremento de esta fórmula de gestión indirecta de servicios públicos sanitarios:

- La universalización del derecho a la asistencia sanitaria del artículo 43 de la Constitución Española, que ha situado este derecho subjetivo ciudadano, a través de su inserción entre los Principios rectores de la política social y económica, como uno de los pilares del Estado del Bienestar, lo que ha obligado a las Administraciones Públicas, a un notorio incremento del esfuerzo prestacional.

- La asunción por las Comunidades Autónomas, de competencias normativas, de desarrollo y ejecución en materia de sanidad; lo que las ha convertido en los principales agentes prestadores de servicios públicos.

- La expulsión de la sanidad del presupuesto de la seguridad, y su financiación contra el sistema fiscal, que ha dado lugar a la aparición de nuevas técnicas de gestión distintas de la gestión directa que tradicionalmente protagonizaba el INSALUD.

- El incremento demográfico, las nuevas formas de vida de los ciudadanos, y el notorio desa-

rollo tecnológico experimentado por la sanidad pública, que han desembocado en una intensa presión sobre la demanda de servicios sanitarios, lo que ha obligado a estatuir formas de colaboración con el sector privado. Esta causa, además, se perfila más aguda en la actual conjuntura de restricción presupuestaria, en la que las Administraciones Públicas se ven en la tesitura de afrontar el mismo rango de demanda con un deterioro súbito de los ingresos, lo que también impulsa la búsqueda de nuevas formas de gestión de naturaleza extrapresupuestaria, como la técnicas de colaboración público – privada, o de externalización de servicios públicos.

En este escenario se explica el desarrollo paulatino de las formas de gestión indirecta que ha experimentado la sanidad española.

II.- DESARROLLO NORMATIVO

2.1.- En su redacción primigenia el artículo 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya concedía a las Administraciones Públicas facultades para recabar la colaboración privada por medio de conciertos. Esta facultad, sin embargo, estaba y está, mediatizada por dos presupuestos previos:

- La utilización óptima de sus propios recursos, de los propios recursos de las Administraciones Públicas competentes.

- El Principio de prioridad de los centros no lucrativos, a igualdad de condiciones de eficacia, calidad y costes.

Así las cosas, parece claro que el sistema de prestación de servicios sanitarios comenzó a desarrollarse, en esta última etapa, partiendo del principio nuclear de total preferencia por las fórmulas de prestación directa, y de una cierta, digamos, reticencia hacia fórmulas que recaben el apoyo del sector privado.

2.2.- Segundo hito: Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Insalud. Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud: En el escenario liberalizador que se abrió en España en la última parte de la década de los años noventa del siglo pasado, estas dos normas dieron paso a la definitiva consolidación de

¹ <http://www.dbk.es/esp/default.cfm?idPagina=2&diarrea=15>

las fórmulas de gestión indirecta. La ley de habilitación de nuevas formas de gestión, de artículo único, gravitaba en torno a tres elementos:

- La facultad de prestación directa o indirecta de servicios sanitarios y sociosanitarios, a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios.

- La atribución competencial al Gobierno de España y las Comunidades Autónomas que por aquel entonces ya contaban con la titularidad de las competencias sanitarias, para determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados.

- La apertura a la prestación por medios ajenos, a través de acuerdos, convenio o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad.

Real Decreto 29/2000 que desarrolló la parca regulación de la anterior norma de artículo único.

En este contexto del proceso se sitúa, además, el alumbramiento en el ordenamiento jurídico de las fundaciones públicas sanitarias, por la Ley 50/1998, de acompañamiento.

2.3.- La definitiva asunción por todas las Comunidades Autónomas de las competencias en materia de salud, a partir de los años 2000, y la generalización de toda la extensa panoplia de formas de gestión que había legitimado la Ley 15/1997.

III.- ESTADO ACTUAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS POR LA MODALIDAD DE CONCIERTO

El amplísimo marco de fórmulas prestacionales de servicios públicos sanitarios que presentó la promulgación de la Ley 15/1997, ha dado lugar a un esquema que, por supuesto, divide la cuestión entre la gestión directa y la gestión indirecta:

- Gestión directa personificada, que todavía es el más extendido, a través del cual las Comunidades Autónomas (y en la misma medida la Adminis-

tración General del Estado a través de IINGESA), han dispuesto la creación de los servicios de salud, como organismos públicos, evidentemente, de derecho público, que tienen encomendadas las funciones públicas relacionadas con la prestación de la asistencia sanitaria.

- Gestión directa a través personificada a través de entes sujetos en su al derecho privado, tales como Fundaciones y sociedades mercantiles de capital íntegramente público.

- Gestión indirecta, a través de los medios que ofrece el artículo 253 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

1. Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

2. Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

3. Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

4. Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Con este escenario de regulación, la modalidad de concierto en el ámbito de la prestación indirecta de servicios públicos sanitarios, dispone, tal y como sucede en materia de educación, e, incluso, ahora, en materia de atención a la dependencia, de algunos matices regulatorios especiales que le separan del centro de gravedad de la regulación estricta de la Ley de Contratos del Sector Público.

Así, si en materia de educación, la concertación de centros privados es ciertamente original, en la medida en que está previsto por el artículo 27 de la Constitución Española, la concertación de servicios sanitarios también de un régimen jurídico especial, cuyo vértice superior es la Ley General de Sanidad, y también en la propia Ley de Seguridad Social.

IV.- LA MODALIDAD DE CONCIERTO Y EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA.

Lo cierto es que en el resto de modalidades de gestión de servicio público dispuestas por el artícu-

lo 253 de la Ley de Contratos del Sector Público (concesión, gestión interesada, sociedad de economía mixta), la nota pública del servicio aparece ex novo, su titularidad es originaria del poder adjudicador, que crea el servicio y lo externaliza. En el concierto, sin embargo el servicio es preexistente, es prestado con anterioridad en el mercado, de tal suerte que la Administración subentra en la financiación del mismo, y en este momento se publica.

En este marco, la discusión sobre la manera en que esta situación especial se compadece con las notas esenciales del derecho a la asistencia sanitaria, del artículo 43 de la Constitución Española ha sido inevitable. Así, esta claro que el derecho constitucional a la asistencia sanitaria está gobernado por las notas clásicas del servicio público: universalidad, carácter público, prestación permanente y prohibición de discriminación. Entonces, se trata de determinar si la concertación es compatible con estos principios de universalidad del servicio y su carácter material y formalmente público, es decir, con la exclusiva titularidad pública.

En este debate ya contamos, desde luego, con la intervención del Tribunal Constitucional, que en el conjunto doctrinal de las Sentencias 37/1994, de 1 de febrero, 206/1997, de 27 de noviembre y 239/2002, de 11 de diciembre, ha establecido los siguientes elementos nucleares de la cuestión, en el ámbito de la función protectora de la Seguridad Social:

1.- El carácter evolutivo del sistema protector, que asimila fórmulas de gestión diversas, y que acogen sin problema todo el elenco existente desde la prestación directa hasta la intervención del sector privado.

2.- La naturaleza pública del sistema no queda cuestionada por la incidencia de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto del sistema.

3.- La constitución no impone un modelo de gestión único, en la medida en que concede al legislador un amplio margen para instaurar el sistema que elija, siempre que actúe bajo el manto protector de los principios constitucionales.

A mi juicio, *mutatis mutandi*, se podría concluir que existe una suerte de contenido mínimo esencial en el derecho a la prestación de asistencia

sanitaria, relacionado con la universalidad, la gratuidad y la titularidad pública, que no se ve comprometido por la elección de fórmulas de gestión indirecta, en la medida en que esta es una facultad que el constituyente delegó en el legislador ordinario, así como en las Administraciones Sanitarias.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido acogida por el propio Tribunal Supremo, de cuyo elenco de pronunciamiento (por todas, Sentencia de 20 de diciembre de 2005) podemos extraer los siguientes principios:

1.- La constitución no impone un determinado modelo de gestión y prestación.

2.- La prestación puede ser pública, privada o mixta

3.- Salvo disposición expresa en contrario, cualquier forma de prestación es válida.

En este marco, para el profesor Menéndez Rexach, no cabría un sistema en el que todos los servicios sanitarios fueran prestados por instrumentos de gestión indirecta. Desde luego, me someto completamente a la autoridad del catedrático, pero creo, siempre que el servicio sea universal y gratuito, y exista un engarce con la titularidad pública, así como un férreo ejercicio de las potestades y facultades de policía, en cuanto al aseguramiento de habitualidad en la prestación y la calidad del proceso asistencial, y la prohibición de discriminación, la fórmula de gestión elegida no tiene afectación constitucional alguna.

V.- SITUACIÓN LEGISLATIVA ACTUAL, DE REGULACIÓN DEL CONCIERTO SANITARIO. CUESTIONES CONCRETAS

5.1.- El Artículo 90 de la Ley General de Sanidad. Esquema de regulación:

- Principio y requisitos previos:

o Utilización óptima de sus recursos sanitarios propios

o Prioridad de los centros sanitarios de carácter no lucrativo, en las mismas condiciones de eficacia, calidad y costes.

En torno a este aspecto, se plantea una primera la redacción del artículo 90, originario de 1986, podría plantear algunos problemas de incompatibi-

lidad con el derecho comunitario europeo. Así, en materia de contratación pública. En el entorno de un procedimiento abierto de contratación para la concertación de un servicio, es posible que priorizar a un licitador, de naturaleza no lucrativa, frente a otro, de naturaleza societaria, pueda suponer una vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, así como de los principios de libertad de establecimiento en materia de servicios sanitarios.

- Prohibición de concertación de terceros de la prestación de atenciones sanitarias, cuando ello pueda contradecir los objetivos sanitarios, sociales y económicos de los planes de salud.

- La concertación de un concreto servicio sanitario exige la previa:

- o Fijación de los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a los conciertos a que se refieren los apartados anteriores.

- o Financiación: Las condiciones económicas se establecerán en base a **módulos de costes efectivos, previamente establecidos y revisables por la Administración.**

- o Sistema de homologación de los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las Administraciones públicas sanitarias por aquellas, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente, que podrá ser revisado periódicamente.

- Contenido mínimo del concierto:

- o Derechos y obligaciones de las partes.

- o Aseguramiento de que la atención sanitaria y de todo tipo que se preste a los usuarios será la misma para todos sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios.

- o Prohibición de servicios complementarios respecto de los que existan en los centros sanitarios públicos dependientes de la Administración pública concertante.

- Limitaciones del artículo 93 LGS: No se podrán establecer conciertos (ni fórmulas de vinculación) con centros sanitarios privados, cuando en alguno de sus propietarios o en alguno de sus trabajadores concurren las circunstancias que sobre incompatibilidades del sector público y el privado

establezca la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

- Poderes de la Administración: El artículo 94.2 atribuye a la Administración concertante amplios poderes de policía sobre de inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración pública en los centros privados concertados.

A este sistema, aplicable a todos los servicios de salud, al amparo del carácter básico de la Ley General de Sanidad 149.1.16° CE, ha sido desarrollado ampliamente por las Comunidades Autónomas, que ya decididamente, han interiorizado las fórmulas de gestión indirecta y la colaboración con el sector privado.

5.2.- Esquema de regulación del concierto en las Comunidades Autónomas

Desde luego, la mecánica de este foro no permite detenerse en el estudio pormenorizado del estado legislativo del concierto sanitario en todas las Comunidades Autónomas, pero si puede resultar interesante realizar un análisis prospectivo de este marco regulatorio, del que se alumbran, a mi juicio dos niveles:

- Un primer grupo de Comunidades Autónomas que no regulan, o lo hacen a modo de simple mención, la fórmula concreta del concierto.

- Un segundo grupo que si detalla con cierta concreción el régimen de concierto. La mayoría de estas Comunidades, (Islas Baleares, Cataluña, Madrid) a través de un conjunto de normas sistemáticamente ordenadas en títulos o capítulos intitulados como formas de colaboración con la iniciativa privada. En términos generales, todas estas normas estatuyen elementos esenciales y básicos del concierto para la prestación de servicios sanitarios:

- o Regulación del concierto y sistema de fuentes.

- o Sistema previo de homologación y acreditación de los centros.

- o Contenido mínimo del convenio:

- La descripción de los servicios, de los recursos y de las prestaciones que se conciertan y de los objetivos a conseguir.

- El régimen de acceso de los usuarios con cobertura pública que será gratuito.
- El coste de los servicios a concertar y la forma de pago.
- La duración del concierto y las causas de renovación o extinción de éste.
- El procedimiento de evaluación de los centros concertados.

- El régimen de inspección de los centros y servicios concertados.

- Las consecuencias del incumplimiento.

O Algunas regulaciones, además, como La Ley de Salud de las Islas Baleares, establecen la duración máxima del convenio, que se fija en cuatro años.

O Obligaciones de los centros concertados.

O Resolución de los conciertos.

5.3.- El concierto en la LCSP.

La ley de Contratos del Sector Público conoce el concierto con persona natural o jurídica como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, que regula en los artículos 251 a 265, a los que además, es indefectible añadir las reglas sobre conceptos generales y, selección del contratista, adjudicación del contrato, y procedimientos de adjudicación.

El artículo 253 delimita las modalidades del contrato de gestión de servicio público, y dispone que una de ellas será el concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

Así las cosas, la doctrina administrativista se ha esforzado por describir cuales son las notas que visten la naturaleza jurídica del concierto:

- El concierto ha de formalizarse, necesariamente, con una persona jurídica o entidad de derecho privado.
- El concierto debe formalizarse con persona natural o jurídica que venga prestando el servicio con anterioridad y habitualidad.

Acerca de todo el marco regulatorio que acabamos de describir, compuesto por la LGS, la le-

gislación autonómica, y la LCSP, cabe preguntarse cuál es el espacio existente para cada una de ellas. Es decir, cuál es el sistema de fuentes aplicable al concierto sanitario, y, en segundo lugar, cuál es el marco competencial de las Comunidades Autónomas para regular cuestiones, en principio, constreñidas a la regulación material de los contratos del sector público.

5.4.- Combinación de la LGS, la legislación autonómica, y la Ley de contratos del Sector Público.

La cuestión competencial no es sin duda, menor, en la medida que debe quedar cerrada, ya que en el contexto actual de reforma de los Estatutos de Autonomía, son previsibles cambios profundos en el ejercicio de las competencias legislativas en materia de sanidad, lo que unido al desarrollo del concierto como forma de prestación, puede ocasionar conflicto en la aplicación de normas, que, eventualmente, pueden resultar contradictorias.

El estado actual de este problema está gobernado por los siguientes principios de partida:

- El Estado es competente para la regulación básica y material de los contratos del sector público.

- La normativa sobre contratos del sector público, además, esta fuertemente sujeta a las disposiciones de derecho comunitario, en este caso, en materia de servicios sanitarios (proyecto BIO-MED), y, sobre todo, en materia de contratación pública (Directiva 2004/18/ CE), por lo que el margen de Estado y Comunidades Autónomas queda ciertamente reducido.

- Las Comunidades Autónomas son competentes para el desarrollo normativo de la legislación sanitaria, la regulación de aspectos de desarrollo de las normas de contratación, y, por supuesto, exclusivamente competentes para establecer su propio sistema de autoorganización, y para determinar las formas a través de las cuales prestan los servicios públicos de su titularidad.

5.5.- Poderes adjudicadores. Sujetos contratantes.

Se trata de determinar quien es el poder adjudicador en materia de concertación sanitaria, lo

que desde mi perspectiva tiene una importancia radical, dada la amplísima panoplia de entidades que tienen encomendada la prestación de servicios sanitarios, y que van, desde la propia gestión directa, hasta la gestión directa formal (personificada), y la proliferación de organismos, entidades públicas empresariales, fundaciones y empresas públicas.

Así las cosas, a mi juicio, el concierto sanitario solamente podrá ser celebrado por los entes y entidades que de acuerdo con el artículo 3.2 LCSP tienen la consideración de Administraciones Públicas:

- En primer lugar, porque el artículo 8 LCSP define el contrato de gestión de servicios públicos, como el celebrado por una Administración Pública.

- Así también el artículo 251.1: “La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia siempre que sean susceptibles de explotación por los particulares”.

- Artículo 8.2 LCSP, a cuyo tenor “Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

- En cuarto lugar, el artículo 20 LCSP señala que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas serán contratos privados, de donde resulta muy difícil inferir que el contrato de Gestión Públicos puede tener la calificación de privado.

En consecuencia solamente podrán concertar la asistencia sanitaria:

- o La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

- o Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social

- o Los Organismos autónomos.

- o Las Universidades Públicas.

- o Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

- o Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

- 1.1. que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

- 2.2. que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

- 3.3. No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

5.6.- Relaciones entre el Convenio de Colaboración y el Concierto.

El artículo 4.1.d) excluye de la aplicación de la LCSP los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. Desde luego, como apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010, estos instrumentos están previstos en virtud en virtud del principio de libertad de pactos que también gobierna el funcionamiento de las Administraciones Públicas, que está ínsito en el artículo 86 de la Ley 30/1992, y en la generalidad de las Leyes de Organización y Funcionamiento de las Administraciones de las CCAA. Así también caben en este concepto, las diversas fórmulas convencionales previstas por la LGS y las leyes de las CCA.

Con este marco, podemos preguntarnos si este precepto es compatible con el concepto de contrato

del artículo 2.1 LCSP. Este artículo dispone que son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la LCSP en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3.

Desde mi percepción, oneroso no quiere decir aquí que suponga gasto público, sino que se refiere a la retribución de una contraprestación, que es lo que nos remite al artículo 1255 del código según el cual contrato es aquel por el cual dos o mas personas convienen en obligarse, respecto de otra u otras a hacer alguna cosa o hacer algún servicio.

Así las cosas, siempre que nos encontremos ante un negocio jurídico por el que la Administración encomienda la prestación a los usuarios de un servicio sanitario, nos encontraremos ante un contrato de gestión de servicios públicos, y esta regulación deberá sujetarse, sin que quepa acudir al instrumento del convenio de colaboración, en la medida en que ello puede subvertir la aplicación de la LCSP y, por extensión, la infracción del derecho europeo de contratos públicos.

Ello no implica desde luego, la desaparición del instrumento convenial del funcionamiento de los servicios de salud, pero si la restricción de su uso a prestaciones no contractuales tales como la financiación de determinadas actividades en el marco del régimen subvenciones, la participación en proyectos de innovación, la mejora del servicio, o el desarrollo de nuevos procesos asistenciales, por ejemplo.

5.7.- Procedimiento de contratación.

Tal y como ha hecho notar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, (Informe 9/2009) a primera cuestión que surge con relación al procedimiento de contratación es que la Directiva 18/2004/CE, no resulta de aplicación a lo denominados en España contratos de gestión de servicio público, precisamente como consecuencia de este carácter de ejercicio de potestades inherentes del poder público que ostenta. Así ha sido declarado en numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia, *parking brixen*, por ejemplo, o *Frankfurter Entsorgungs*, más recientemente. En consecuencia, tampoco estará sujeto a regulación armonizada.

Partiendo de este hecho, lo cierto es que el legislador español podría haber dado un tratamiento diferenciado al concierto sanitario, para establecer un procedimiento de contratación que combinara la regulación de la contratación pública con la establecida por el artículo 90 de la LGS. No obstante, tratándose de una modalidad de la gestión de servicios públicos de acuerdo con el artículo 253 LCSP, la elección del procedimiento de contratación, así como su tramitación, deberá cumplir los siguientes requisitos:

1.- Principio y requisitos previos: Artículo 90 LGS.

o Utilización óptima de sus recursos sanitarios propios

o Prioridad de los centros sanitarios de carácter no lucrativo, en las mismas condiciones de eficacia, calidad y costes.

2.- Que la prestación haya sido asumida como competencia propia de la Administración que contrata. Que el contratista asuma el derecho a la prestación del servicio, lo cual supone asumir el riesgo vinculado a la explotación

3.- Artículo 116 LCSP: Necesidad de precisar el régimen jurídico del concierto.

4.- No aplicación de los siguientes preceptos, de acuerdo con el artículo 252 LCSP:

- 196: demora y penalidades a imponer.
- 197: resolución por demora y prórroga de los contratos.
- 203: suspensión de los contratos.
- 205: cumplimiento y recepción.

6.- Posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad, artículo 156.c), que se refiere a los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un Convenio de Colaboración entre Administraciones Públicas o de un contrato marco siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a la ley.

7.- Posibilidad de acudir a la contratación por la vía de los acuerdos o contratos marco, de los artículos 180 a 182 LCSP. Estos preceptos configuran la figura ya tradicional de contrato o acuerdo marco, junto con los sistemas dinámicos de adquisición, en virtud de los siguientes principios:

- Racionalización técnica de la contratación.
- Agilización de la tramitación y externalización de los servicios.

A ello podemos añadir que, en el marco de la concertación sanitaria, y teniendo en cuenta que está prevista la facultad de contratación negociada sin publicidad, la celebración del contrato marco da cumplimiento de los principios del tratado de funcionamiento de la Unión Europea, sobre no discriminación, y aseguramiento de la libre concurrencia, con las obligaciones de publicación en el BOE y BOCCAA, de acuerdo con el 181.

Esto es así, en la medida en que esta figura constituye un acuerdo con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos a adjudicar durante un periodo de tiempo determinado. Permite, en consecuencia, la participación abierta, la publicidad, y la existencia de un diálogo transparente entre la Administración Sanitaria y la iniciativa privada, que por otra parte está fuertemente limitada por la prohibición de utilización de forma abusiva o de manera que la competencia pueda verse obstaculizada.

La LCSP previene que la duración máxima de cuatro años salvo en casos excepcionales debidamente acreditados – concepto jurídico indeterminado. Entonces surge una duda que ya sido presentada a los órganos consultivos en materia de contratación público: teniendo en cuenta que la duración del concierto se puede extender hasta diez años, al amparo del artículo 254 LCSP, ¿es posible que el concierto celebrado en virtud de un contrato marco se extienda más allá de los cuatro años?. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 7/2008) ha llegado a la conclusión de que no tiene que haber impedimento, en principio, para que puedan superar el período de vigencia del acuerdo marco.

Es conocido que este criterio está soportado por la propia Comisión Europea, pero mi parecer es que existen numerosas dudas alrededor de esta distorsión. Así, si tenemos en cuenta que el acuerdo marco fija las condiciones contractuales para un plazo de cuatro años, y que no está previsto que nuevas empresas se adhieran al contrato marco, la fijación de conciertos de duración superior a los cuatro años podría retardar la formalización de un nuevo marco hasta su finalización, lo que, even-

tualmente, puede restringir las posibilidades de entrada de terceras empresas en el sistema. Asimismo, en la medida en que la ampliación de este plazo implica, al menos, la puesta en marcha del procedimiento del artículo 182, dado que nos hallamos ante la aplicación de términos no fijados en el acuerdo marco, quizá la extensión del concierto más allá de la vigencia del acuerdo marco, implicaría la apertura de una nueva especie de licitación, con las fases de consultas a las empresas, presentación de ofertas, valoración de las mismas, adjudicación, etc, que permitieran el acceso de nuevas empresas en el sistema.

5.8.- Modificación de los conciertos

La historia de la modificación de los contratos públicos en el derecho español es la historia del eterno incumplimiento de la Directiva 18/2004/CE. Así, La ley 30/2007 ya desterró la vieja fórmula de las necesidades nuevas, y se asentó únicamente sobre la base de las causas imprevistas y con el límite de la no afectación a las condiciones esenciales del contrato.

A pesar de ello, la infracción de la Directiva sigue existiendo, y creo que es así desde la lectura de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, destilada por ejemplo en la Sentencia de 13 de abril de 2010, acerca del rigor con el que el derecho comunitario observa la modificación contractual.

Ello ha motivado que el legislador español se haya puesto manos a la obra en la fijación, esperamos que por fin, de un esquema de regulación ajustado al derecho comunitario.

Sin perjuicio de loar la intención de estatuir por fin una regulación de la modificación contractual totalmente compatible con el derecho de la Unión Europea, parece razonablemente criticable la opción legislativa elegida, que no es otra que la utilización de la Disposición Final Décimo Octava del proyecto de Ley de Economía Sostenible, que reformulará más de treinta artículos LCSP.

Entre ellos, revisará el artículo 202, para remitirlo a los nuevos artículos 92 bis a quinquies, que limitarán la posibilidad de modificación a que tal previsión se realice por razones de interés público, pero siempre que la posibilidad esté prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación. Si no es así se establecen una serie de causas tasadas que vendrán

a terminar con la actual situación de inseguridad en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Por su parte, el artículo 258 LCSP también quedará modificado en el sentido de remitir a esta regulación, y para continuar con las previsiones en torno al régimen económico financiero del contrato.

Este marco, a mi parecer, va a obligar al órgano de contratación, y, claro, al órgano gestor a ser especialmente cuidadoso, no solo en la determinación de la prestación sanitaria, sino también, en las cláusulas de revisión, por ejemplo, según los criterios asistenciales, de población, geográficos, etc.

De esta situación, y del régimen económico del concierto, en definitiva, hemos podido ver las consecuencias en la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 24-2-210, tributaria de otra en el mismo sentido de 29 de abril de

2009, que terminó condenando a la Administración Sanitaria al pago de una indemnización a la entidad concertada, por el deterioro de su régimen financiero, producido como consecuencia de un incremento poblacional imprevisto, así como un incremento temporal y de frecuente prestacional, lo que se tradujo en incremento de los costes variables en la ejecución del contrato.

VI.- COMUNICACIÓN Y POSTERIOR DEBATE

Una vez presentada la ponencia que acabo de resumir, se procedió a la lectura de una interesantísima comunicación que versó sobre los aspectos principales de la última reforma operada sobre la LCSP, por la promulgación de la Ley 34/2010. En este sentido, el comunicante desglosó los entresijos del nuevo sistema de recursos en materia de contratación pública, y del nuevo Tribunal de Resoluciones de Recursos Contractuales.

Finalmente, el debate posterior permitió disertar sobre la naturaleza de este órgano revisor, sus competencias y funciones, y el estado de la cuestión sobre la negociación entre las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado para la implantación del sistema. Asimismo, se abrió un consulta acerca del sistema de vinculación del artículo 90 de la Ley General de Sanidad, y las nuevas opciones de contratación con la iniciativa privada que prevé el nuevo proyecto de modificación de la LCSP, en materia de contrato de colaboración público – privada, y las sociedades de economía mixta.

VII.- CONCLUSIONES.

1ª.- La utilización de instrumentos de concertación exige la aplicación combinada de varios elementos normativos, excesivamente dispersos: Legislación sobre Contratos del Sector Público, Ley General de Sanidad, y legislación autonómica en materia de ordenación sanitaria.

2ª.- Únicamente las entidades que de acuerdo con el artículo 3 LCSP ostentan la condición de Administraciones Públicas, pueden aparecer como Administración contratante en el contrato de gestión de servicios públicos, y, en consecuencia, en la modalidad de concierto.

3ª.- La actual configuración del sistema de contratación pública, y su sujeción a los principios comunitarios de transparencia, igualdad, no discriminación y libre competencia, exige la reducción del ámbito de aplicación de los convenios de colaboración hacia la realización de prestaciones no contractuales.

4ª.- La previsible promulgación de un nuevo régimen de modificación de los contratos obliga a la Administración Sanitaria al especial cuidado en la redacción de los pliegos reguladores de los contratos sanitarios, o en la formulación de los acuerdos marco, sobre todo en materia de prestaciones sanitarias y régimen económico de los conciertos.

LA COMPAÑÍA ASEGURADORA EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Juan Carlos Grijalba López

*Jefe del Servicio de Asesoramiento y Normativa.
Secretaría General Técnica. Consejería de Salud.
Comunidad Autónoma de La Rioja*

I.- ¿POR QUÉ RESPONDE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA?. II.- EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN. III.- ¿CÓMO RESPONDE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA? LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. IV.- LA ASEGURADORA, ¿POSICIÓN PRIVILEGIADA?. V.- CONCLUSIONES. VI.- ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

I.- ¿POR QUÉ RESPONDE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA?

La Administración sanitaria en particular responde por el mismo concepto jurídico que responde la Administración en general, y esto nos conduce a la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La figura de la responsabilidad patrimonial surge por evolución legislativa. Prescindiendo del origen de la responsabilidad del Estado, regulada en el Código Civil, podemos decir que la consagración administrativa arranca en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954; continúa en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957; encuentra su acogida en la Constitución de 1978 (art. 106.2) y, finalmente, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el posterior desarrollo

procedimental operado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 encontramos los requisitos positivos (que deben concurrir) y los negativos (que no deben concurrir) para que los particulares tengan derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas.

Los requisitos positivos son los siguientes:

Que se haya producido un daño real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o a un grupo de personas.

Que el daño sea antijurídico; es decir, que la persona que lo sufra no tenga la obligación jurídica de soportarlo.

Que exista una relación de causalidad directa entre el daño y el funcionamiento (normal o anormal) del servicio público.

Que el daño o lesión sea imputable al funcionamiento (normal o anormal) del servicio público.

Que la reclamación se interponga en el plazo de un año desde la producción del daño; o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

Negativamente, se exige que no concurra fuerza mayor en la producción del daño, o que no concurren otras causas de exoneración, como sería cuando el particular tiene la obligación jurídica de soportar el daño, o los supuestos denominados como “riesgos del desarrollo”, circunstancias imprevisas o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción del daño.

Con estos requisitos legales enunciados se puede hacer el siguiente desarrollo:

La responsabilidad de la Administración es objetiva; prescinde de toda idea de culpa y gira en torno al concepto de “relación de causalidad”.

Por tanto, debe haber relación de causalidad entre el funcionamiento (normal o anormal) de un servicio público y el daño sufrido por el particular.

Mediante un análisis lógico (no jurídico), se identifica la causa o antecedente que proporciona la explicación del resultado dañoso.

Si concurren varios antecedentes, todos ellos son tan “causa” como los demás. Es lo que se llama “equivalencia de las condiciones”.

Una vez identificadas las causas con criterios lógicos, cada una de ellas ha de ser imputada o atribuida a un sujeto actor mediante la utilización de criterios jurídicos.

¿Y cuáles son esos criterios jurídicos de imputación?

Unos son criterios positivos, que sirven para atribuir la responsabilidad a la Administración.

El criterio positivo de imputación está determinado por el funcionamiento (normal o anormal) del servicio público.

La jurisprudencia entiende el servicio público en sentido amplio, y lo identifica con la gestión, actividad o quehacer administrativo. El servicio público es sinónimo de actividad administrativa (STS 4 enero 1991); otras veces se califica como actividad pública, giro o tráfico administrativo o, simplemente, el actuar de la Administración (STS 10-10-1997 y las en ella citadas).

El servicio público se reconoce porque el sujeto obligado por ley a su prestación recibe potestades administrativas bastantes para atender aquel deber.

En este sentido, la Administración tiene el deber de obrar o comportarse de un modo determinado. El contenido de las obligaciones de la Administración se completa con reglamentos. Así, en el caso del servicio sanitario, la determinación de las prestaciones, en el R.D. 1030/2006, cartera de servicios comunes.

En concreto, el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios se puede manifestar a través de:

El ejercicio de potestades mediante actos administrativos (inmovilización de plasma) o reglamentos (margen comercial de las farmacias).

El ejercicio de una profesión (actos médicos), o el desarrollo de una actividad material o técnica.

La omisión de los deberes legales (ejemplo: falta de vigilancia en un centro psiquiátrico).

Pero no todo es servicio público. El servicio público tiene sus límites. En concreto, para el servicio público sanitario se pueden señalar los siguientes límites:

Por amplia que sea la cobertura objetiva (prestaciones) y subjetiva (universalidad), no existe responsabilidad mientras no exista el servicio que pueda causar el daño.

La Administración sanitaria no tiene para con el paciente una obligación de resultado (curar). No existe el “derecho a recuperar la salud”. La obligación de la Administración en este caso es de medios: aportar los medios y técnicas a su alcance tendentes a conseguir la curación. La medicina de medios no comprende la medicina de resultados (satisfactiva), que emplea técnicas persiguiendo un beneficio estético y funcional.

La actuación de los profesionales sanitarios queda sujeta y condicionada a la *lex artis*. En la prestación sanitaria, la *lex artis* es *ad hoc*; es un criterio valorativo de cada caso concreto, no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades de cada supuesto a tratar. La observancia de la *lex artis ad hoc* exige que la Administración sanitaria actúe según los conocimientos y técnicas requeridos por el caso concreto, empleando los medios más adecuados, en sustancia, tiempo y forma, para

diagnosticar, tratar y sanar a un determinado paciente, según el estado de los conocimientos científicos y los protocolos profesionales de actuación.

No existe el derecho a una medicina tecnológicamente avanzada. La universalidad debe acomodarse a la estabilidad financiera, a los medios disponibles.

Otros criterios son negativos, que sirven para negar la imputación de la Administración. Estos criterios negativos, como se ha enunciado, son:

La fuerza mayor. Se trata de hechos previsibles cuya causa sea ajena al sujeto obligado. La causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio.

El deber jurídico de soportar el daño. Es un deber jurídico porque el tratamiento médico ha sido correcto; porque el daño es consecuencia del comportamiento de la víctima; o porque ha prestado consentimiento informado.

Los riesgos del desarrollo. Jurídicamente no existe lesión cuando el daño deriva de hechos que no se han podido prever según el estado de los conocimientos existentes en el momento de su producción.

El riesgo general de la vida. No es un deber jurídico de soportar el daño, sino un deber natural y social: una incidencia normal y esperable en el natural acontecer de la existencia.

Con todo lo dicho, se puede establecer una relación de los supuestos más comunes por los que la Administración sanitaria responde; o no responde.

La Administración sanitaria responde por:

Error de diagnóstico. Sólo se responde si hay daño.

Error del tratamiento. Ejemplo, se prescribe un medicamento que, por las circunstancias conocidas de ese paciente, le provoca un mal mayor; se prescribe en exceso o sobredosis (debe acreditarse el daño).

Falta de información. Se debe informar al paciente de las actuaciones médicas, de los riesgos derivados tanto generales como especiales relacionados con el paciente concreto; alternativas terapéuticas, riesgos de no recibir el tratamiento, etc.

Falta de consentimiento. Con la información facilitada, el paciente debe consentir su tratamiento.

Infracción de la *lex artis*: empleo de técnicas inadecuadas.

Pérdida de oportunidad. Cuando el desenlace ocurrido (enfermedad, secuela, muerte) podía haber tenido *más o menos* “oportunidades” de acontecer de haber sido otro el proceder del médico cuya conducta de enjuicia¹.

Funcionamiento defectuoso del servicio: instalaciones inadecuadas, no cumplir el deber de custodia –fuga- en psiquiátrico, etc.

Falta de funcionamiento del servicio (*culpa in omittendo*): falta de prestación, omisión de pruebas.

Funcionamiento tardío: listas de espera excesiva, demora en el diagnóstico o en el tratamiento.

Caso fortuito (caso desafortunado): culpa sin responsabilidad.

Daño desproporcionado.

La Administración sanitaria no responde cuando no se den los requisitos para declarar la responsabilidad, y además por:

Abandono de la sanidad pública (libre elección de la sanidad privada).

No colaborar con el propio tratamiento, o abandonarlo.

Alta hospitalaria voluntaria. Es una forma de abandono del tratamiento.

Cuando el daño es consecuencia de la propia evolución de la enfermedad.

En general, por no seguir las indicaciones médicas.

Dos observaciones finales que, si bien en nada afectan a la responsabilidad objetiva de la Administración, pueden servir para justificar o al menos comprender la conducta o actuación del profesional:

En la actividad sanitaria, exteriorizada en la actuación del profesional, influye, lógicamente, su estado personal.

También influye la configuración del trabajo, si bien todos tendemos a pensar que nuestro trabajo es el peor.

¹ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de.

II.- EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

La previsión legal vista anteriormente evidencia que la Administración despliega actividades susceptibles de generar un riesgo.

Entendemos “riesgo” como la posibilidad de generar un daño a terceros.

Incluso tratándose de actividades en beneficio o ayuda del administrado, se le puede generar un daño.

La Administración gestiona sus riesgos: pone el máximo cuidado para que sus servicios actúen sin causar perjuicios a los ciudadanos.

Pero, ante la posibilidad del daño, puede optar por dos formas de hacer frente a las consecuencias:

Asumir directamente las consecuencias del daño mediante el abono de la indemnización correspondiente.

Transferir o externalizar las consecuencias del daño. Producido el no deseado resultado dañoso, que sean otros los que se encarguen de relacionarse con los perjudicados.

Para transferir las consecuencias del daño se acude a una compañía aseguradora: se contrata un seguro.

¿Por qué contrata un seguro la Administración?

Desde luego, no se trata de un problema de solvencia. Es decir, no se trata de proteger al dañado y buscar siempre la solvencia del obligado a indemnizar (compañía aseguradora). Tratándose del erario público, la solvencia está totalmente garantizada, y se podría optar por el autoseguro.

Se suelen aducir tres razones para explicar la contratación de un seguro por parte de la Administración.

La primera, por la actitud ante el riesgo. Es preferible pagar una prima (cantidad cierta y cada cierto tiempo) que afrontar en su día un riesgo, aunque sea incierto (*incertus an, incertus quando*).

La segunda, por razones de estabilidad presupuestaria. Con el pago de la prima (cantidad cierta y cada cierto tiempo) se evitan las sorpresas de desequilibrios financieros. Se dota una aplicación

presupuestaria con una cantidad fija para afrontar el pago de la prima.

La tercera, por las reclamaciones o presiones de determinados sectores de funcionarios vinculados con actividades más proclives a causar daños, como enseñanza, sanidad, carreteras, seguridad, suministro de aguas, inspección y controles, alumbrado, vertederos, etc., para que se contraten seguros que cubran los riesgos. En estos casos, los funcionarios no pagan las primas (en otros países, los funcionarios contribuyen al pago de primas).

Así pues, la actividad desarrollada desde determinados sectores de los servicios públicos está amparada por la existencia de un contrato de seguro.

La regulación del contrato de seguro estaba inserta en el Código de Comercio de 1885 (artículos 380-428 y 737-805); y en el posterior Código Civil de 1888 (artículos 1791-1797), sin que entre ambos cuerpos legislativos, al día de hoy vigentes, se guardara una adecuada correlación.

Desde entonces se han aprobado diversas normas que, sucesivamente, han sido derogadas unas por otras. Así, la Ley sobre el Registro de Inspección de empresas de seguro de 1908 y su posterior Reglamento de 1912; la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 16 de diciembre de 1954; la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado; la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y supervisión de los seguros privados; el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que es el Texto Refundido de la ley anteriormente citada.

Esta situación legislativa dio origen a que los mercantilistas manifestaran la necesidad de un nuevo régimen del contrato de seguro, bien mediante una ley especial que regulara sólo el contrato, o una ley que regulara tanto el contrato como el control y vigilancia de la actividad aseguradora. Después de varios estudios y propuestas, se culmina con la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (LCS), con diversas modificaciones posteriores, la mayoría de ellas por exigencias del Derecho Comunitario.

Según el artículo 1 LCS, “el contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de co-

bertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”.

Mas concretamente, el artículo 73 LCS establece que “por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”.

El artículo 75 LCS dispone que “será obligatorio el seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquéllas actividades que por el Gobierno se determinen. La Administración no autorizará el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el interesado la existencia del seguro. La falta de seguro, en los casos en que sea obligatorio, será sancionada administrativamente”.

Surgen así, de la ley, dos categorías de seguro de responsabilidad civil, a las que se puede añadir una tercera.

La primera categoría es la de seguro obligatorio. Es para las actividades que determine el Gobierno o que se exija mediante el debido rango normativo. Así, podemos citar las de transportes por carretera; circulación de vehículos a motor; instalaciones nucleares; caza; buques destinados al transporte de hidrocarburos; agentes de la propiedad industrial; auditores; corredores de seguros; empresas navieras por la explotación de sus buques; agentes que intervienen en el proceso de edificación; tenencia de animales peligrosos; agencias de viaje; bancos de sangre y hemodonación; ensayos clínicos; instalaciones petrolíferas; seguridad privada; embarcaciones de recreo;

Además, y para los supuestos de seguro obligatorio, el artículo 636 del Código Penal castiga con multa de uno a dos meses a quienes realicen actividades sin el seguro de responsabilidad civil exigido legalmente para su ejercicio.

La segunda categoría es la de seguro voluntario, para las actividades y supuestos en que no se imponga con carácter obligatorio. Puede haber innumerables ejemplos: hostelería, tintorerías, comercio, hogar, etc.

La tercera categoría, *extra lege*, que se puede añadir a las anteriores, es la de seguro imposible. Esta categoría se da cuando, a la vista de los preceptos de la propia LCS, la concurrencia de determinadas circunstancias hace imposible la existencia del seguro.

La Dirección General de Seguros, en respuesta de 26 de junio de 1996, dijo que el seguro de responsabilidad civil de la Administración era imposible por incompatibilidad legal ².

Pero las posibilidades interpretativas de la ley, el tiempo y la práctica han quitado la razón a la respuesta dada. Hoy en día no se discute la existencia de contratos de seguro de responsabilidad suscritos por la Administración³, que en la materia de responsabilidad sanitaria que nos ocupa son contratos voluntarios. Mediante el mecanismo de la responsabilidad de la Administración se tiende a resarcir los daños y perjuicios causados. El hecho de poner al nombre de “responsabilidad” algún apellido, ya sea el de “patrimonial”, “económica”, “pecuniaria”, etc., no añade nada al objeto perseguido que es la reparación de un daño evaluable.

Una particularidad que debe resaltarse en estos contratos de seguro de la Administración es que se trata de “un contrato de adhesión a la inversa”. Por lo general, cuando se contrata un seguro poco hay que discutir: la aseguradora lo presenta como contrato de adhesión, con las cláusulas ya redactadas en las que el tomador se limita a firmar.

Pero, siendo el contratante la Administración, el contrato se hace bajo unas cláusulas (pliegos) que la propia Administración ha redactado, señalando incluso el precio. La aseguradora puede introducir las modificaciones (variantes) que los mismos pliegos, ya definidos, le permitan. Por lo general, no lo permiten.

² La respuesta dada por la Dirección General de Seguros puede verse íntegra en el trabajo de PAVELEK, citado en la orientación bibliográfica.

³ No solamente no se discute, sino que hoy en día está expresamente reconocido por Ley la posibilidad de que la Administración cuente con una aseguradora. Así, el art. 21.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa considera a las aseguradoras de la Administración como “parte codemandada junto con la Administración a quien aseguran”; artículo que concuerda con el 2.e) de la misma Ley, y con el art. 9.4, párrafo 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como consecuencia, debemos de traer a la cita el artículo 1.288 del Código Civil, que establece que *“la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”*; es decir, que no debe favorecer en este caso a la Administración redactora de los pliegos.

III.- ¿CÓMO RESPONDE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA?. LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Cuando en derecho se distingue entre el “qué” y el “cómo”, se está resaltando las diferencias entre las cuestiones de fondo, o sustantivas; y las cuestiones formales, o adjetivas.

De tal manera, al referirnos a “cómo responde la Administración”, estamos aludiendo a cuáles son los pasos que debe dar la Administración, o los trámites que debe seguir, para finalmente decidir si reconoce, o no, su responsabilidad. Es definitiva, estamos hablando del procedimiento administrativo.

El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Al referirse el título de esta norma a “los procedimientos de las Administraciones Públicas”, una descuidada lectura puede dar a entender que cada Administración Pública dispone de su propio procedimiento.

En realidad, el término “procedimientos” del título de la norma hace alusión al que le precede “Reglamento”. Se trata, por tanto, de un Reglamento que contempla varios procedimientos. Así se desprende del artículo 1.1 al decir que “la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ... se hará efectiva de acuerdo ... con los procedimientos establecidos en este Reglamento”; o del artículo 2.1 que comienza diciendo que “mediante los procedimientos previstos en este Reglamento ...”

Es este, por tanto, un Reglamento que contempla varios procedimientos, que van a ser los aplicados por las diferentes Administraciones Públicas: el procedimiento general (Capítulo II); el procedimiento abreviado (Capítulo III), y el procedimiento para la exigencia de responsabilidad pa-

trimonial a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 21).

No obstante, esto que se dice que puede haber tantos procedimientos como Administraciones, o que cada Administración autonómica pueda tener su propio procedimiento, no deja de tener su explicación jurídica.

El artículo 149.1.18ª in fine de la Constitución establece la competencia del Estado en materia de “legislación básica sobre ... el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas”. Esta es la competencia que el Estado ha ejercido mediante las disposiciones de la Ley 30/1992.

Es posible, por tanto, que los Estatutos de Autonomía confieran a la Comunidad Autónoma respectiva una competencia de desarrollo legislativo de tal legislación básica estatal⁴.

Pero, en el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR) esto no ha ocurrido. El artículo 29 del Estatuto de Autonomía determina que “la responsabilidad de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja y de sus autoridades o funcionarios se exigirá en los mismos términos y casos que establezca la legislación del Estado en la materia”.

Así pues, la CAR no puede desarrollar el sistema normativo estatal de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Pero, si la CAR no puede desarrollar tal sistema, sí puede adaptarlo en aspectos concretos, al amparo de otras competencias autonómicas específicas. Tal cosa ocurre con el procedimiento administrativo para la exigencia de responsabilidad patrimonial, cuando la adaptación derive “de las especialidades de la organización propia de La Rioja” (artículo 8.1.2 del Estatuto).

Es posible, por ello, que la CAR dicte normas propias, legales o reglamentarias, para acomodar el

⁴. El Estatuto de Autonomía de Cataluña, Ley Orgánica 6/2006, de 19 julio (RCL 2006/1450), contiene un precepto expreso. En concreto, el artículo 159, titulado Régimen jurídico, procedimiento, contratación, expropiación y responsabilidad en las Administraciones públicas catalanas, cuyo apartado 5 dispone: “Corresponde a la Generalitat, en materia de responsabilidad patrimonial, la competencia compartida para establecer las causas que pueden originar responsabilidad con relación a las reclamaciones dirigidas a la Generalitat, de acuerdo con el sistema general de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.”

procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, establecido en la normativa estatal, a las particularidades organizativas de la Administración autonómica. Por eso, cuando la Ley del Parlamento de La Rioja 4/2005, de 1 de junio, de funcionamiento y régimen jurídico de la CAR, se remite en su artículo 65 a la legislación básica del Estado, tal remisión debe entenderse “sin perjuicio de las especialidades derivadas de la propia organización”, según reconoce el artículo 8.1.2 del Estatuto.

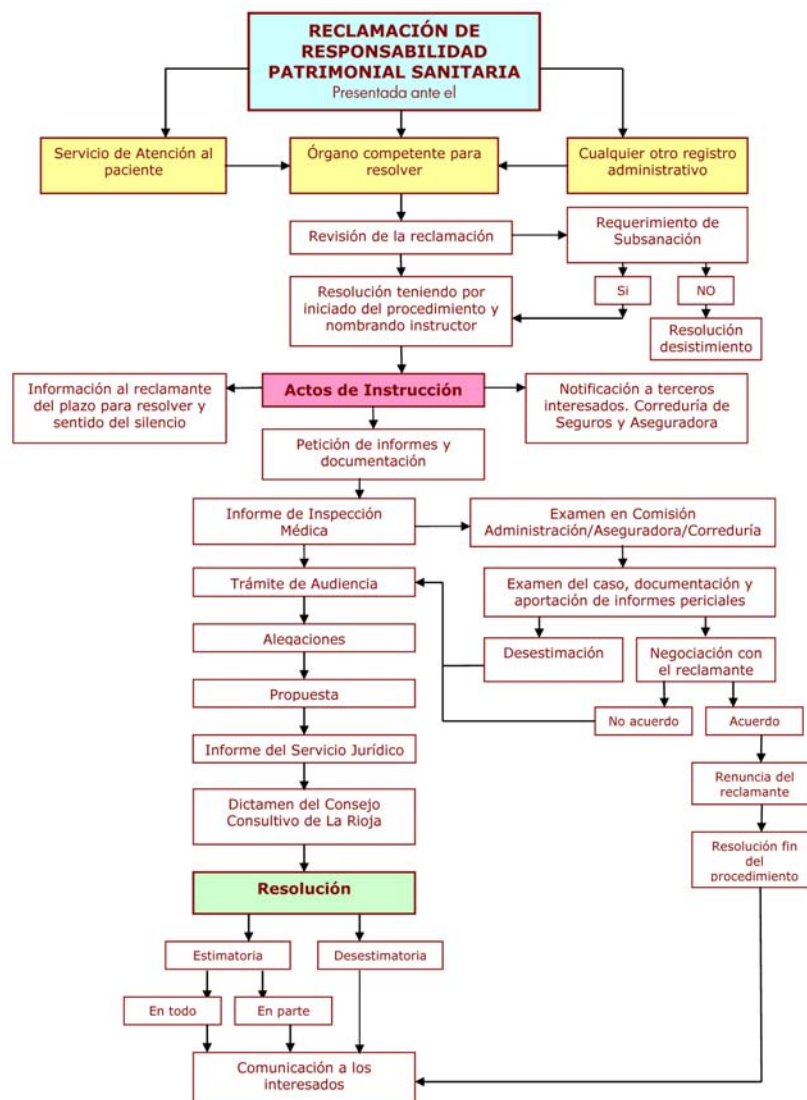
La importancia del procedimiento queda patente en el artículo 53.1 de la Ley 30/1992 al disponer que “los actos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado,

se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido”.

Igualmente, el artículo 43.1 de la Ley del Parlamento de La Rioja 4/2005 establece que “los actos administrativos se producirán por el órgano que tenga atribuida la competencia y de acuerdo con el procedimiento establecido”.

El procedimiento se configura así como un límite en la actuación de la Administración, y como una garantía para el administrado.

El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria que se sigue en la CAR responde, en síntesis, al siguiente esquema:



IV.- LA ASEGURADORA, ¿POSICIÓN PRIVILEGIADA?

Con base en la relación contractual que surge entre la compañía y la Administración, por una parte, y en la relación procedimental que surge al tramitarse un procedimiento de responsabilidad patrimonial, voy a comentar determinados aspectos que guardan una estrecha relación con el trabajo diario de tramitadores del procedimiento. Se trata, en concreto, de la posición de tercero de la aseguradora, la configuración de la comisión de seguimiento, y la dirección jurídica por parte de la aseguradora.

El esquema del procedimiento anteriormente expuesto contempla la intervención de la compañía aseguradora dentro de los actos de instrucción, en dos apartados diferentes: en el apartado “notificación a terceros” y en el apartado de “examen en comisión”.

Recibida la reclamación, que es tanto como decir que iniciado el procedimiento, se comunica al asegurador. Esta es una exigencia doble: primero, porque es interesado en el procedimiento según el artículo 31 de la Ley 30/1992, pues sus intereses pueden resultar afectados por la decisión que se adopte; segundo, porque el artículo 16 LCS impone al tomador del seguro la obligación de comunicar al asegurador el acontecimiento del siniestro en un plazo máximo de siete días desde que se tiene conocimiento del mismo o en el más amplio que fije la póliza⁵.

Así pues, el asegurador es llamado y comparece en el procedimiento de responsabilidad patrimonial como interesado. La obligación de la Administración para con él es la propia que tiene con todo interesado: ofrecer los trámites pertinentes, esencialmente el de prueba y audiencia, y finalmente notificarle la resolución.

Pero, la intervención de la aseguradora no termina aquí. Hemos visto en el esquema que aparece igualmente en “examen en comisión”; y esto es debido a la particular forma de tramitación de este procedimiento.

Esta particular forma de tramitar no deriva del tipo de procedimiento (responsabilidad patrimonial), ni de la materia (sanidad), ni siquiera de la concurrencia de una aseguradora (hay otros procedimientos en los que concurre una aseguradora de la Administración y no se tramitan como este).

La particularidad hay que buscarla en los propios pliegos de prescripciones, que suelen contener un apartado específico bajo el epígrafe “gestión de las reclamaciones”, o denominación similar. En efecto, se establece en los pliegos que para valorar las reclamaciones objeto de cobertura se constituirá una comisión de seguimiento formada por personal de la Administración y de la aseguradora, a los que se suma personal de la correduría de seguros con voz y sin voto. Cada reclamación se examina desde el punto de vista médico, jurídico, técnico-asegurador y administrativo, y finalmente se adopta un acuerdo sobre cada reclamación analizada. Es lo que se ha llamado “tramitación colegiada del siniestro”.

¿Esta “tramitación colegiada” es el “procedimiento legalmente establecido” al que se refiere el artículo 53 de la Ley 30/1992, y que se debe observar antes de dictarse el acto?

Hay múltiples casos en los que la Administración debe tomar decisiones que afectarán a los derechos e intereses de terceros; pero eso no supone que “los terceros” que puedan verse afectados vayan a formar una Comisión con la Administración para examinar las peticiones del reclamante, hacer un estudio administrativo y jurídico, valorar el caso y decidir conjuntamente.

Los terceros afectados son parte en el procedimiento, y hay que ofrecerles los trámites preceptivos so pena de nulidad; pero de ahí, a valorar conjuntamente las peticiones de otros (los reclamantes), hay mucha diferencia.

Los terceros afectados son parte en el procedimiento, y hay que ofrecerles los trámites preceptivos so pena de nulidad; pero de ahí, a valorar conjuntamente las peticiones de otros (los reclamantes), hay mucha diferencia.

En este sentido, debe recordarse que la existencia de esta Comisión, y sus funciones, descansan en los pliegos contractuales, y éste es un soporte jurídico insuficiente. La aseguradora obtiene en el procedimiento una categoría jurídica que no está debidamente construida, por insuficiencia normativa y de rango. Con esto que se dice no se pretende cuestionar la eficacia de las reuniones en Comisión, que está fuera de dudas; lo que se pretende es llamar la atención para conseguir una cobertura jurídica suficiente.

De entre los acuerdos que puede adoptar la Comisión, merece destacarse el de la “negociación con el reclamante”: La Comisión decide negociar

⁵ La póliza suscrita por La Rioja, vigente al día de hoy, dice que se comunicará “de inmediato”.

con el reclamante, y las negociaciones se dejan en manos de la aseguradora. Si se alcanzara un acuerdo transaccional, la Aseguradora exigiría al reclamante que renunciara a sus acciones. ¿Puede la Administración dejar a cargo de la aseguradora alcanzar un acuerdo transaccional?

Las posiciones son encontradas por cuanto que sólo caben dos respuestas a la pregunta anterior: o sí, o no.

Quienes opinan que la Administración no puede dejar la negociación en manos de la aseguradora, aducen básicamente que la Administración no puede hacer abandono o dejación de sus funciones: una vez iniciado el procedimiento, la competencia es irrenunciable. No cabe incardinar estos supuestos en la delegación o en la encomienda de gestión; se lesiona el derecho del particular a obtener una resolución; se deja en manos de tercero (la compañía aseguradora) el ofrecer un acuerdo indemnizatorio (labor del instructor del procedimiento) y fijar la cuantía. En definitiva, que iniciado el procedimiento, la compañía de seguros no puede injerirse en él, y su actuación debería llevarse a cabo con posterioridad a la decisión administrativa, según lo pactado⁶.

Pero, frente a estos argumentos se pueden oponer otros, a saber:

¿Acaso no puede la aseguradora iniciar negociaciones antes de que se plantee la reclamación por responsabilidad patrimonial? Hablaríamos de negociaciones en el ámbito privado, para evitar una acción directa.

La aseguradora no es ajena a la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial; es interesado, y como tal comparece en el mismo.

La aseguradora no necesita autorización de la Administración para emprender negociaciones. Además de ser interesado en el procedimiento, debemos recordar que la aseguradora está expuesta a la acción directa del perjudicado contra ella (ex artc. 76 LCS).

Los artículos 90 y 91 de la Ley 30/1992 contemplan el desistimiento y la renuncia como forma de finalización del procedimiento. La Administración los debe aceptar de plano salvo que algún ter-

cero personado en el procedimiento inste su continuación (artc. 91.2). La Administración no puede ni debe indagar en las causas del desistimiento o renuncia; sólo en sus efectos (derecho irrenunciable, lesión de derechos de terceros). Únicamente, si la incoación del procedimiento conlleva interés general, podrá limitar los efectos de tales desistimiento o renuncia (artc. 91.3).

¿Qué sucedería si un tercero, no Administración y no aseguradora, ofreciera al perjudicado el importe reclamado y a cambio le exigiera renuncia de acciones? ¿Acaso el inicio de un procedimiento administrativo “deroga” el artículo 1.158 del Código Civil que contempla el pago hecho por terceros?⁷

¿Puede la aseguradora perder su “derecho a negociar” sólo por la opción procedimental elegida por el reclamante? Es decir, en vía civil, podría sin dudas; en vía administrativa, no.

Según la disposición adicional 12ª de la Ley 30/1992, la Administración también responde por las actuaciones sanitarias de los centros concertados. Estos centros concertados están excluidos de la póliza de la Administración, si bien se les exige y cuentan con la suya propia. Iniciado el expediente de responsabilidad patrimonial, ¿estaría inhabilitada la aseguradora del centro concertado para negociar con el perjudicado? ¿Hasta este extremo llegaría también la objeción para la negociación?

Una vez finalizado el procedimiento de responsabilidad patrimonial, y abierta la vía contencioso administrativa, ¿podrían el perjudicado y la aseguradora llegar a un acuerdo, al margen de la Administración? El artículo 74 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa dice que el recurrente podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a la sentencia. El juez debe oír a las partes, y no aceptará el desistimiento si se opone la Administración, y tampoco lo aceptará cuando aprecie daño para el interés público. El juez no entra en los motivos por los que se desiste.

La realidad evidencia que las negociaciones existen. En unos casos por iniciativa de la asegura-

⁶ Argumentos que ya fueron expuestos por el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 2/2001.

⁷ Artc. 1.158, primer párrafo, del Código Civil: “Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor.”

dora, en otros con el apoyo o acuerdo previo de la Comisión de Seguimiento⁸.

Los Tribunales son conocedores de esta práctica. Se pueden citar varias sentencias en las que se parte del hecho de las negociaciones habidas entre la aseguradora y el perjudicado. Tales sentencias, todas ellas de lo contencioso administrativo, no solo no han cuestionado los acuerdos alcanzados, sino que los han dado por válidos y han partido de ellos para rechazar las pretensiones o disminuir las cuantías solicitadas.

STSJ Cantabria 7-11-1996 (RJCA 1996/1747).

El 28-4-94 se reclama del ayuntamiento 640.943'- Ptas. por caída por el hueco de alcantari-lla.

Tramitado el siniestro por la aseguradora, se llega a un acuerdo por 600.000'- Ptas., con renuncia de acciones.

Se reclama nuevamente, por empeoramiento, argumentando que la transacción con la aseguradora careció de consentimiento.

La Sala entiende que la reclamante infringe el principio de buena fe, y que va en contra de sus actos. Califica su actuación como conducta desleal.

STSJ Navarra 22-7-2002 (RJCA 2002/951).

El 24-5-99 un alumno, haciendo prácticas de soldadura en una empresa privada, pierde la visión de un ojo al salir despedido un trozo de chapa.

Reclamó, y obtuvo de la compañía una indemnización de 3.023.000'- Ptas. con renuncia de acciones.

⁸ La negociación por parte de la aseguradora se reconoce en:

- Manual de procedimiento del SESCOAM, modelo 2.2.23, pág. 118: "Del estado de la documentación obrante en el expediente, se ha considerado en dicha comisión que la aseguradora negociará la conclusión del expediente". Modelo 2.2.24, pág. 119: "Les comunicamos que la aseguradora ... después de iniciados los contactos con la reclamante, no ha podido alcanzar un acuerdo amistoso".

- Pliego de prescripciones de la Comunidad Autónoma de Valencia. En el orden del día de la Comisión Informativa de Gestión de Siniestros existe un apartado sobre "actualización de la situación de transacción: solucionados, pendientes y fracasados" (cláusula 5.4). Asimismo, se recoge en los pliegos que cuando la decisión de la Comisión de Seguimiento haya sido la de negociar o transar económicamente, la Compañía Aseguradora deberá llevar a cabo todas las gestiones tendentes a la resolución amistosa (cláusula 5.7).

Se reclama más cantidad, alegando error en el consentimiento al firmar el finiquito.

El Tribunal descarta el dolo en la firma de tal documento, pero aprecia un "brutal desequilibrio" entre lo percibido de la aseguradora, y lo que razonablemente puede corresponder como indemnización.

El Tribunal le reconoce una nueva cuantía, pero de la misma descuenta lo ya percibido de la aseguradora.

STSJ Castilla y León, Valladolid 28-6-2007 (JUR 2007/337076).

Daños sufridos en festejos taurinos; riesgos cubiertos por seguro.

Consta que en virtud del contrato de seguro, la aseguradora hizo un ofrecimiento de transacción al actor por importe de 800.000'- Ptas., suma que no fue aceptada por la parte recurrente.

Se reconoce indemnización por importe inferior al ofrecido; y se dice que "constando acreditado el ofrecimiento de pago al actor por la aseguradora de una cantidad superior a la reconocida en esta resolución, ofrecimiento que no fue aceptado al entender el actor que concurría en el caso de autos la responsabilidad patrimonial de la Administración, no procede reconocer el incremento de los intereses del 20% reclamados en la demanda frente a la aseguradora".

STSJ Castilla-La Mancha 21-6-2007 (JUR 2007/310827).

Se desestima la reclamación por no constar acreditada la relación de causalidad. Se dice que "tampoco puede conformar la circunstancia definidora de la existencia de la relación de causalidad unas iniciales conversaciones de transacción judicial, que no llegaron a materializarse".

Estas prácticas de negociación de la compañía con el perjudicado van en interés de una más ágil tramitación; evidencian que los acuerdos son útiles, en no pocas ocasiones resultan convenientes porque las pretensiones de los perjudicados son excesivas al amparo de que se reclama de la Administración; no suponen renuncia de derechos porque siempre cabe la posibilidad de alegar vicio del consentimiento o desproporción de la indemnización. En definitiva, hay sólidas razones para reconocer y favorecer las mismas.

Por lo que se refiere a la dirección jurídica, dispone el artículo 74 LCS que “Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador”.

Esta función viene reforzada por lo que dispone el artc. 72.2 de la misma ley, al decir que “El asegurado, y en su caso el tomador del seguro, queda obligado: 2. A prestar la colaboración necesaria en los procedimientos judiciales encaminados a obtener la solución de la deuda, cuya dirección será asumida por el asegurador”.

En principio, pues, la dirección jurídica le corresponde al asegurador. La dirección jurídica debe entenderse en sentido amplio, abarcando tanto el asesoramiento en derecho como la representación y defensa en juicio, y algún autor ha visto en esto un argumento en manos de la aseguradora para *reclamar* su posición de ventaja o privilegiada en el procedimiento administrativo a través de la Comisión de Seguimiento.

El artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa⁹ y el artículo 551 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰ dejan pocas posibilidades para que abogados ajenos puedan defender y representar al Estado. Igualmente, la Ley 52/1997, de asistencia jurídica al Estado, cierra esta posibilidad, salvo conflicto de intereses.

Pero, las propias normas citadas dejan abierta la puerta en el caso de las Comunidades Autónomas. En efecto, se proclama que la representación y defensa corresponderá a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de cada Administración

⁹ Artc. 24 LJCA. La representación y defensa de las Administraciones Públicas y de los órganos constitucionales se rige por lo dispuesto en la Ley orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, así como en las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las Comunidades Autónomas.

¹⁰ Artc. 551 LOPJ. 1. La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, ..., corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el servicio jurídico del Estado. 3. La representación y defensa de las Comunidades Autónomas ... corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda.

autonómica, salvo que éstas designen abogado colegiado que las represente y defienda.

En la CAR, los artcs. 66 y ss. de la Ley autonómica 4/2005, de 1 de junio, atribuyen a los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma la asistencia jurídica a la Administración General. En la ley se prevé, igualmente, que el Consejo de Gobierno, en supuestos excepcionales y motivadamente, puede encomendar la defensa legal a Abogados ajenos, en cuyo caso los Servicios Jurídicos realizarán el seguimiento de los asuntos encomendados.

En desarrollo de esta ley citada, el artc. 1 del Decreto autonómico 21/2006, de 7 de abril, establece que la representación y defensa en juicio de la Administración corresponde a la Dirección General de los Servicios Jurídicos (DGSJ). La representación y defensa en juicio de las fundaciones (Hospital de Calahorra, RiojaSalud), puede corresponder a la DGSJ, pero se requiere que los responsables de las mismas lo soliciten, y se suscriba un convenio de colaboración en el que se podrá determinar una compensación económica.

¿Se puede hablar de un trabajo duplicado, realizado por la Aseguradora y por los Servicios Jurídicos de la Administración? ¿Se puede decir que, teniendo la Administración un contrato pagado que garantiza su dirección (defensa) jurídica, no lo aprovecha porque la debe llevar a cabo su propio Servicio Jurídico?

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha declarado que “las obligaciones que nacen directamente de la ley, evidentemente, no pueden considerarse como contractuales pues su fuerza de obligar es exactamente la misma si se recogen en el clausulado de un contrato como si no ... su inclusión en las cláusulas de un pliego o documento contractual en general resulta totalmente innecesaria”¹¹; pero a la vista de las normas que pueden entrar en conflicto es preciso armonizar el artículo 74 LCS, que encomienda la dirección jurídica a la aseguradora, con la normativa autonómica que otorga la competencia institucional de defensa de la Administración de La Rioja a la DGSJ. Téngase en cuenta que el artículo 74 LCS sólo excluye a la aseguradora de la dirección jurídica si hay un pacto en contrario; pero si no hay tal pacto la di-

¹¹ Informe de la JCCA 14/2010, de 23 de julio.

rección jurídica correspondería a la aseguradora y no hay nada que, a su vez, excluya a los Servicios Jurídicos de su función institucional asignada.

La fórmula de equilibrio que se adopte, cualquiera que sea, debería despejar toda duda en los pliegos de prescripciones y determinar, en alguna cláusula relativa a la forma de ejecución del contrato, a quién corresponderá la dirección jurídica.

Las cláusulas que se incorporen podrían ser del siguiente estilo o similar:

“La representación y defensa en juicio de la Administración corresponderá, en todo caso, a sus servicios jurídicos, sin perjuicio de la intervención de abogados ajenos a ella según la normativa específica”.

O bien

“En aplicación del artículo 74 LCS, la dirección jurídica y los gastos de defensa que se ocasionen corresponderá a la compañía aseguradora”

Cada una de ellas tiene diferentes consecuencias.

a) La representación y defensa en juicio de la Administración corresponderá, en todo caso, a sus servicios jurídicos. Habría que suscribir un pacto en contrario que excluya a la aseguradora de la dirección jurídica (“salvo pacto en contrario” dice el artículo 74 LCS). Esta exclusión de la aseguradora de la dirección jurídica debería verse correspondida con una aminoración o ajuste de la prima.

En este caso, si el asegurador no asume la dirección jurídica de la Administración porque se ha excluido por pacto, ¿deberá hacerse cargo de los gastos de defensa que se ocasionen?¹²

Es decir, dirección jurídica y gastos de defensa ¿son conceptos inseparables? ¿Se puede, en función de la autonomía de la voluntad, excluir la dirección jurídica e incluir los gastos de defensa? Si hacemos esto último, estaríamos más cerca de un seguro de defensa jurídica de los artículos. 76.a) a la g) de la LCS. Habría, quizá, que asegurar los gastos de defensa separadamente de los de dirección jurídica.

¹² Los gastos de dirección jurídica han de comprender no sólo los honorarios del Abogado, sino también los de representación procesal (procuradores), peritaciones, costas civiles, etc.

Ambos tipos de contrato son diferentes. Los “gastos de defensa” origen del seguro de responsabilidad civil no tienen nada que ver con el seguro de defensa jurídica, que debe ser un contrato independiente o constituir un capítulo aparte dentro de una póliza detallando la prima que le corresponde, el asegurado puede elegir abogado y procurador, etc. Además, en virtud del artículo 76.g), los preceptos de este contrato de defensa jurídica están excluidos de los aplicados a la defensa que realiza el asegurador de responsabilidad civil según lo previsto en el artículo 74.

También son diferentes los intereses en juego en ambos contratos: en la dirección jurídica del artículo 74 LCS están en juego los propios intereses económicos de la aseguradora; en la defensa jurídica de los artículos 76 a) y ss. LCS, están en juego los intereses del asegurado.

b) El que sean los propios servicios jurídicos de la Administración los encargados de la defensa jurídica ha de entenderse sin perjuicio de la intervención de abogados ajenos a ella según la normativa específica.

En el ámbito de la CAR, el artículo 16 del Decreto autonómico 21/2006 se refiere a la defensa por abogados ajenos a la Dirección General de los Servicios Jurídicos. Este precepto contempla que el Consejo de Gobierno, en supuestos excepcionales y motivadamente, podrá encomendar la defensa legal a abogados ajenos a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, sin perjuicio de la obligación del Servicio Jurídico General de realizar el seguimiento de los mismos¹³.

Este es el precepto que serviría para encomendar la defensa jurídica en supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria a abogados ajenos a la Administración¹⁴.

¹³ Asimismo, dispone que la representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja podrá corresponder a Procuradores de los Tribunales, a cuyo favor se hayan otorgado poderes por el Gobierno de La Rioja

¹⁴ Hay otros preceptos de este mismo Decreto que contemplan la intervención de abogados ajenos, si bien no serían de aplicación para el supuesto de responsabilidad patrimonial que ahora analizamos. Se trata de los siguientes:

Artículo 15, relativo a la defensa de autoridades, funcionarios y demás personal al servicio de la Administración autonómica. En este caso, puede correr a cargo de los propios letrados de la CAR, y si no se pudiera designar letrado, se hará a través de un abogado ajeno a la DGSJ (15.3), o mediante la contratación de pólizas de seguro (15.5).

¿Quiénes serían estos abogados ajenos a la Administración? Podría ser cualquier abogado de un gabinete o despacho particular debidamente colegiado.

¿Podrían ser, incluso, los propios abogados de la aseguradora? No hay inconveniente en admitirlo, pero su encargo sólo sería para la defensa en juicio: no desempeñarían la dirección jurídica al haber sido excluida la aseguradora por pacto en contra. Aun tratándose de los abogados de la aseguradora, ésta podría no hacerse cargo de los gastos de defensa precisamente por haber sido excluida de la dirección jurídica.

c) “En aplicación del artículo 74 LCS, la dirección jurídica y los gastos de defensa que se ocasionen corresponderá a la compañía aseguradora”. Esto supone que la representación y defensa también recaería sobre los abogados de la compañía, ajenos al Servicio Jurídico de la Administración. En el caso de La Rioja, la norma general es que los pliegos los aprueba el titular de la consejería como órgano de contratación, y el encargo a servicios jurídicos ajenos debe ser aprobado por el Gobierno. Tendría que aprobar los pliegos el propio Gobierno, o bien tendría que haber una delegación previa del Consejo de Gobierno en favor del órgano de contratación.

V.- CONCLUSIONES

1ª. La Administración sanitaria responde por el concepto de responsabilidad patrimonial aplicable a toda la Administración (responsabilidad unipersonal).

Disposición adicional 2ª, relativa a la asistencia letrada al Servicio Riojano de Salud. En los supuestos de resarcimiento de gastos por atención sanitaria prestada a no beneficiarios del sistema sanitario público, o cuando existan terceros responsables que deban hacerse cargo de la asistencia, legal o contractualmente, el Servicio Riojano de Salud, a propuesta de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, podrá contratar de acuerdo con la normativa vigente los servicios de abogados que realicen todas las gestiones conducentes al cobro, sea en fase prejudicial o judicial en cuyo caso la representación y defensa en juicio del mencionado ente corresponderá a los referidos abogados.

Se está refiriendo a casos de reclamaciones hechas a terceros obligados al pago. Para ello la autorización no proviene del Consejo de Gobierno, sino que es el propio SERIS, a propuesta de la DGSJ, quien externaliza el servicio.

2ª. La actividad de la Administración genera riesgos: puede ocasionar daños a terceros.

3ª. La Administración puede asegurar las consecuencias de la producción del resultado dañoso o lesivo mediante la suscripción de un contrato de seguro.

4ª. El seguro que suscriba la Administración será un contrato de seguro voluntario.

5ª. El procedimiento legalmente establecido para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración es el regulado en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

6ª. Las Comunidades Autónomas pueden desarrollar el sistema normativo estatal de responsabilidad patrimonial como norma básica que es.

7ª. En todo caso, las Comunidades Autónomas pueden adaptar el procedimiento del Real Decreto 429/1993 a sus particularidades organizativas.

8ª. La Aseguradora interviene como tercero interesado en la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial.

9ª. El papel que desempeña la Comisión de Seguimiento para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial carece de cobertura jurídica. Los pliegos contractuales son insuficientes para otorgar a la Aseguradora la posición de la que goza en la tramitación, que excede de la de un tercero.

10ª. La Aseguradora está legitimada para negociar con el reclamante perjudicado, aun cuando se haya iniciado un procedimiento de responsabilidad patrimonial.

11ª. Los pliegos de prescripciones deberían mencionar expresamente a quién corresponderá la defensa jurídica de la Administración, bien excluyendo a la Aseguradora, bien encomendándosela directamente.

12ª. La defensa jurídica de la Administración autonómica de La Rioja en supuestos de responsabilidad patrimonial se puede encomendar a abogados ajenos a la misma. En estricta aplicación del artículo 16 del Decreto 21/2006 de organización de los Servicios Jurídicos, el Gobierno tendría que reconocer la particularidad de esta materia, motivarlo debidamente, y hacer el encargo con carácter general o caso por caso.

VI.- ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de. *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*. Civitas 1999.

ARQUILLO COLET, Begoña. *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración. Los problemas del aseguramiento de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y sus soluciones jurídicas*. Tesis doctoral. Barcelona, 2006. Puede consultarse en http://www.tdr.cesca.es/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-1228107-135318/tbac.pdf

CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA. *IV Jornadas de la función consultiva. Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. 2002.

CONSELLERIA DE SANITAT DE LA GENERALITAT VALENCIANA – AGENCIA VALENCIANA DE SALUT. *Pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de un seguro que garantice la responsabilidad civil/patrimonial de la Conselleria de Sanitat y de la Agencia Valenciana de Salut como organismo autónomo de carácter administrativo, para el ejercicio 2009 y 2010. Expte. 9/2009. Pliego de prescripciones técnicas para la contratación de un seguro que garantice la responsabilidad civil/patrimonial*.

PAVELEK, Juan Eduardo. *El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración*. Revista de Derecho de los Seguros Privados. Vol. 4; núm. 3-4, año 1977. Págs. 17-30.

PINAZO HERNANDIS, Javier. *Responsabilidad de las Administraciones Locales y de sus autoridades y demás personal a su servicio*. Puede consultarse en la página de Internet <http://www.gva.es/jsp/portalgv.jsp>

SANCHEZ CALERO, Fernando (Director), y otros. *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Thomson-Aranzadi. 2005.

SESCAM Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. *Manual de procedimiento para la tramitación de la responsabilidad patrimonial*. Depósito Legal MA-1192-2010. Coordina: Gerencia de Inspección de Servicios Sanitarios y Prestaciones.

DESCANSOS ALTERNATIVOS Y PERMISOS RETRIBUIDOS: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

Rafael Sáenz Ortiz

Letrado de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

I.- INTRODUCCIÓN

Tal y como indica el título que lleva la presente Mesa de Trabajo, es mi intención realizar unas breves reflexiones sobre cuestiones relativas a los descansos alternativos y los permisos retribuidos en el ámbito sanitario.

Quisiera en este momento precisar que a lo largo de mi intervención haré referencia no sólo a los descansos alternativos y permisos retribuidos, sino también a cuestiones genéricas relativas al régimen de jornada, ya que así lo creo conveniente dada la estrecha relación que tienen todas estas cuestiones entre sí.

En definitiva, y espero conseguirlo, quisiera que mi intervención no se convirtiera en una especie de ponencia, sino que esas reflexiones o pensamientos a los que hacía referencia fuesen el punto de partida de un animado foro, en el que se plantee un interesante debate, con un enriquecedor intercambio de opiniones.

II.- REGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Hechas las presentaciones, y en relación al tema sobre el que versa esta mesa, en primer lugar resulta necesario plantearnos cuál es el régimen

jurídico en materia de jornada, descansos y permisos aplicable al personal estatutario.

En efecto, y tras muchos años esperando la publicación de una norma que unificara los distintos estatutos existentes en el ámbito que nos ocupa, entró en vigor la Ley 55/2003, de 16 diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (en adelante el Estatuto Marco o Ley 55/2003)).

En concreto, su Capítulo X lleva por rúbrica “Jornada de trabajo, permisos y licencias”, dedicándose su sección primera al “Tiempo de trabajo y régimen de descansos”, artículos 46 a 59; y su sección segunda a las “Jornadas parciales, fiestas y permisos”, artículos 60 y 61.

Pues bien, este es el marco jurídico que aparentemente resulta aplicable, y recalco lo de aparentemente, en relación a la jornada de trabajo, permisos y licencias.

Efectivamente, tras la entrada en vigor de la Ley 55/2003, parece que todo se normaliza, que existe un marco jurídico claro aplicable, largamente esperado en el tiempo dada la auténtica y exagerada dispersión normativa existente hasta el momento en el ámbito del personal estatutario, superando así la tan criticada, y con razón, técnica

del espigueo, especialmente utilizada en el sector que nos ocupa; técnica que, como bien saben, consiste, básicamente, en hacer valer únicamente lo que favorece de cada norma que pretendo aplicar, obteniendo así un régimen jurídico distinto y mucho más favorable que el contenido en la norma que realmente resulta aplicable.

No obstante, esta aparente tranquilidad queda rota tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante el Estatuto Básico o Ley 7/2007).

En efecto, el artículo 2 de esta última norma, concretamente en sus tres últimos apartados, se dice que:

3. El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84.

4. Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud.

5. El presente Estatuto tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación.

Pues bien, superada la conflictividad que en su día existió respecto a si el personal estatutario era o no personal funcionario (claro motivo utilizado por quienes defendían que la jurisdicción contencioso-administrativo era la competente para conocer de sus asuntos), es evidente que el Estatuto Básico incluye dentro de su ámbito al personal estatutario, y lo hace además expresamente, señalando que, sin perjuicio de lo que se establezca en su normativa específica, cada vez que el Estatuto Básico haga referencia al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario.

Ello nos condice a retomar la polémica que parecía superada de determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a este personal: el Estatuto Marco o el Estatuto Básico. Y, por razones evidentes, de nuevo nos podemos encontrar con la pretensión de aplicar una u otra según convenga, o lo que es lo mismo, con la técnica del espigueo.

Así, y en lo que interesa a esta mesa de trabajo, en el Estatuto Marco, tal y como indiqué anteriormente, la regulación de la jornada, descansos y permisos, se encuentra regulada en los artículos 46 y siguientes del a Ley 55/2003. Curiosamente, si bien las cuestiones relativas a jornada las regula con especial detalle, en su artículo 61, y en relación a los permisos retribuidos, prácticamente se limita a señalar que serán los que se establezcan en el ámbito de cada uno de las comunidades.

Por otro lado, en el Estatuto Básico se regulan en sus artículos 47 a 51 las cuestiones relativas a jornada, vacaciones y permisos, resultando, a diferencia de lo sucedido en el Estatuto Marco, que regula con especial detalle lo relativo a los permisos de los funcionarios.

Llegados a este punto, y según hemos anunciado, ¿cuál es el régimen jurídico aplicable?.

Lo cierto es que al respecto existen tanto aquéllos que defienden que será el régimen contenido en el Estatuto Marco, como aquéllos que defienden que será el régimen contenido en el Estatuto Básico.

Empezando por estos últimos, la Abogacía del Estado, en un informe emitido en relación a este asunto, concluyó que:

“Por último indicar que las conclusiones alcanzadas no se pueden entender, siquiera de forma tangencial, como una invitación al empleo de la técnica conocida como “espigueo normativo”.

En virtud de lamisca se pretenden combinar las especialidades de dos sectores diferenciados, para constituir un régimen atípico conformado por aquellas previsiones que, para cada situación concreta, resultan más favorables.

Por el contrario, el criterio que se ha expuesto en las anteriores conclusiones determina que será el Estatuto Básico del empleado público, la Ley 7/2007, la regulación propia del persona estatutario, de modo que la Ley 55/2003 sólo se aplicará en defecto de previsión expresa de la primera, sin que procedan lecturas combinadas”.

Por el contrario, y siguiendo el criterio defendido magníficamente por Joaquín Cayón de las Cuevas, Jefe de Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria, en las Jornadas de Letrados de los Servicios de Salud, celebradas en Santander los días 16 a 18 de mayo de 2007:

“Exclusiones implícitas: Bajo este epígrafe cabría agrupar aquellas materias que sin declararlo expresamente el EBEP por no aparecer en el art. 2.3, resultarían excluidas tácitamente por inferirse de la propia sistemática y articulación interna de la Ley 7/2007. Así cabe señalar, a título de ejemplo, el régimen de permisos contenido en el art. 73 EBEP que dispone que “las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes (...)”. Adviértase como el propio precepto se declara a sí mismo supletorio por lo que cabe entender que la regulación de esta materia en el ámbito del personal estatutario será la derivada del art. 61.2 EM, sin perjuicio de que este precepto se remita al régimen establecido para los funcionarios públicos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, y de que a través de esta remisión se iguale el régimen de permisos del EM y del EBEP. En todo caso, y esto es lo relevante, se estará aplicando normativa estatutaria dado que la aplicación de las disposiciones aplicables a los funcionarios lo es por vía de remisión”.

Esta me parece la postura más acertada, habida cuenta que, efectivamente, es el propio Estatuto Básico el que expresamente indica en su artículo 48.1 que será de aplicación en defecto de legislación aplicable, tal y como sucede en el caso que nos ocupa, ya que existe legislación específica del personal Estatutario al respecto, debiendo acudir por tanto en primer lugar a la misma.

Cuestión distinta es que, dado lo escueta de la regulación de los permisos contenida en el Estatuto Marco, debamos, por remisión expresa, acudir a la normativa existente al respecto a nivel autonómico y, de forma supletoria y en condición de “mínimos”, acudir al Estatuto Básico.

Posición que tampoco queda alterada por el hecho de que el Estatuto Básico sea posterior en el tiempo y en consecuencia pudiera interpretarse que el Estatuto Marco hubiera sido derogado por aquél, y ello por dos razones: primero, el propio Estatuto Marco señala que será aplicable sólo en defecto de norma específica y, segundo, deberá primar el

principio de no derogación de norma específica por norma general.

En definitiva, a mi modo de ver, el régimen jurídico de la jornada, permisos y licencias aplicable al personal estatutario, será el previsto en el Estatuto Marco, resultando el Estatuto Básico de aplicación supletoria en defecto de aquélla.

III.- APLICACIÓN AL PERSONAL FUNCIONARIO

Como segunda reflexión y yendo un paso más allá en lo que al ámbito de aplicación del Estatuto Marco se refiere, lógicamente en la materia a la que estamos haciendo referencia, nos podemos preguntar qué normativa se le aplica al personal funcionario que presta sus servicios en el ámbito de los servicios de salud

Lo cierto es que la cuestión puede sorprender, máxime si tenemos en cuenta que existían dudas de qué normativa se le aplicaba al personal estatutario, aún cuando tenían su normativa específica, dado que había entrado en vigor el Estatuto Básico. Obviamente, a la vista de la existencia de una normativa específica para el personal funcionario, el Estatuto Básico, la respuesta que parece inmediata a la pregunta que nos acabamos de hacer, será que se al personal funcionario que presta servicios en los Servicios de Salud, se le aplica el Estatuto Básico.

No obstante, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 55/2003, relativa a la Jornada y descansos de los centros del Sistema Nacional de Salud:

“El régimen de jornada y de descansos establecido en la sección 1.ª del capítulo X de esta ley será de aplicación al personal sanitario a que se refiere el artículo 6, sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo, de los centros y servicios sanitarios gestionados directamente por los servicios de salud”.

Disposición que, sirva apuntarlo, tiene carácter básico según se establece en la disposición final primera, apartado segundo, de la misma Ley:

“La disposición adicional segunda se dicta, además, al amparo del artículo 149.1.16.ª de la Constitución, por lo que sus previsiones constituyen bases de la sanidad”.

Pues bien, la expresión “*sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo*”, no puede entenderse sino como “*sea funcionario, sea estatutario, sea laboral*”, siempre y cuando se trate de personal a que se refiere el artículo 6 del Estatuto, es decir, personal sanitario.

Obviamente, esa disposición no está pensada para el personal sanitario estatutario, que es el regulado en el artículo 6 del propio Estatuto Marco, dado que sería absurdo que una disposición adicional tuviera que indicar que al personal definido en el ámbito de aplicación de la norma se le aplica el régimen jurídico establecido en dicha norma.

Evidentemente, el sentido de esa disposición es ampliar el régimen establecido para el personal estatutario sanitario, al resto de personal sanitario que no es estatutario, pero que presta sus servicios en centros de salud, es decir, a los laborales y funcionarios.

Esta cuestión que parece obvia, y que gran parte de Tribunales han tenido ocasión de conocer, si bien en la Jurisdicción Social, especialmente al pronunciarse respecto a las retribuciones de las guardias médicas, también puede resultar conflictiva, con las graves consecuencias que pueden imaginar, no sólo desde el punto de vista organizativo del Servicio, sino incluso entre el propio personal, dado que se plantea el caso de que dos facultativos, en el mismo Centro, no disfrutaran del mismo régimen de jornada, todo ello derivado, única y exclusivamente del vínculo jurídico que les une con la Administración.

En efecto, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 1, de Logroño, en su Sentencia nº. 118, de 7 de abril de 2005, se pronunció ante esta cuestión en un asunto en el que personal funcionario que prestaba sus servicios en centros adscritos al Servicio Público de Salud (en concreto un funcionario de carrera F.E.A. de Anestesiología) reclamaba el disfrute de unos días festivos adicionales regulados en el Acuerdo aplicable al personal funcionario de la Comunidad Autónoma como reducción de jornada por festivos locales.

Pues bien, según la disposición comentada parece evidente que, aún siendo personal funcionario que inicialmente quedase incluido en el ámbito de aplicación del Convenio aplicable al personal funcionario de la Comunidad Autónoma en concreto, al tratarse de una cuestión relativa a la jornada de-

bería estarse, no a lo que marca ese Convenio, sino al régimen jurídico establecido en el Estatuto Marco, evitando así, a mayor abundamiento, cualquier tipo de discriminación bajo el.

No obstante lo anterior, en la precitada Sentencia se concluye que:

“Pues bien, el personal estatutario a que se refiere el artículo 6 del Estatuto Marco, es al personal estatutario sanitario y a las distintas clasificaciones de dicho personal estatutario en atención a los criterios que allí se establecen, a los cuales será de aplicación sin distinción lo dispuesto en la sección 1ª del capítulo X de dicha Ley más, como ya ha quedado acreditado la recurrente no es personal estatutario de ninguna de las clases contempladas en el artículo 6 por lo tanto no se incardina dentro del ámbito personal subjetivo del referido Estatuto Marco. En su consecuencia cumple el reconocimiento del derecho y con ello la estimación del recurso”

Lo cierto es que la resolución dictada es, bajo mi punto de vista, especialmente criticable, y ello por las razones que apunté anteriormente.

Evidentemente, sería absurdo que una disposición adicional tuviera que indicar que al personal al que va dirigida la norma (en este caso estatutario), le es de aplicación el régimen de jornada contenido en la propia norma.

Y lo que sucede en el caso comentado es que la Juzgadora se centra precisamente en la expresión “*personal sanitario a que se refiere el artículo 6*”, obviando la expresión determinante “*sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo*”.

Tal y como ya apunte, la primera expresión no puede ser entendida como que se refiere al personal estatutario, sino que se refiere a aquel personal que sea sanitario; lo que unido a la segunda expresión, *sea cual sea el vínculo jurídico de su relación de empleo* arroja el resultado coherente a dicha disposición adicional: la extensión del régimen de jornada prevista para el personal estatutario sanitario, al personal funcionario o laboral sanitario.

Cuestión distinta, pero que no es objeto de la presente mesa de trabajo, aunque no puede evitar plasmarlo, es la problemática que diariamente nos encontramos para acceder al recurso de apelación en la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, en relación a las sentencias dictadas en materia de

personal, en este caso en el ámbito del personal estatutario y que desde luego en la Jurisdicción Social no sucedía.

En efecto, dicho recurso está prácticamente vedado, habida cuenta que rara vez estamos ante asuntos que superen los 18.000 € (1.800 € para acceder a la suplicación en el Orden Social). Sin olvidarnos de la extensión de efectos (figura que no existe en la Jurisdicción Social), que puede ser solicitada hasta un año después de haberse notificado la sentencia cuyos efectos se pretenden extender a quienes fueron parte en el proceso, con lo que se pueden imaginar la situación que se puede plantear con una sola sentencia dictada por un Juzgado, la cual no siquiera pudo ser recurrida (con carácter general, ya que pudiera haber interés de Ley).

En definitiva, al personal funcionario y laboral que presta sus servicios en centros y servicios sanitarios gestionados directamente por los servicios de salud, le es aplicable el régimen de jornada y de descansos establecido en la Ley 55/2003; motivo por el que incluso se ve reforzada la primera de las conclusiones alcanzadas.

IV.- DESCANSOS COMPENSATORIOS

En tercer lugar, y por novedoso, resulta interesante comentar el artículo 54 del Estatuto Marco, dedicado al “Régimen de descansos alternativos”, y según el cual:

“1. Cuando no se hubiera disfrutado de los períodos mínimos de descanso diario establecidos en esta ley, se tendrá derecho a su compensación mediante descansos alternativos cuya duración total no podrá ser inferior a la reducción experimentada.

2. La compensación señalada en el apartado anterior se entenderá producida cuando se haya disfrutado, en cómputo trimestral, un promedio semanal de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos semanales disfrutados, computando para ello todos los períodos de descanso de duración igual o superior a 12 horas consecutivas.

3. El disfrute de los descansos compensatorios previstos en este artículo no podrá ser sustituido por compensación económica, salvo en los casos de finalización de la relación de servicios o de las circunstancias que pudieran derivar del hecho insular”.

Efectivamente, es una figura, bajo mi punto de vista, totalmente novedosa, habida cuenta que, no sólo establece cuál ha de ser la compensación para aquellos casos en que no se hayan disfrutado los descansos en su momento (lo que denomina descansos alternativos), sino que prevé, y esto es lo realmente novedoso, cuando se entenderá producida dicha compensación.

Conforme a lo dispuesto en dicho artículo, parece claro que siempre y cuando se cumplan los parámetros establecidos en su apartado segundo (es decir en cómputo trimestral, un promedio semanal de 96 horas de descanso, incluyendo todos los descansos de duración igual o superior a 12 horas consecutivas, fines de semana inclusive), se entenderá hecha la compensación y, en consecuencia, como disfrutado el descanso alternativo.

Pues bien, como podrán imaginar, la aplicación efectiva de este precepto ha suscitado una gran conflictividad, habiéndose pronunciado al respecto diversas Salas de lo Contencioso-Administrativo de distintos Tribunales Superiores de Justicia. Al respecto, sirva citar la Sentencia núm. 160, de 30 de marzo de 2010, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, así como la Sentencia núm. 44, de 13 de febrero de 2009, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.

En efecto, la aplicación de este precepto ha tenido especial incidencia en aquellos supuestos en los que se suceden diversas jornadas (ordinaria, complementaria y ordinaria), como consecuencia de la realización de las guardias médicas.

Como bien saben, en el Estatuto Marco se regula la jornada de trabajo distinguiendo entre jornada ordinaria, jornada complementaria y jornada especial. Pero en lo que aquí interesa, la denominación de las jornadas no creo que tenga especial incidencia, dado que era lo que anteriormente se conocía como atención continuada, siendo lo especialmente relevante si, en relación a los tiempos de trabajo y de descanso, esa sucesión de jornadas tiene cobertura legal, o no.

Tal y como he señalado, el supuesto que se plantea es aquél en el que, sin solución de continuidad, le sucede a una jornada ordinaria una complementaria y a ésta, a su vez, otra jornada or-

dinaria, de tal forma que el facultativo esta prestando sus servicios ininterrumpidamente 31 horas.

Asimismo, esta situación se da en facultativos en que, por ser su jornada habitual de lunes a viernes de 8 a 15 horas, dado el número de guardias que realizan, cumplen con creces los parámetros establecidos en el artículo 54.2, por lo que la Administración no sólo considera que puede encadenar tales jornadas, sino que el descanso alternativo se entiende compensado; por lo que en definitiva su actuación es total y absolutamente ajustada a Derecho.

A mayor abundamiento, se entiende y considera que este régimen de descansos alternativos se regula de forma novedosa, precisamente, para dar cobertura a esas situaciones, dado que en el ámbito sanitario es una situación, podemos decir, instaurada de facto en el Sistema.

Pues bien, en contra de lo mantenido por los Servicios Públicos de Salud, en las Sentencias antes mencionadas se considera que el régimen de descansos alternativos está previsto para aquellos casos en a una jornada ordinaria le suceda una complementaria, sin que pueda existir una tercera sucesión de jornada sin solución de continuidad; debiendo, en consecuencia, reconocer de forma ineludible el descanso tras haber realizado el trabajador una jornada ordinaria seguida de otra complementaria.

En efecto, parte la fundamentación jurídica de la sentencia dictada por dicha Sala de la propia Exposición de Motivos del Estatuto Marco, habida cuenta que en la misma expresamente se citan las Directivas 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993 y 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, relativas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través de la regulación de los tiempos de trabajo y del régimen de descansos, dado que mediante dicha Ley se llevó a cabo la transposición al sector sanitario de las mismas; para a continuación señalar que fueron expresamente derogadas por el artículo 27 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 4 de noviembre de 2003, que entró en vigor, conforme a los dispuesto en su artículo 28, el 2 de agosto de 2004.

Tras un examen exhaustivo de dicha Directiva (con expreso reconocimiento de la posibilidad de

establecer excepciones a lo en ella previsto, entre otros, en el sector sanitario) y a la vista de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en Pleno) de 3 de octubre de 2000 (asunto C-C-303/1998), Sentencia Simap, interpretativa de la precitada Directiva 1993/104, de 23 de noviembre, y que resolvía una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y de la Sentencia, también en Pleno, de 9 de septiembre de 2003, Sentencia Jaeger, (curiosamente, expresamente se indica que esta última se dicta con referencia a la Directiva 93/104, cuyo contenido no ha sufrido variación sustancial en lo que aquí interesa en la Directiva 2003/88 y que la misma cita expresamente la Sentencia Simap), concluye que la excepción al descanso entre jornadas a que se refiere la previsión legal del artículo 51.3.b) del Estatuto Marco lo es para el caso de que se sucedan, en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o, en su caso, jornada especial, de tal manera que la Administración sanitaria sólo está facultada para ordenar dos jornadas de trabajo sin solución de continuidad, con una posterior compensación en los descansos; sin que en modo alguno dicho precepto legal autorice, ni de cobertura, a la supresión del derecho al descanso de 12 horas entre jornadas –declarado por el artículo 51.1 del Estatuto Marco– a continuación o de manera inmediata a la jornada complementaria o de guardia trabajada (24 horas) ininterrumpidamente tras una jornada ordinaria (de 8 a 15 horas).

En consecuencia, tal y como ya se apuntó anteriormente, al margen de los descansos compensatorios establecidos en el propio Estatuto Marco (artículo 54), se considera que, enlazada a una jornada ordinaria una jornada complementaria en un período inferior a 12 horas, ya se ha producido una reducción del descanso diario, sin que quepa enlazar o añadir a esta última ninguna jornada más sin disfrutar previamente el tiempo correspondiente de descanso; tesis total y absolutamente contraria a la defendida por la Administración, que según dijimos, mantiene que conforme a dichos preceptos, tras una jornada ordinaria de trabajo (7 horas), se puede enlazar sin solución de continuidad una jornada complementaria y a ésta, y también sin solución de continuidad, de nuevo una jornada ordinaria, siempre y cuando, en tales casos se respete el régimen de descansos alternativos establecido en

el propio Estatuto Marco, compensando mediante descansos alternativos los periodos mínimos de descanso diario no disfrutados, todo ello sin perjuicio de que tales descansos alternativos se entiendan compensados si se cumplen determinados parámetros establecidos en el propio Estatuto.

A tal efecto, es preciso partir de lo dispuesto en el citado artículo 51 del Estatuto Marco, y más concretamente en sus apartados 2 y 3.b), según los cuales:

“2. El personal tendrá derecho a un período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente.

3. El descanso entre jornadas de trabajo previsto en el apartado anterior se reducirá, en los términos que exija la propia causa que lo justifica, en los siguientes supuestos:

b) Cuando se sucedan, en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o, en su caso, jornada especial”.

Conforme a dicho precepto, es evidente que, aún cuando la regla general es la de respetar el período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente, se pueden suceder jornadas sin respetar ese período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente, sin que se esté limitando la sucesión única y exclusivamente a dos jornadas.

En efecto, de dicho precepto lo único que se desprende, y por tanto lo que permite, es que se produzca una sucesión de jornadas sin respetar el período mínimo de descanso ininterrumpido entre jornadas de 12 horas.

En consecuencia, a una jornada ordinaria le podrá suceder otra complementaria y a ésta, a su vez, le podrá suceder otra ordinaria, sin que tal sucesión esté limitada por lo dispuesto en el artículo 51.3.b), y sin que la realización de tales jornadas sucesivas vulnere lo dispuesto en el apartado primero de ese mismo artículo (*“El tiempo de trabajo correspondiente a la jornada ordinaria no excederá de 12 horas ininterrumpidas”*), habida cuenta que la jornada ordinaria no excede de 12 horas ininterrumpidas, ya que a la jornada ordinaria le sucede una jornada complementaria, y a ésta le sucede una nueva jornada ordinaria.

Cuestión distinta es, para que pueda operar la sucesión de jornadas, que se cumpla lo dispuesto en ese mismo artículo, concretamente en su apartado cuarto, según el cual:

“En los supuestos previstos en el apartado anterior, será de aplicación el régimen de compensación por medio de descansos alternativos establecidos en el artículo 54”.

En definitiva, permitida la sucesión de jornadas sin respetar el descanso mínimo de 12 horas ininterrumpidas entre el final de una y el comienzo de la otra, sin estar limitada dicha sucesión a dos jornadas, lo que deberá respetarse para que pueda tener lugar dicha sucesión es el régimen de descansos compensatorio en los términos del artículo 54 del Estatuto Marco.

Y, en consecuencia, si se da cumplimiento a tal régimen de descansos compensatorios, mediante descansos alternativos cuya duración total no podrá ser inferior a la reducción experimentada, es total y absolutamente admisible la sucesión de jornadas, sin que, se insiste una vez más, esté limitado el número de jornadas que se pueden suceder, ya que, en definitiva, lo determinante a tal fin es que se respete y de cumplimiento al régimen de descansos alternativos.

Y, en este sentido, es determinante y esencial lo previsto en el transcrito artículo 54.2, ya que la compensación se entenderá producida cuando se haya disfrutado, en cómputo trimestral, un promedio semanal de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos semanales disfrutados, computando para ello todos los períodos de descanso de duración igual o superior a 12 horas consecutivas, tal y como sucede en el caso que estamos comentando.

Ciertamente sorprende la conclusión alcanzada por las precitadas Salas, dado que va expresamente en contra de lo dispuesto literalmente en los preceptos citados.

A mayor abundamiento, las Directivas comunitarias en que se amparan, precisamente, son transpuestas por la normativa de aplicación. No obstante, se dice que las Directivas citadas en la Exposición de Motivos han sido derogadas por el artículo 27 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003; si bien, en clara contradicción con tal conclusión, la propia Sala apunta más adelante

que: “Posteriormente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno) de 9 de septiembre de 2003 (Sentencia Jaeger), con referencia a la Directiva 93/104, cuyo contenido no ha sufrido variación sustancial en lo que aquí interesa en la Directiva 2003/88 ...”.

Pero, aún si con todo y a los meros efectos dialécticos entrásemos a valorar si la normativa estatal contradice la europea, tampoco parece ser así, habida cuenta que en el sector sanitario, incluida Atención Primaria, se prevén excepciones al régimen general de descansos, siempre y cuando se establezcan períodos equivalentes de descansos compensatorios.

Criterio que si que fue mantenido, curiosamente, por la mencionada Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, en su Sentencia núm. 541/2008, de 5 de diciembre de 2008, así como por la propia Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en Sentencia núm. 296, de 25 de noviembre de 2008, en la que expresamente concluía:

“El recurrente realiza una jornada ininterrumpida de 31 horas aquellos días en que tras la jornada ordinaria de 7 horas realiza una complementaria de atención continuada de 17 horas y posteriormente la jornada ordinaria de 7 horas siguientes a la complementaria.

Ello no supone infracción del artículo 51 de la Ley, ya que no se trata de que se trabaje una jornada ininterrumpida de 31 horas, sino, según el artículo 48, de una jornada complementaria por atención continuada de 17 horas que se sitúa entre las ordinaria de 7 horas anterior y posterior, ello de conformidad con lo previsto en el artículo 51.3.b) del Estatuto Marco, y siendo compensada según lo establecido en el artículo 51.4 de la Ley, mediante los descansos compensatorios, tal y como en la sentencia apelada se indica (párrafo 26º del fundamento jurídico cuarto), las pretensiones del recurrente carecen de fundamento legal, porque las circunstancias que en el actor concurren (el actor ha disfrutado, en cómputo trimestral un promedio semanal de 116 horas de descanso, superior al mínimo de 96 previsto en el artículo 54 del estatuto Marco) no suponen la realización de una jornada ininterrumpida de 31 horas contraria al artículo 51 de la Ley”.

Permítanme apuntarles que, al menos en el caso de la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, se interpuso recurso de casación en interés de Ley, estando señalada votación y fallo para el próximo mes de diciembre, así que, al menos hasta entonces, debo mantener que no existe en la normativa de aplicación impedimento alguno o limitación a la sucesión de más de dos jornadas, siempre y cuando se respeten los descansos alternativos, sin perjuicio de que éstos se consideren compensados caso de cumplir determinados parámetros; máxime cuando dicho régimen ha sido dictado para trasponer las Directivas comunitarias relativas a la ordenación del tiempo de trabajo y del régimen de descansos, y ninguno de tales preceptos ha sido declarado nulo o contrario al ordenamiento jurídico.

V.- DESNATURALIZACIÓN JURÍDICA DEL PERMISO DE LACTANCIA

En cuarto lugar, quisiera hacer una breve reflexión sobre el permiso de lactancia, y más en concreto sobre la posibilidad de sustituir el disfrute de una hora diaria durante un número de meses determinado por el número de días resultantes de acumular tales horas diarias.

En efecto, como bien saben, el permiso de lactancia se configuró de tal forma que la trabajadora podía ausentarse de su puesto de trabajo durante una hora diaria, siendo el hecho causante de tal permiso tener un hijo menor de un determinado número de meses. En definitiva, y por razones obvias, dicho permiso se regula para facilitar la lactancia.

Así, tal y como regula actualmente el artículo 48.1.f) del Estatuto Básico:

“Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen. [...]”.

Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente [...]”.

Tal regulación, fue introducida realmente por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la cual modifica expresamente, y en lo que aquí interesa, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007), la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (disposición adicional decimonovena de la referida Ley Orgánica) y la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de salud (disposición adicional vigésimo segunda), reconociéndose, en definitiva, la posibilidad de acumular en días de permiso el equivalente a las horas de lactancia a que se tuviera derecho, a modo de lo que podríamos denominar un permiso de “lactancia acumulada”

No obstante, no era la primera vez que algo similar tenía reflejo en nuestro Ordenamiento Jurídico, habiéndose incluso pronunciado el Tribunal Supremo al respecto, concretamente la Sala de lo Social, en Sentencia de 20 de junio de 2005, en relación a un Convenio Colectivo de Trabajo de una concreta empresa que contemplaba tal situación, concluyendo que tal posibilidad no era contraria al contenido del entonces artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, dado que ampliaba y mejoraba sensiblemente lo previsto en dicho precepto, siendo esto perfectamente posible y compatible con el derecho de lactancia, apuntando ya que no por ello se alteraba la finalidad del permiso en cuestión.

Así, tal y como se desprende de su fundamento de derecho in fine:

“2. El art. 37 ET es un precepto de derecho necesario relativo, que puede ser mejorado por norma convencional, tal como de forma constante sostiene un sólido criterio jurisprudencial.

En este sentido, el permiso de lactancia regulado en el repetido precepto estatutario es susceptible de admitir la mejora en el convenio y esto es lo que han hecho las partes firmantes del Convenio Colectivo impugnado, en el uso y ejercicio legítimo de su autonomía colectiva, al permitir que el titular del derecho pueda voluntariamente optar

por la acumulación de los permisos si, como consecuencia de sus necesidades, dicha acumulación garantiza mejor la protección y atención del recién nacido, que es precisamente la finalidad que persigue el art. 37 ET.

3. No es de aceptar la tesis de la parte recurrente expresiva de que la norma paccionada altera, desvirtúa y desnaturaliza el régimen jurídico del permiso de lactancia, ya que, en primer término, la regulación legal se mantiene en su integridad y plenitud y por lo tanto difícilmente se puede hablar de alteración o desvirtuación de lo que permanece, de modo que la aplicación o no de la norma estatutaria dependerá de la opción que ejerciten los trabajadores.

Lo que hace el convenio es permitir una opción personal de mejora --nunca una imposición-- que, sin contrariar la vigencia plena de la norma, permite a aquellos trabajadores que --atendiendo a razones personales de cualquier índole-- consideren que su derecho queda más protegido y la finalidad de la norma más garantizada con la acumulación de los permisos de lactancia.

En definitiva, como mantiene la sentencia recurrida, el precepto convencional no destruye ni limita el derecho debatido, concebido siempre en atención y cuidado del menor, sino que, por el contrario, viene a ampliar, mejorando, la posibilidad de que, en los términos de la opción, los padres elijan lo que consideren más favorable para el cuidado de sus hijos”.

En definitiva, actualmente se admite la posibilidad de sustituir el disfrute de esa hora diaria, por el disfrute de un determinado número de días, en concreto por el número de días que resulten de acumular la hora diaria a la que se tiene derecho durante los meses que dura el permiso de lactancia.

Pues bien, bajo mi punto de vista y de acuerdo con lo que la Abogacía del Estado mantenía en el recurso de casación en el que fue dictada la Sentencia a que me acabo de referir, se trata de un claro ejemplo de lo que supone la desnaturalización jurídica de un permiso retribuido, pero bien puede hacerse extensible a otros supuestos; como por ejemplo la reducción de jornada y su concreción horaria.

En efecto, y por razones obvias, el permiso de lactancia se regula con el fin de que la madre que

tiene un lactante pueda conciliar la vida laboral con la vida profesional, facilitando así las tomas diarias del bebé.

Sirva apuntar que me parece un claro y gran acierto que la norma, reconociendo la existencia de lactancia natural y artificial, establezca la posibilidad de que sea el progenitor quien pueda disfrutar alternativamente de tal permiso, dado que de este modo engloba a todas las personas que pueden dar a un bebé las tomas en sus primeros meses de vida. (Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras).

Retomando lo que estábamos diciendo, el permiso de lactancia se crea por tanto sobre una estructura lógica y perfecta en relación a la causa por la que se genera y para la que se disfruta ese permiso.

Así, dado que el recién nacido *“come todos los días y que los progenitores tienen que darle diversas tomas cada día”*, se establece un permiso que facilite a los progenitores en el día a día y durante los primeros meses de vida del bebé, dar tales tomas.

Sin embargo, sobre la base de ese permiso de lactancia, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, reconoce la posibilidad de acumular en días de permiso el equivalente a las horas de lactancia a que se tuviera derecho, a modo de lo que podríamos denominar un permiso de *“lactancia acumulada”*; todo ello, según acabamos de ver, con el visto bueno del Tribunal Supremo.

Pues bien, este nuevo permiso desvirtúa por completo la naturaleza jurídica del permiso de lactancia, ya que, por razones obvias, desaparece la causa conforme a la cual y por la cual se reconocía y disfrutaba el tantas veces mencionado permiso, alterando por completo la configuración sobre la que hasta ese momento se estructuraba el permiso de lactancia.

En efecto, conforme a este nuevo permiso de lactancia parece que queda en entredicho aquello que apunté de que el bebé *“come todos los días y que los progenitores tienen que darle diversas tomas cada día”*.

Y, desde luego, tal y como indica el Tribunal Supremo es algo que mejora el régimen que ya estaba previsto, pero lo que no se puede negar es que

se trata de un permiso que nada tiene que ver con la lactancia.

Compartimos, como no podía ser de otra forma, las justificaciones del propio Tribunal Supremo, pero no para amparar la lactancia acumulada, sino para lo que sería la configuración de un nuevo permiso retribuido, distinto al de la lactancia.

Evidentemente, nada que oponer a la regulación de nuevos permisos; pero sí que creo determinante, en aras de una evidente seguridad jurídica y equilibrio entre las partes afectadas, que no es conveniente, para reconocer nuevos supuestos, rectorer la naturaleza jurídica de los permisos ya existentes, hasta tal punto que el resultado final del permiso en cuestión nada tiene que ver con los inicialmente regulados.

En definitiva, no puede tener cabida la regulación de nuevos permisos que terminan por alterar la naturaleza jurídica y finalidad del permiso del que trae causa el posteriormente reconocido.

VI.- SOBRE EL PERMISO RETRIBUIDO POR ENFERMEDAD

En quinto y último lugar, resulta interesante la problemática suscitada respecto a la concesión del permiso retribuido por enfermedad en aquellos casos en que se reciben tratamientos cíclicos prolongados en el tiempo.

En efecto, producido el hecho causante que genera el derecho a disfrutar el permiso retribuido por enfermedad grave, se disfruta el mismo, si bien, se vuelve a solicitar posteriormente a fin de acompañar al familiar a cada una de las sesiones de las que consta el tratamiento que recibe el enfermo, bajo la consideración de que cada una de las sesiones que recibe el enfermo constituye hecho causante que genera el derecho a disfrutar un nuevo permiso por enfermedad grave.

Sirva en este momento recordar la regulación contenida al respecto en el artículo 48.1.a) del Estatuto Básico, según el cual:

“1. Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes:

a) *Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad.*

Cuando se trate del fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y de cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad”.

Asimismo, es evidente que resulta determinante la interpretación literal del precepto, dado que, a modo de ejemplo, varía sustancialmente la regulación contenida en el artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores, según el cual:

“El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

b) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días”.

Pues bien, dado que el Estatuto Básico se refiere a “*enfermedad grave*”, en el supuesto a que estamos haciendo referencia, el hecho causante es la enfermedad, y no cada una de las sesiones de que consta el tratamiento, por lo que, disfrutado el permiso, éste estará agotado; obviamente, siempre que se trate del mismo familiar y la misma enfermedad.

Por ser perfectamente aplicable actualmente, dado que la regulación al respecto no ha variado sustancialmente respecto a la existente anteriormente, tal y como concluye la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en Sentencia núm. 236/2002, de 25 de enero, concretamente en su fundamento de derecho tercero in fine:

“La parte actora pretende que los días de libre disposición antes reseñados se apliquen a otro permiso por enfermedad grave como lo fue el de

agosto pues de ser así no se deducirían de la jornada anual como ocurre con dichos días, tesis que no resulta atendible por cuanto ha de entenderse que es posible solicitar más de un permiso por enfermedad grave si se trata de dos familiares comprendidos dentro de los grados previstos en la normativa de referencia o incluso de un mismo familiar que sufra mas de una enfermedad en el año, pero aquí se trata del mismo familiar y de la misma enfermedad lo que da lugar a un solo permiso pues de no interpretarlo así en el caso de una enfermedad crónica de un pariente se podrían solicitar un número indeterminado de permisos y no parece ser esto lo que se pretende con el pacto que regula ampliamente esta materia de modo que si se agota el permiso se puede acudir a los días de libre disposición y así lo hizo la actora en el mes de diciembre y puesto que tal como queda dicho estos días no se detraen de la jornada anual la decisión del Instituto Nacional de la Salud se ajusta a derecho pues no estamos aquí como señala la Juez de instancia ante una denegación de un permiso con posterioridad a su disfrute, sino de fijar el computo anual de la jornada y al comprobar la realizada por la actora compensar las horas que faltaban para su cumplimiento de ahí que la sentencia deba confirmarse previo rechazo del recurso de la parte demandante”.

En idéntico sentido la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, concretamente en Sentencia 372/2002, de 30 de diciembre, en cuyo fundamento de derecho cuarto concluye:

“Finalmente, con carácter subsidiario del motivo primero, el tercero denuncia “la infracción, por interpretación errónea e indebida aplicación, del apartado B, núm. 1.3.3, párrafo segundo, del Pacto firmado el 1 de julio de 1992 suscrito entre la Administración Sanitaria del Estado y Organizaciones Sindicales más representativas en el sector, sobre Permisos, Licencias y Vacaciones”. Lo que, en definitiva, sostiene el Letrado recurrente es que, tratándose del mismo familiar y de la misma enfermedad, además crónica, y no de una intervención quirúrgica, sino de una sesión de terapia, por la que se solicitó el primer permiso para los días 5 y 6 de febrero de 2001, ya no se le podía conceder otro permiso como el solicitado para los días 13 y 14 de febrero de 2001, en el que la hermana iba a ser sometida a otra sesión de TEC.

Actualmente, la regulación de los permisos de todo el personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social se contiene en el Pacto entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones Sindicales más representativas en el sector, sobre Permisos, Licencias y Vacaciones, de 1 de junio de 1993. En su apartado B), 1, que regula los "permisos con sueldo", el epígrafe 1.3.3, referente a "Enfermedad grave familiar o intervención quirúrgica grave", dispone en su segundo párrafo lo siguiente: "En caso de enfermedad grave o intervención quirúrgica grave de familiares en segundo grado de consanguinidad o afinidad se concederá un día natural en caso de que se produzca en la misma localidad o dos días de producirse en distinta provincia o en localidad que se encuentre a más de 150 Km de distancia de donde el interesado presta sus servicios".

Dos son los supuestos, en el caso de quebranto de la salud de un familiar en segundo grado, que pueden dar lugar a un permiso con sueldo, de un día natural de duración, o de dos por razón de la distancia, a saber: a) enfermedad grave; b) intervención quirúrgica grave. De ninguno de tales supuestos puede hacerse una interpretación extensiva, dado el carácter excepcional que tienen los permisos con sueldo, en los que una de las partes es liberada de su obligación básica de prestar servicios, –para poder cumplir otras obligaciones de mayor importancia que aparecen regladas–, mientras que la otra continúa con la obligación de abonar la retribución sin contraprestación. Desde esta perspectiva, resulta patente que un único proceso de enfermedad grave sólo puede generar al familiar con el grado de parentesco señalado en el Acuerdo un único permiso con sueldo. Y que cada intervención quirúrgica grave generará por sí misma un permiso retribuido.

En el presente caso, la discrepancia surge de que la Administración Sanitaria concedió a la demandante, Auxiliar de Enfermería del Hospital San Millán-San Pedro de Logroño, un permiso de dos días con sueldo, porque su hermana, con un grave cuadro de depresión mayor, había sido ingresada en la Unidad de Psiquiatría del Hospital Ramón y Cajal de Madrid, para ser sometida a doce sesiones de Terapia Electroconvulsiva bajo anestesia general, y solicitados otros dos días de permiso se le compensaron con otros dos días de libranza, y, en opinión de la actora, cada sesión de

TEC constituye una intervención quirúrgica grave. Por el contrario, el Insalud entendía que se trataba de un solo proceso de enfermedad, cuya gravedad no discute.

La Sala no comparte el criterio del Juez "a quo", coincidente con el de la actora. En efecto, la aplicación de electrochoqueterapia es un tratamiento propio de la Psiquiatría, practicado por facultativos de dicha especialidad Médica, y, por más que sea una técnica terapéutica agresiva y que en ocasiones necesite someter al enfermo a anestesia general, no es una intervención quirúrgica, la cual, en el caso de la cirugía mayor, sólo puede ser practicada por Cirujanos, ya sean de Cirugía General o de Especialidades Quirúrgicas. De tal manera que, en el presente caso, no se trataba de un permiso por "intervención quirúrgica grave", sino por "enfermedad grave" y, agotado el permiso con sueldo de los días 5 y 6 de febrero de 2001, la actora ya no tenía derecho a más permisos retribuidos por razón de la enfermedad grave de su hermana, aunque continuara el tratamiento mediante otras sesiones de Terapia Electroconvulsiva. Por consiguiente, el motivo ha de ser estimado, al haber incurrido la sentencia en la infracción legal que en el mismo se denuncia".

Como añadido a lo apuntado anteriormente, en este caso incluso se discutía, ya que era causa de disfrute del permiso, si las sesiones se podían considerar como intervención quirúrgica, dado que la paciente se sometía, para su administración, a anestesia general, entendiendo la Sala, tal y como hemos tenido oportunidad de apreciar, que en un caso como el comentado, no se estaba ante una intervención quirúrgica.

En definitiva, disfrutado un permiso por enfermedad grave de un familiar, sometido a un tratamiento que se recibe en diversas sesiones, el mismo sólo puede disfrutarse por una sola vez, sin que las sesiones de que consta el tratamiento constituyan hecho causante que genere el derecho a volver a disfrutar del referido permiso, ello siempre y cuando se trate del mismo familiar y de la misma enfermedad.

Para concluir, quisiera simplemente apuntar, quizás para un posterior debate, la problemática existente en relación a las escasas posibilidades reales de control por la parte empresarial de una correcta utilización de los permisos retribuidos, fren-

te a la excesiva objetivización en la justificación por parte del beneficiario del permiso, que desde luego, al menos bajo mi punto de vista, no pone de manifiesto un adecuado uso del mismo.

Agradezco la atención prestada y espero que, tal y como anuncié al principio, las cuestiones planteadas hayan suscitado su interés.

VII.- COMUNICACIÓN Y POSTERIOR DEBATE

Una vez presentada la ponencia que acabo de transcribir, se procedió a la exposición de una interesantísima comunicación por parte de D^a. María Areta, que versó, básicamente, sobre la aplicación del Estatuto Marco, concretamente del régimen de jornada, descansos y permisos en él previsto, en aquellos casos en que los centros y servicios sanitarios no son gestionados directamente por los servicios de salud, concluyendo que lo será de forma supletoria en aquellos casos en que su normativa no contemple nada al respecto.

Finalmente, por parte de los asistentes se plantearon multitud de cuestiones en relación con los temas tratados tanto por el coordinador de mesa, como por la comunicante.

VIII.- CONCLUSIONES

1. El régimen jurídico de la jornada, permisos y licencias aplicable al personal estatutario, será el previsto en el Estatuto Marco, resultando el Estatuto Básico de aplicación supletoria en defecto de aquella, de conformidad con lo previsto en los apartados 3 a 5 del artículo 2 de la Ley 7/2001, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con su artículo 48.1.

2. Al personal funcionario y laboral que presta sus servicios centros y servicios sanitarios gestionados directamente por los servicios de salud, le es aplicable el régimen de jornada y de descansos establecido en la Ley 55/2003; de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, de conformidad con lo establecido en su disposición adicional segunda; motivo por el que incluso se ve reforzada la primera de las conclusiones alcanzadas.

3. No existe en la normativa de aplicación impedimento alguno o limitación a la sucesión de más de dos jornadas, siempre y cuando se respeten los descansos alternativos, sin perjuicio de que éstos se consideren compensados caso de cumplir determinados parámetros, conforme al régimen establecido en los artículos 51 y 54 de la precitada Ley 55/2003; de 16 de diciembre; máxime cuando dicho régimen ha sido dictado para trasponer las Directivas comunitarias relativas a la ordenación del tiempo de trabajo y del régimen de descansos, y ninguno de tales preceptos ha sido declarado nulo o contrario al ordenamiento jurídico.

4. No puede tener cabida la regulación de nuevos permisos que terminan por alterar la naturaleza jurídica y finalidad del permiso del que trae causa el posteriormente reconocido, tal y como sucede en el conocido como “lactancia acumulada”.

5. Disfrutado un permiso por enfermedad grave de un familiar, sometido a un tratamiento que se recibe en diversas sesiones, el mismo sólo puede disfrutarse por una sola vez, sin que las sesiones de que consta el tratamiento constituyan hecho causante que genere el derecho a volver a disfrutar del referido permiso, ello siempre y cuando se trate del mismo familiar y de la misma enfermedad.

LEGISLACIÓN SOBRE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA: OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y POSICIÓN LEGAL DE LOS PADRES.

María Esther Martínez Aguirre

*Letrada Mayor de la Dirección General de los Servicios Jurídicos.
Consejería de Administraciones Públicas y Política Local.
Comunidad Autónoma de La Rioja.*

I.- INTRODUCCIÓN. II.- OBJECIÓN DE CONCIENCIA: 1.- Concepto y naturaleza jurídica. 2.- Regulación. 3.- Análisis del artículo 19.2.II de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: A) Ámbito subjetivo de aplicación. B) Ámbito objetivo de aplicación. 4.- Cuestiones relacionadas: A) Deber de información. B) Derecho a objetar en conciencia de los profesionales sanitarios que participan en el comité clínico. 5.- El derecho a la objeción de conciencia parcial. 6.- Objeción de conciencia y educación sexual. 7.- Otras cuestiones: A) Traslado de personal objetor. B) Registro de objetores. C) Recursos contra la denegación de la objeción de conciencia. **III.- POSICIÓN LEGAL DE LOS PADRES:** 1.- El consentimiento informado del menor maduro. 2.- Exégesis del artículo 13. Cuarto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. 3.- Derecho del menor a la protección de datos de carácter personal relativos a la salud. Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN.

El pasado mes de julio de 2010, entró en vigor la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ El recurso de inconstitucionalidad presentado por sesenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados solicitó la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados; sin embargo, el Pleno del Tribunal Constitucional por Auto de fecha 14 de julio de 2010, deniega la suspensión solicitada por entender que los

Su tramitación parlamentaria, su entrada en vigor y su ulterior desarrollo, han sido fases no exentas de la polémica propia de una norma del cariz de la que nos ocupa.

En este sentido cabe recordar que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y re-

supuestos de suspensión están tasados y no pueden extenderse a casos distintos de los previstos en la norma, “sin que sea preciso analizar los razonamientos relativos a la existencia de *periculum in mora* y de *fumus bonis iuris* que se continen en la demanda”. El Auto cuenta con cuatro votos particulares.

productiva y de la interrupción voluntaria del embarazo ha sido objeto de sendos Recursos de Inconstitucionalidad interpuestos por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados y del Gobierno de Navarra, ambos recursos, admitidos a trámite por Providencia de 30 de junio de 2010 han recurrido, entre otros preceptos dos de los artículos que vamos a estudiar en esta mesa de trabajo, en concreto, el artículo 9.2, relativo a la objeción de conciencia y el artículo 13.Cuarto, referido al consentimiento de las mujeres de entre 16 y 17 años.

La principal novedad consiste en establecer lo que se ha dado en llamar “*sistema de plazos*”, que, según la Exposición de Motivos de dicha ley implica “*dejar un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sin interferencia de tercero*”.

Además la pretende establecer garantías para asegurar el acceso efectivo a la prestación sanitaria que estudiamos y la progresiva implantación de pautas educativas que contribuyan mejorar la salud sexual y reproductiva de las personas incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica.

El tratamiento que la norma estudiada hace sobre la educación sexual, sobre la interrupción voluntaria del embarazo...ha reabierto numerosos debates en las más variados áreas de conocimiento, desde el médico – cuando surge la vida humana, con la concepción o con la anidación del cigoto en el útero materno-, hasta el ético –respeto a la vida humana del concebido y no nacido- pasando por el educativo –derecho de los padres a decidir la educación religiosa y moral de sus hijos- y, como no podía ser de otra forma, el jurídico, en el que se pueden analizar multitud de aspectos de la Ley Orgánica, desde la pretendida invasión competencial que ha motivado en parte el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Comunidad Foral Navarra, hasta cuestiones relativas a la objeción de conciencia, ejercicio de la patria potestad, financiación de las prestaciones de los servicios de salud...

En los puntos que siguen nos vamos a ocupar del tratamiento que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la

interrupción voluntaria del embarazo da a la objeción de conciencia y del ejercicio de la patria potestad, en este punto se analizarán cuestiones relacionadas con el consentimiento informado del menor maduro, las medidas educativas que señala la ley y el deber de secreto que preside la actuación médica.

II.- OBJECIÓN DE CONCIENCIA.

1.- *Concepto y naturaleza jurídica.*

La objeción de conciencia puede definirse como una forma de resistencia al derecho que viene justificada por la imposibilidad de observar y cumplir la norma impuesta por condicionantes morales de un individuo; esto es, la objeción de conciencia protege el derecho a no verse obligado a realizar actividades contrarias a convicciones personalísimas.

Con estos cimientos, en los casos en los que la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo queda impune, el personal sanitario puede negarse por motivos de conciencia a practicarlo, al entender que, en otro caso, se quiebran códigos deontológicos, normas morales o, en otro caso, religiosas.

La naturaleza jurídica de la objeción de conciencia no es cuestión pacífica.

Si bien es cierto que la mayor parte de sectores doctrinales y jurisprudenciales entiende que tiene el carácter de derecho fundamental, pues, siquiera de modo oblicuo, está incluida en el artículo 16.1 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 que garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto -Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril- cumple señalar que, el mismo Tribunal, pero en Sentencia 161/1987, niega tal carácter, aunque reconoce que sí se puede objetar a cumplir un deber concreto.

2.- *Regulación.*

En España, la objeción de conciencia no tiene una regulación concreta, sí se reconoce, por ejemplo en el artículo 26 del Código de Ética y Deontología de la Organización Médica Colegial de España “*El médico tiene el derecho a negarse por razones de conciencia a aconsejar alguno de los métodos de regulación y de asistencia a la repro-*

ducción, a practicar la esterilización o a interrumpir embarazo. Informará sin demora de su abstención y ofrecerá, en su caso, el tratamiento oportuno al problema por el que se le consultó”

En términos similares se pronuncia el artículo del Código Deontológico de la Organización Colegial de Enfermería.

3.- Análisis del artículo 19.2.II de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, regula este derecho en el artículo 19.2.II, con el siguiente enunciado:

Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.

El tenor literal de este precepto plantea diversas cuestiones que se considera oportuno analizar y someter a debate si bien, el análisis de este precepto se va a realizar en relación a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en centros públicos.

A) Ámbito subjetivo de aplicación del precepto.

El artículo comentado permite ejercer la objeción de conciencia solo y exclusivamente a “*los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo*”.

Así las cosas, debe aclararse, en primer lugar, que entendemos por “*profesional sanitario*”.

Históricamente –y así lo reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud–, se ha entendido que, en los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social, prestan servicio los profesionales sanitarios y demás colectivos de personal identificados, todos ellos con la expresión «personal estatutario» que deriva directamente de la denominación de los tres estatutos de personal – el estatuto de personal médico, el estatuto de personal sanitario no facultativo y el estatuto de personal no sanitario– de tales centros e instituciones.

Según el artículo 5 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, el personal estatutario de los servicios de salud se clasifica atendiendo a la función desarrollada, al nivel del título exigido para el ingreso y al tipo de su nombramiento, en los preceptos ulteriores distingue, en lo que aquí interesa, personal estatutario sanitario y personal estatutario de gestión y servicios.

Pues bien, según parece del tenor literal de la norma, cuando ésta permite objetar a profesionales sanitarios, se refiere solo a personal estatutario sanitario, dejando fuera el personal estatutario de gestión y de servicios.

La jurisprudencia española, no se ha pronunciado de modo directo sobre esta cuestión, bien es cierto que, el voto particular suscrito por los Magistrados Don Ángel Latorre Segura y Don Manuel Díez de Velasco Vallejo a la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, consideraron que “*la cláusula de conciencia es un derecho constitucional solamente del médico y demás personal sanitario que pretenda que actúe de una manera directa en la realización del acto abortivo*”.

Otra sentencia relacionada con el tema que nos ocupa, es la del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005, que resolvió un recurso planteado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de julio de 2002 ⁽²⁾.

⁽²⁾ En estos recursos se conoció del recurso interpuesto por un farmacéutico contra la Orden de 1 de junio de 2001 de la Junta de Andalucía, por la que se actualiza el contenido del Anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución que obligaba a tener un número determinado de ciertos anticonceptivos en las oficinas de farmacia.

En aquella sentencia, el Alto Tribunal reconoció el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos en tanto que profesionales sanitarios con competencia en materia de prescripción y dispensación de medicamentos.

Siguiendo esta estela, el Diario Oficial de la Comunidad Valencia, en su edición del pasado 27 de noviembre de 2009, publicó la modificación de los Estatutos del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, entre cuyas novedades se reconoce el derecho de los colegiales a la objeción de conciencia, para cuya efectividad exige su constancia registral.

Por su parte, el artículo 44.10 de los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de La Rioja ⁽³⁾ también reconocen el derecho a la objeción de conciencia en los siguientes términos, *“la responsabilidad y libertad profesional del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia. En todo caso, procurará que ningún paciente quede privado de asistencia farmacéutica a causa de las convicciones personales del farmacéutico”*.

Esta limitación subjetiva del derecho a ejercer la objeción de conciencia al personal sanitario también tiene su reflejo en la regulación actual.

Sirva de ejemplo la Orden de 21 de junio de 2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de Castilla La Mancha, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo cuyo artículo 3.1 párrafo segundo, reconoce este derecho exclusivamente a facultativos especialistas en ginecología, obstetricia, personal anestesista y de reanimación, personal de enfermería y matronas. A este precepto nos referiremos también más adelante ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Resolución de 3 de diciembre de 2007, del Consejero de Administraciones Públicas y Política Local por la que se declara la adecuación a la legalidad de la modificación de los estatutos del Colegio Oficial de Farmacéuticos de La Rioja, Boletín oficial de La Rioja, número 3 de 5 de enero de 2008.

⁽⁴⁾ Esta ponencia se expuso el día 21 de octubre de 2010 en el marco del XIX Congreso de Derecho y Salud, posteriormente, el día 22 de octubre de 2010, se publicó en el Diario Oficial de Castilla La Mancha, la Orden de 14 de octubre de 2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se modifica la Orden de 21/06/2010.

Esta norma, modifica varias cuestiones de la Orden de 21 de junio de 2010, entre ellas, el título de la disposición general queda redactado de la siguiente forma Orden de 21/06/2010,

En contra de esta delimitación se sitúan colectivos pro-vida pues consideran que el derecho a la objeción de conciencia corresponde a cualquier persona que intervenga en cualquiera de las fases necesarias para culminar en un aborto.

En este sentido, la guía de objeción de conciencia sanitaria al aborto editada por la Asociación para la Defensa del Derecho a la Objeción de Conciencia, el Centro Jurídico Tomás Moro, Derecho a vivir, Hazte oír o Médicos por la vida, señala

*“Así, el **personal administrativo** que tiene que planificar la agenda del médico, o que tiene que autorizar el pago de las facturas de la práctica abortiva, el **personal de trabajo social o psicología**, que tiene que informar sobre la práctica del aborto, el **ecógrafo** que tiene la misión de realizar las pruebas conducentes a establecer la discapacidad del feto, el **analista, anestesista, enfermero, ginecólogo**, o cualquier otro especialista, que directa o indirectamente coopere en cualquiera de los actos administrativos, médicos o auxiliares necesarios para concluir un aborto. Del mismo modo, tiene que reconocerse la objeción del **director del centro clínico u hospitalario** que por razón de su cargo tiene que diseñar los cuadrantes, permisos, agendas o disponibilidad de personal necesario para garantizar la práctica de interrupciones voluntarias del embarazo, ya sea en centros públicos o privados”*

B) Ámbito objetivo de aplicación del precepto.

Es opinión casi unánime que, la objeción de conciencia solo puede darse por válida en cuanto a actuaciones médicas intrínsecas a la interrupción voluntaria del embarazo.

Sirva de ejemplo la cita a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 58/1998, de

de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento para el registro de las solicitudes de objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo.

También se modifica el artículo 3.1 que pasa a tener la siguiente redacción *“1. Los profesionales sanitarios del Sescam directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo que quieran ejercer el derecho a la objeción de conciencia deberán presentar una declaración de objeción, para lo que utilizarán el modelo que figura como Anexo a la presente Orden.”*

13 de febrero (AS 1998,393), señala determinados actos que no estarán obligadas a realizar los objetores de conciencia,

La satisfacción del derecho fundamental comporta que no cabe exigir del profesional sanitario que por razones de conciencia objeta al aborto que en el proceso de interrupción del embarazo tenga la intervención que corresponde a la esfera de sus competencias propias; intervención que por hipótesis se endereza causalmente a conseguir, según con actos de eficacia directa, sea de colaboración finalista, según el cometido asignado a cada cual, el resultado que la conciencia del objetor rechaza, cual es la expulsión del feto sin vida”

En este sentido, precisa la sentencia,

“Las funciones que la Dirección del Hospital pretende encargar a los hoy recurrentes - instauración de vía venosa y analgesia, control de dosis de oxitocina, control de dilatación del cuello del útero, y control de las constantes vitales durante todo el proceso- entrañan todos actos de asistencia que contribuyen de manera positiva y eficiente a que la gestación se interrumpa sin daño para la salud de la embarazada, y aun cabría catalogarlos de imprescindibles para que la operación culmine, pues de no ser así es de presumir que el conflicto ni siquiera se habría planteado. En consecuencia, son también actos sanitarios de cuya ejecución se encuentran jurídicamente exentos quienes ejercen frente al aborto voluntario el derecho fundamental a la objeción de conciencia cual es el caso de los demandantes”.

Según lo expuesto, la objeción de conciencia abarca a actos intrínsecos a la expulsión del feto del seno materno, quedando excluida la atención sanitaria anterior o posterior.

Tomando como base esta doctrina, el artículo 19.2.II *in fine* establece que “En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.”

Igualmente, no está amparada por la objeción de conciencia la atención médica urgente que, en su caso, puede necesitar la paciente pues, en este caso, debe primar la atención de la paciente, así lo reconoció la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 29 de junio de 1988, que entendió

que “los facultativos de guardia objetores de conciencia no pueden ser obligados a la realización de actos médicos, cualquiera que sea su naturaleza, que directa o indirectamente estén encaminados a la producción del aborto, tanto cuando éste vaya a realizarse como cuando se esté realizando la interrupción voluntaria del embarazo, debiendo por el contrario, prestar la asistencia para la que hayan sido requeridos a las pacientes internadas con aquel objeto, en todas las otras incidencias o estados patológicos que se produzcan aunque tengan su origen en las prácticas abortivas realizadas”.

4.- Cuestiones relacionadas.

Visto la anterior, cabe preguntarse si se puede practicar objeción de conciencia respecto de otras dos cuestiones que regula la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

En concreto, queremos referirnos, por un lado, al deber de información previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010 y, por otro lado, a la participación en el comité clínico que la norma prevé en el artículo 16 en relación con el 15.c)

A) Deber de información.

Nos ocupamos del primer supuesto, el artículo 14 relativo a la “Interrupción del embarazo a petición de la mujer.”, señala que “Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes: a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley”.

Los apartados 2 y 4 del artículo 17, señalan,

“2. En los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información:

a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

c) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

d) Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Esta información deberá ser entregada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega, a los efectos de lo establecido en el artículo 14 de esta Ley.

La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno.

4. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo”.

Pues bien, en su análisis de este precepto, el Consejo de Estado, en el dictamen aprobado el día 17 de septiembre de 2009, en relación con el anteproyecto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

“Respecto de la información que ilustra a la mujer para que opte libremente por continuar o interrumpir su embarazo, para ser eficaz, la información no puede ser estandarizada sino personalizada; no debe darse sólo por escrito, sino también verbalmente y, para servir de garantía al bien jurídico del feto, aun sin introducir consideraciones éticas ni religiosas, ha de orientarse a la protección de la maternidad y no al fomento de la interrupción voluntaria del embarazo, ofreciendo ayuda a la madre gestante.

El artículo 17.4 del texto consultado es especialmente desafortunado. Una información puede y

debe ser ajena a todo planteamiento religioso o ideológico por exigencias lógicas del artículo 16 de la Constitución, pero, si lo fuera desde el administrativo, traicionaría los valores de un Estado que, por ser social (Constitución, artículo 1.1), ha de ser prestacional al servicio de la vida como requiere el propio artículo 17.2.a) y b) del mismo anteproyecto. (...) Por ello, no es menos evidente que la información ha de proporcionarse, en la forma y en el fondo, de tal manera que salvaguarde la libertad de la mujer y no implique coacción alguna. No se trata de un consejo sino de una información.”

Pues bien, el carácter que el Consejo de Estado da al contenido de la información que debe darse a la gestante, parece excluir la posibilidad de que el profesional que deba dar esa información, pueda objetar en conciencia, aun cuando inicialmente, pudiera pensarse que, el dar esta información, al ser requisito previo para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo pudiera considerarse una forma de “intervención directa en la interrupción voluntaria del embarazo”.

Ello es así porque, a la luz de aquel dictamen, la información “ha de orientarse a la protección de la maternidad y no al fomento de la interrupción voluntaria del embarazo, ofreciendo ayuda a la madre gestante”.

Sin embargo, tampoco es pacífico que el mero informador, siendo profesional sanitario, no pueda objetar.

En los últimos meses se ha planteado un conflicto en la Junta de Andalucía donde se cuestiona la posibilidad de los médicos de atención primaria de objetar en conciencia de la práctica de esta prestación médica.

Así, mientras la Junta de Andalucía considera que estos profesionales no pueden acogerse al ámbito de aplicación subjetiva del artículo 19.2.II de la Ley Orgánica 2/2010, porque no intervienen en el acto quirúrgico de la interrupción voluntaria del embarazo y su intervención se limita a la meramente informativa, diversos colectivos –médicos de atención primaria, sindicatos y el Colegio de Médicos de Andalucía– han considerado que este derecho puede ejercerlo todo profesional que ejerza la medicina.

Mención especial a este respecto, merece el Auto 392/2010, de 29 de septiembre, dictado por el

Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha; esta resolución judicial ha suspendido cautelarmente el artículo 3.1 párrafo segundo de la Orden de 21 de junio de 2010, de Castilla La Mancha que hemos citado anteriormente ⁽⁵⁾ por considerar que debe admitirse un reconocimiento cautelar del derecho a ejercer la objeción de conciencia por parte de los médicos de atención primaria ⁽⁶⁾.

Este auto, además de plantear la duda de que una Orden pueda delimitar el contenido de un derecho fundamental, cuestiona el carácter del deber de información que estudiamos cuando afirma, *“en efecto, a este respecto cabe señalar, en primer término que no es tan evidente como la Administración pretende que la obligación de realizar un trámite de información que, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, constituye un presupuesto legal para la posibilidad de practicar el aborto, no sea una intervención directa en el mismo, dado el carácter de conditio sine quanon de dicho trámite”*.

Tras el estudio de jurisprudencia que menciona, concluye el Auto que *“por tanto, según abundante jurisprudencia dictada en relación al aborto, no es argumento alguno en contra de la existencia del derecho el que la norma legal no haya contemplado expresamente el mismo en un caso determinado (cosa diferente es que lo hubiera negado expresamente, en cuyo supuesto podría incurrir la ley, o no en un conflicto constitucional)”*.

B) Derecho a objetar en conciencia de los profesionales sanitarios que participan en el comité clínico.

Éste está previsto con ocasión de una de las indicaciones del artículo 15, en concreto la letra c), que prevé,

⁽⁵⁾ Ver comentario de la nota 4.

⁽⁶⁾ La parte dispositiva, acuerda c) *“la adopción cautelar de la medida por la cual se permite a los médicos que no sean especialistas en obstetricia y ginecología ni en anestesiología y reanimación, y en particular a los médicos de atención primaria, plantear, en la forma y por los medios que en su caso la Administración establezca, la objeción de conciencia respecto de los deberes de información a que se refiere la circular del SESCAM de 2 de julio de 2010”*.

El Auto también decreta la suspensión cautelar de los efectos de la *“nota interior”* de la Gerencia del SESCAM de 2 de julio de 2010, en la que establece que *“En este cometido (el de informar) no existe posibilidad de objeción de conciencia por parte del profesional sanitario”*

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

La regulación del comité clínico está previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Artículo 16. Comité clínico.

1. El comité clínico al que se refiere el artículo anterior estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra. La mujer podrá elegir uno de estos especialistas.

2. Confirmado el diagnóstico por el comité, la mujer decidirá sobre la intervención.

3. En cada Comunidad Autónoma habrá, al menos, un comité clínico en un centro de la red sanitaria pública. Los miembros, titulares y suplentes, designados por las autoridades sanitarias competentes, lo serán por un plazo no inferior a un año. La designación deberá hacerse pública en los diarios oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas.

4. Las especificidades del funcionamiento del Comité clínico se determinarán reglamentariamente.

En cumplimiento de este precepto legal, el legislador ha redactado el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en cuyo artículo 2 reconoce que el comité clínico es un órgano de naturaleza técnico-facultativa cuya intervención *“confirmará o no el diagnóstico previo, de enfermedad extremadamente grave e incurable del médico o médicos que hayan atendido a la mujer en el embarazo.”*

En similar sentido se pronuncia la Orden SAN/8/2010, de 5 de junio, por la que se regula el

comité clínico para la interrupción voluntaria del embarazo en Cantabria al señalar que este órgano es el encargado de intervenir en los supuesto de interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas contemplado en el artículo 15.c), confirmando o no el diagnóstico previo de la enfermedad grave e incurable del médico o médicos que hayan atendido a la mujer y emitiendo el correspondiente dictamen clínico.

Pues bien podría plantearse el problema de si el personal sanitario puede objetar en conciencia y no formar parte de ese comité clínico.

Del dictamen del Consejo de Estado de fecha 17 de septiembre de 2009, parece excluirse esta posibilidad, pues el informe del comité clínico se limitaría a un análisis médico en el que analizar única y exclusivamente la enfermedad incurable del feto, así, en la reformulación que propone al artículo 15.c), justifica,

“Su intervención (la del comité clínico) sería así la de un dictamen semivinculante sobre un aspecto clínico, sin el cual la madre no podría optar por un aborto, pero a la que correspondería en exclusiva la decisión sobre el mismo. En efecto, desde un punto de vista lógico quedaría así clara la distinción entre una opinión ética, política o incluso médica sobre la interrupción voluntaria del embarazo, y un criterio exclusivamente clínico sobre el padecimiento por el feto de “una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico”. El Comité clínico sería así llamado a dictaminar sólo sobre el segundo extremo y no sobre el primero y haría innecesario el artículo 16.4 del anteproyecto. Esta solución tiene la ventaja, no sólo de eliminar el problema que pretende resolver el desafortunado artículo 16.4, sino potenciar la autodeterminación de la mujer.

Por el contrario otras voces se alzan en sentido discrepante, por entender que, con la participación es estos comités clínicos, nos hallamos ante lo que denominan “cooperante necesario” en los abortos que, con base en esta indicación se realicen.

A modo de ejemplo, la Asociación para la Defensa del Derecho a la Objeción de Conciencia, el Centro Jurídico Tomás Moro, Derecho a vivir, Hazte oír o Médicos por la vida ha elaborado una guía con un anexo para personal sanitario en la que se incluye la objeción de conciencia al diagnóstico prenatal.

5.- El derecho a la objeción de conciencia con carácter parcial.

Otra cuestión igualmente polémica es aquella que se genera en relación a la posibilidad de practicar la objeción de conciencia parcial, esto es, para determinadas indicaciones.

A modo de ejemplo, podemos citar la Instrucción nº 14/10, de 2 de julio de 2010, del Director, relativa a la implantación de la prestación de interrupción voluntaria de embarazo en el Servicio Canario de la Salud, en los supuestos establecidos en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria de embarazo, este modelo permite marcar con una “X” los supuestos para los que se objeta y distingue cuatro:

- 1.- A petición de la embarazada.
- 2.- Por causas médicas, siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada.
- 3.- Por causas médicas, siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto.
- 4.- Por causas médicas, cuando se detectan anomalías fetales incompatibles con la vida o cuando se detecte en el feto una enfermedad

Sin embargo, a la objeción de conciencia parcial se oponen voces que consideran que la interrupción voluntaria del embarazo implica siempre la muerte del “nasciturus”, y por tanto constituyen un atentado al derecho a la vida de éste.

Así entienden que, *“deontológicamente, la objeción no puede ser un capricho o una postura táctica y cambiante, oportunista: ha de tener una base sólida de razones éticas y criterios profesionales. No es difícil al objetor rechazar, como parte de su trabajo profesional, el aborto con un doble argumento: uno ético (la lesión del respeto máximo debido a la vida humana); el otro científico (el aborto no es una solución a ciertos problemas médicos).*

El argumento ético puede oponerse a todas las “indicaciones” legales del aborto (riesgo vital, malformación fetal, gestación consecutiva a violación de la mujer, hipotética necesidad socioeconómica), pero sólo las dos primeras se pueden plantear como problemas que requieren conocimientos genuinamente médicos. El argumento

científico-profesional ha de aplicarse, por un lado, al llamado aborto terapéutico; (...) y, por otro, al aborto eugénico, que busca eliminar al feto afectado por infecciones o malformaciones graves.

El buen médico se debe por igual a sus dos pacientes: a la mujer embarazada y al hijo por nacer. Hoy, dados los formidables avances en la asistencia clínica de las enfermedades que pueden poner en grave riesgo vital a la mujer gestante, ya ningún médico verdaderamente competente se ve obligado, por criterios científicos, a aceptar que el aborto sea el tratamiento de elección de ninguna enfermedad de la madre, es decir, que sea una intervención tan superior y ventajosa en comparación de las otras alternativas terapéuticas que no practicarlo significaría infligir un daño deliberado a la gestante, y quebrantar así gravemente el precepto médico de no dañar. Sin necesidad de invocar la objeción moral, el médico, basado en el arte médico del momento, puede rechazar el llamado aborto terapéutico sobre bases estrictamente científicas, ya que puede ofrecer alternativas válidas de tratamiento que respetan también la vida del no nacido.

Por otra parte, el aborto queda excluido como tratamiento del feto enfermo, porque es extraña a la Medicina la idea eugenista de que los seres humanos han de estar libres de imperfecciones. El médico no puede ser agente de la "tiranía de la normalidad": para él, todas las vidas son igualmente dignas de respeto ("7").

No obstante, cabe considerar que, si bien es cierto que todos los supuestos despenalizados conducen al mismo resultado, interrumpir la existencia humana o un proyecto de ella, no lo es menos que los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo contemplados en los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, no son asimilables, de modo y manera que pueden existir íntimas razones morales, deontológicas o religiosas que llevan al profesional sanitario a actuar de modo selectivo que no debe ser coartado por las autoridades sanitarias.

En esta línea, el Colegio de Médicos de Madrid tiene abierto un registro de objetores donde,

entre otros datos, se deben señalar, nombre y apellidos, número de colegiado, y práctica/as de las que objeta.

En la Comunidad Autónoma de La Rioja, la declaración a la objeción de conciencia del personal sanitario, también admite la indicación de las prácticas a las que se objeta.

6.- Objeción de conciencia y educación sexual.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo prevé también, como uno de los objetivos de actuación de los poderes públicos, el de la educación sanitaria integrada con perspectiva de género sobre la salud sexual y la salud reproductiva y la información sanitaria sobre anticoncepción, artículo 5.1.e) y f).

Esta realidad se enfoca en los artículos 9 y 10 de la Ley Orgánica 2/2010, relativas ambas a medidas en el ámbito educativo.

En lo que afecta al artículo 9, bajo el epígrafe, *Incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo*, considera que,

El sistema educativo contemplará la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores, incluyendo un enfoque integral que contribuya a:

a) La promoción de una visión de la sexualidad en términos de igualdad y corresponsabilidad entre hombres y mujeres con especial atención a la prevención de la violencia de género, agresiones y abusos sexuales.

b) El reconocimiento y aceptación de la diversidad sexual.

c) El desarrollo armónico de la sexualidad acorde con las características de las personas jóvenes.

d) La prevención de enfermedades e infecciones de transmisión sexual y especialmente la prevención del VIH.

e) La prevención de embarazos no deseados, en el marco de una sexualidad responsable.

f) En la incorporación de la formación en salud y salud sexual y reproductiva al sistema educa-

(7) Comentario publicado por Don Gonzalo Herranz en Aceprensa el 4 de octubre de 1995.

tivo, se tendrán en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad proporcionando, en todo caso, a este alumnado información y materiales accesibles, adecuados a su edad.

Se completa esta previsión con la dicción del artículo 10 según el cual *“Los poderes públicos apoyarán a la comunidad educativa en la realización de actividades formativas relacionadas con la educación afectivo sexual, la prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazos no deseados, facilitando información adecuada a los padres y las madres”*.

La jurisprudencia, en Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1993 y 8 de noviembre de 1996, ya se ha pronunciado en relación con la hipotética colisión entre los derechos de los padres a dar a sus hijos una formación moral de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas (artículo 27 de la Constitución Española) y el deber de los poderes públicos de educar en la salud, incluida la sexual y reproductiva.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, entiende que *“Así pues, sobre los poderes públicos, y muy especialmente, sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades públicas por sus padres o tutores o por quienes tengan atribuida la protección y defensa, se haga en interés del menor y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser deben postergarse ante el interés superior del niño”*.

En definitiva, el intérprete constitucional decide que el derecho que a los padres confiere el artículo 27.3 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, tiene como límite la intangibilidad de la integridad moral de los hijos y la libertad de creencias de éstos últimos que no tienen porque coincidir con la de los representantes legales siendo que, el interés superior de los menores es el que debe protegerse con carácter prioritario.

En estos casos, ¿se podría plantear, de nuevo, el conflicto similar al suscitado en relación con la asignatura de Educación para la Ciudadanía?, podría ser, por ello, para evitar el resurgimiento del problema, el Consejo de Estado en su dictamen de 17 de septiembre de 2009, establece unas pautas

que recomienda seguir para evitar cualquier problema de inconstitucionalidad de la norma, así indica,

“Primero.- El indiscutible derecho de los padres debe cohonestarse con el derecho de los hijos a recibir una instrucción adecuada. Algo que debe ponerse en relación con el principio indubitado en nuestra propia doctrina y jurisprudencia, desde el Código Civil en adelante hasta la Ley del Menor, según la cual “la patria potestad debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos”, algo hoy reconocido por los instrumentos internacionales en la materia (Convenio de Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1980 y Carta Europea de derechos del niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo 30172/92, de 8 de julio de 1992). A la altura del tiempo actual, no cabe duda que la educación sexual es un elemento imprescindible de una instrucción adecuada por exigencia de la propia protección del niño y adolescente de la que no puede privarle un derecho de veto absoluto por parte de sus padres, como estos no podrían privarle del derecho genérico a la educación.

Segundo.- Esa instrucción debe ser “objetiva y científica” y “excluir toda tendencia al adoctrinamiento”, de modo que no debe “exaltar el sexo ni incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro o reprensible para los padres”. El Tribunal avaló esta doctrina en el caso Handyside contra Reino Unido de 7 de diciembre de 1976 (Sentencia TEDH 1976/6, de 7 de diciembre de 1976), por considerar que el texto de educación sexual retirado de la circulación por la autoridad británica era excesivamente contundente y explícito y, en consecuencia, lesivo para niños, por razón de su edad, indefensos.

Tercero.- La educación sexual debe hacerse de manera “delicada” con especial atención a la edad y el sexo de los educandos.

Cuarto.- Ello no empece el derecho de los padres a completar la educación sexual de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones, sin que dicho derecho pueda suponer un automático veto sobre la organización institucionalizada de una enseñanza sobre materias sexuales.

En análogo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en tres sentencias de 11 de febrero de 2009 relativas a normas educativas del Principado

de Asturias y de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por consiguiente, a juicio del Consejo, la redacción de los artículos 9 y 10 del anteproyecto puede considerarse correcta a la luz de esta doctrina jurisprudencial. Sin embargo, para evitar previsibles polémicas análogas a las que suscitaron en su día los contenidos de la asignatura Educación para la Ciudadanía, dicha redacción debería considerarse a la luz de los principios indicados. Con tal ocasión bien pudiere tenerse en cuenta o servir de referencia la fórmula danesa de 1970, que ha sido confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como se ha indicado. Reza dicha fórmula: "La educación sexual tendrá por objeto impartir a los alumnos conocimientos que: a) Les ayuden a evitar cualquier incertidumbre o temor que puedan crearles problemas; b) Les ayuden a comprender mejor las relaciones que unen la vida sexual, la vida afectiva y la vida en sociedad; c) Den a cada alumno la posibilidad de descubrir por sí mismo las actitudes que armonicen mejor con su propia personalidad; d) Pongan en valor el sentido de la responsabilidad y de la delicadeza en el ámbito sexual" (Decreto de 25 de junio de 1970, artículo 1). La transcrita regulación, propia de un país extremadamente avanzado en cuestión de derechos y libertades, se aprobó ante un aumento de los embarazos no deseados, de los abortos y de la transmisión de enfermedades por vía sexual, esto es, de una situación muy semejante a la española que hoy pretende corregir la iniciativa legislativa consultada, y fue expresamente avalada por el Tribunal Europeo en la sentencia citada, lo que la convierte en un modelo especialmente autorizado, útil y de pacífica aceptación.

Recuérdese a estos efectos que las citadas sentencias del Tribunal Supremo consideran inobjetable los citados contenidos de la asignatura de Educación para la Ciudadanía por su concordancia con la recomendación (2002)12, del Consejo de Europa que en su día fue señalada por este Consejo en su dictamen 2521/2006. La referencia a los textos internacionales, inútil cuando es meramente retórica, puede ser conveniente a la hora de blindar frente a posibles objeciones las normas proyectadas".

7.- Otras cuestiones.

A) Traslado de personal objeto.

Este aspecto ya fue enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1987, que

conoció el traslado de diversas enfermeras a un servicio distinto en el que desarrollaban sus funciones, el Alto Tribunal entiende que

"Efectivamente, existe en principio un fundamento objetivo notorio, expuesto por las mismas interesadas, para tal decisión, y es, precisamente, su deseo de no intervenir en interrupciones voluntarias de embarazos (por lo demás, tan legítima como la contraria). Tal actitud negativa implica la imposibilidad de colaborar en tareas normales del departamento en el cual se hallaban adscritas, con perturbación previsible del servicio cuando se presentaren tales casos. No cabe hablar, pues, de «represalia» si el cambio de destino se hace sin afectar al lugar de residencia (Ponferrada), al Hospital («Camino de Santiago»), a las categorías profesionales y a los salarios o sueldos, que en ningún momento han sido degradadas o disminuidas".

B) Registro de los objetores de conciencia.

La válida práctica de la objeción de conciencia necesita de la inscripción del médico en el Registro de objetores de conciencia creado al efecto en cada territorio.

Bien es cierto de que tal inscripción, apriorísticamente, podría considerarse que viola el derecho a no declarar sobre cuestiones relacionadas con creencias ideológicas y religiosas, pero no lo es menos que, sin tal declaración el derecho que tratamos, sea fundamental o no, no podrá aplicarse.

En este sentido, el Auto de 29 de septiembre de 2010, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, reconoce que "el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, reclama por su misma naturaleza de un acto de manifestación externa de quien lo ejerce; puede ser excesiva la reclamación de determinados detalles sobre los motivos del ejercicio (véase Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2007, caso Folgero contra Reino de Noruega), pero no cabe negar que el ejercicio a de exteriorizarse de una forma u otra"

Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, "Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de

tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias”

La práctica totalidad de la doctrina considera que los registros válidos son los que se creen en las instituciones sanitarias, pero es conocida la polémica que, a tales efectos ha existido en diversas Comunidades Autónomas, donde se ha planteado la pugna de si tiene el mismo efecto la declaración consignada en el Registro del Colegio de Médicos de cada de ellas.

C) Recursos contra la denegación de la objeción de conciencia.

No debe generar problema la resolución administrativa que resuelva la solicitud de objeción de conciencia, en el hipotético caso de que esta sea denegatoria, no habría problema alguno para que se plantease la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, así, si bien es cierto que, en aplicación del Artículo 111.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, *“la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado”*. En este caso sería de aplicación el apartado segundo de tal precepto, a cuyo tenor,

“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias:

a. Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b. Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley.”

En definitiva, la hipotética resolución administrativa que deniegue el derecho del profesional sanitario a la objeción de conciencia, deberá suspen-

derse, ya por solicitud del afectado, ya de oficio por el órgano administrativo, pues, en este caso es evidente que concurren las dos circunstancias legales que justifican tal medida preventiva.

En resumen de todo lo hasta aquí expuesto, la regulación actual de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, no resuelve, de modo definitivo, la innumerable serie de problemas que plantea la objeción de conciencia sanitaria, si bien es cierto que, una cuestión estrictamente ligada a cuestiones éticas, morales y religiosas difícilmente puede ofrecer una solución definitiva y, mucho menos pacífica, no lo es menos que una regulación pormenorizada de este derecho contribuiría a evitar o cuanto menos a mitigar, alguno de los planteamientos que aquí se han expuesto.

Ello redundaría, no solo en beneficio de los profesionales sanitarios, que conocerían unas pautas de actuación, sino también a los usuarios del sistema de salud que, a día de hoy, tiene reconocida como una prestación sanitaria, la interrupción voluntaria del embarazo siempre que se ajuste a las pautas legales.

III.- POSICIÓN LEGAL DE LOS PADRES.

Bajo este epígrafe queremos abordar otra de las cuestiones que más controversia ha despertado con la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la interrupción voluntaria del embarazo de las embarazadas mujeres de dieciséis años y la situación que ostentan sus representantes legales en este proceso.

Y es que, en este aspecto, la norma pretende tomar postura sobre un complicado juego de equilibrio, el derecho de autodeterminación de un preadulto y los derechos de los representantes legales que ostentan la patria potestad o la tutela de aquel.

Esta cuestión viene regulada en el artículo 13. CUARTO de la Ley Orgánica 2/2010, según el cual,

“En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas

de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”.

El desarrollo a este precepto lo ofrece el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Así, el artículo 8, bajo el epígrafe Consentimiento informado de las mujeres de 16 ó 17 años. Información a los representantes legales, se indica,

“1. La mujer de 16 ó 17 años prestará su consentimiento acompañado de un documento que acredite el cumplimiento del requisito de información previsto en el apartado Cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. El documento será entregado personalmente por la mujer acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención.

2. En el caso de prescindir de esta información, cuando la mujer alegue las circunstancias previstas en el apartado Cuarto del citado artículo 13, el médico encargado de practicar la interrupción voluntaria del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social.”

En definitiva, este precepto que, en las postrimerías de la elaboración de la norma, era decididamente revolucionario, ha ido atenuando su carácter de forma que, salvo en los casos de conflicto grave, la menor no solo deberá entregar un documento en el que se haga constar que al menos uno de los progenitores ha sido informado de su intención, sino que deberá entregar aquel acompañada por su representante legal –este requisito ha sido incluido *ex novo* por el Real Decreto 825/201- su-

ponemos que para evitar cualquier fraude relativo a la suscripción del documento en cuestión-.

Antes de entrar a comentar las posturas que se han formado en torno a este precepto, conviene partir del análisis de la figura del menor maduro, que es aquel menor de edad legal que poseen capacidad suficiente para la toma de decisiones que afecta, en este caso a su salud.

En el ámbito sanitario, se ha regulado de manera decididamente heterogénea el consentimiento informado del menor y del menor maduro.

El consentimiento informado es el que emite un paciente para recibir un tratamiento tras ser informado al respecto, este consentimiento tiene su base en el derecho a la autonomía del paciente y su sustrato constitucional se encuentra el derecho a la dignidad reconocido en el artículo 10 de la Carta Magna.

Su regulación legal la ofrece el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, a tenor de este artículo

“Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

Para tomar postura sobre la polémica que comentamos, es recomendable analizar la naturaleza jurídica del consentimiento informado, pues así se puede determinar, con mejor criterio, si el otorgamiento de este acto está incluido en uno de los relativos a la personalidad del menor y que, en virtud del artículo 162.1º del Código Civil, éste puede realizar por sí mismo.

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3) da al consentimiento informado la calificación de Derecho Fundamental considerándolo una de las últimas aportaciones realizadas a la teoría de los derechos Fundamentales y consecuencia directa de cómo deben ser concebidos los derechos a la vida, integridad física y libertad de conciencia.

Para el Tribunal Supremo, la información del médico al paciente para que éste pueda escoger en libertad dentro de las posibles opciones que la

ciencia médica le ofrece al respecto no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española.

Siguiendo esta estela, la sentencia de 11 de mayo de 2001, si bien con carácter de «obiter dicta», vuelve a calificar el derecho a ser informado como un derecho humano fundamental con apoyo en los preceptos constitucionales e internacionales a los que ya hacía referencia la sentencia de 12 de enero de 2001; a ellos incorpora la Carta 2000/CE 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 3, y en relación con la integridad de la persona, señala: «1.–Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2.– En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley».

Esta calificación no ha estado exenta de polémica ⁽⁸⁾, sin embargo es unánime el criterio de que

⁽⁸⁾ Así, Don Manuel Pulido Quecedo en un artículo titulado **El consentimiento informado en materia de salud: ¿derecho humano fundamental?**, publicado en el Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num. 5/2001. BIB 2001\501 afirma,

“Constituye una declaración de principio de la jurisprudencia constitucional, que el Juez Ordinario –también el TS– es el primer garante de los derechos fundamentales. Más aún, ha señalado – STC 188/1994, de 20 de junio (RTC 1994, 188) –, entre otras–, que al Tribunal Supremo, como cúspide de la jurisdicción ordinaria, le compete con carácter preferente –no subsidiario como es el caso del Tribunal Constitucional– la defensa de los derechos fundamentales.

Ahora bien, dicha aseveración requiere para ser correctamente entendida, la previa delimitación de la materia concernida, que no puede ser otra que la contenida en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875). –De los Derechos Fundamentales y de las libertades Públicas–.

Ya no es preciso citar, junto a dichos preceptos, el art. 30.2 CE. El que reconoce la objeción de conciencia al servicio militar, habida cuenta que el Real Decreto 342/2001, de 4 de abril (RCL 2001, 944), ha suspendido la prestación social sustitutoria del servicio militar. A partir del 31 de diciembre del año 2001, los objetores de conciencia que a dicha fecha se encuentren en situación de disponibilidad pasarán a la situación de reserva de la prestación sustitutoria.

Ocurre, sin embargo, que en ocasiones los Tribunales ordinarios, aun el TS, califican como fundamentales, –sin pretensión seguramente de ampliar el elenco de los que el constituyente consideró susceptibles de protección a través del procedimiento preferente y sumario «ex» artículo 53.2 CE ante la jurisdicción ordinaria y, en el último extremo, ante el Tribunal Constitucional por medio o a través del recurso de

el consentimiento informado está estrechamente vinculado con la el derecho a la dignidad y la libertad personal, a la integridad física y psíquica y es preciso para legitimar las intervenciones en el ámbito de la sanidad.

Así, como afirma Don Manuel Pulido Quevedo “*El derecho del paciente-usuario a ser informado en términos comprensibles, de forma completa y continuada sobre su proceso, así como al previo consentimiento escrito del mismo para la realización de cualquier intervención, está reconocido legalmente en el artículo 10 apartados 5 y 6, de la Ley 14/1986. Hoy ese derecho a la información, que puede encontrar acomodo entre los derechos instrumentales al libre ejercicio de la autodeterminación personal o libre desenvolvimiento de la personalidad art. 10.1 CE) y al derecho a la protección de la salud*”

Pues bien, se puede concluir que, integrado el consentimiento informado entre los aspectos relativos a la personalidad del individuo, el menor podría otorgarlo con independencia de sus progenitores.

amparo–, aquellos que no alcanzan tal carácter en la economía de nuestro sistema constitucional.

Uno de esos derechos, al que la STS (Sala Primera), de 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3), ha calificado como un derecho humano fundamental, es el que se conoce en el ámbito de la salud, introducido legalmente por la Ley 14/1986, de Sanidad, de 25 de abril (RCL 1986, 1316), como el consentimiento informado.

El derecho del paciente-usuario a ser informado en términos comprensibles, de forma completa y continuada sobre su proceso, así como al previo consentimiento escrito del mismo para la realización de cualquier intervención, está reconocido legalmente en el artículo 10 apartados 5 y 6, de la Ley 14/1986. Hoy ese derecho a la información, que puede encontrar acomodo entre los derechos instrumentales al libre ejercicio de la autodeterminación personal o libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 10.1 CE) y al derecho a la protección de la salud (principio rector, según la economía del art. 43.1 CE, no derecho fundamental), ha encontrado reconocimiento y protección internacional en el Convenio, de 4 de abril de 1997, para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, ratificado por instrumento de 23 de julio de 1999 (RCL 1999, 2638), –fecha de entrada en vigor en nuestro país, el día 1 de enero de 2000– cuyo Capítulo II, del consentimiento, sanciona y reconoce el derecho y su régimen jurídico (arts. 5 - 8).

Pues bien, con independencia de la importancia de su reconocimiento en el mencionado Convenio, que contempla otras cuestiones de indudable interés: genoma, extracción de órganos y de tejidos de transplantados vivos, etc., no puede calificarse, a nuestros efectos internos.

Así resulta de la aplicación estricta del artículo 162.1 del Código Civil, del que resulta,

“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1. 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.”

Sin embargo, esta, que es la regla general en Derecho Civil, en el ámbito sanitario, está sujeta a la intervención –de diverso grado- de los representantes legales.

Así, en el ámbito sanitario, la regla general la expone el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, que establece,

“Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

Sin embargo la norma contempla alguna excepción:

-Artículo 9.4. La práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

- Artículo 11.1 exige la mayoría de edad para el otorgamiento de instituciones previas

También las leyes sectoriales establecen especificidades propias, así

a) La Ley 14/2006, de 26 de mayo por la que se regulan las técnicas de reproducción humana asistida reconoce en su artículo 6 que toda mujer

mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

b) Los artículos 4 y 6 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y transplante de órganos, exigen la mayoría de edad para estas prácticas, tanto para el donante como para el receptor, en su defecto el consentimiento informado lo otorgarán sus representantes legales.

c) El artículo 4.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, que regula la investigación biomédica, prevé tanto para investigación biomédica como para que puedan aportar a ella sus muestras biológicas que *“se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación. (...)Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación”.*

d) La Ley 29/2006, de 26 de julio, del Medicamento, indica que, para participar en un ensayo clínico, en el caso de personas que no puedan emitir libremente su consentimiento, éste deberá ser otorgado por su representante legal.

Esta referencia imprecisa la aclara el artículo 7.3 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, que regula los ensayos clínicos con medicamentos y establece,

“Cuando el sujeto del ensayo no sea una persona capaz para dar su consentimiento o no esté en condiciones de hacerlo, la decisión deberá adoptarse, teniendo en cuenta lo indicado en este artículo.

a) Si el sujeto del ensayo es menor de edad:

1º Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.

2º El menor recibirá, de personal que cuente con experiencia en el trato con menores, una in-

formación sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios adecuada a su capacidad de entendimiento.

3º El investigador aceptará el deseo explícito del menor de negarse a participar en el ensayo o de retirarse en cualquier momento, cuando éste sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida.

4º El promotor pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos cuya población incluya a menores.”

2.- Exégesis del artículo 13.Cuarto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

En definitiva y, con independencia de otras consideraciones extrajurídicas, el artículo 13.Cuarto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, si bien es cierto que obvia lo dispuesto en el artículo 162.1 del Código Civil, es coherente con la regulación sanitaria que acabamos de citar.

Pues bien, antes de llegar a su redacción actual, el anteproyecto excluía la interrupción voluntaria del embarazo de las excepciones en las que el consentimiento informado estaba reservado a las mayores de edad.

Así resultaba de la redacción inicial del artículo 13, que se limitaba a exigir el consentimiento de la mujer para practicar una interrupción voluntaria del embarazo y de la Disposición final segunda que daba nueva redacción al artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, y limitaba la mayoría de edad a las prácticas de ensayos clínicos y técnicas de reproducción humana asistida.

Pues bien, este planteamiento inicial del anteproyecto recibió numerosas críticas; así, en el informe aprobado por el Consejo Fiscal critica que,

“El anteproyecto hace mucho hincapié en la necesidad genérica de información y formación en materia sexual y reproductiva por parte de los poderes públicos y los profesionales de la sanidad. Pero parece olvidarse de la obligación de los pa-

dres de velar por sus hijos no emancipados, tenerlos en su compañía, alimentarles, educarles y procurarles una formación integral (artículo 154 del Código Civil). En momentos tan difíciles como sin duda son aquéllos en que una menor de dieciséis y dieciocho años se encuentra embarazada y se plantea la posibilidad de abortar o no, poder prescindir del consejo y apoyo de los padres no resulta adecuado. Tampoco es razonable que una decisión tan importante en su vida...deba ser adoptada por los padres...Por ello consideramos más oportuno acudir a la solución intermedia de las tres previstas en la ley: que los padres deban ser informados de la situación de su hija, y su opinión sea tomada en cuenta para la toma de la decisión por quien corresponde: la menor misma. Con ello se equipara la situación de la menor de dieciséis y diecisiete años a la del menor emancipado.”

Por su parte, el Consejo de Estado, en su informe de 17 septiembre de 2009, señalaba que, *“Habida cuenta que los progenitores han de desempeñar “ex lege” las funciones inherentes a la patria potestad, que tal y como establece el artículo 154.1º del Código Civil, supone para los padres el deber o la facultad de velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, y procurarles una formación integral, lo cual es conforme con lo que el artículo 39.4 de la Constitución establece, se considera adecuado que con la finalidad de no postergar el ejercicio de dicha función, especialmente en lo que al aspecto educativo y de cuidado se refiere, se reconozca a aquellos el derecho a ser informados de la petición de su hija de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo.”*

El informe alternativo del Consejo Fiscal estudia esta misma cuestión desde una óptica más proclive a que se tome en consideración la autonomía del menor.

De este modo, inicia su análisis a la disposición final segunda cuestionando que la interrupción voluntaria del embarazo sea una *“mera intervención invasiva que afecte a la integridad física” de la menor, pues, por el contrario constituye el “sacrificio de un bien jurídico –la vida prenatal– a otro – su propio derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad...– que forman parte de una decisión previa, por lo que los supuestos y los términos de esa decisión son distintos”.*

Por ello, concluye afirmando que *“el grado de madurez que se exige para decidir la práctica del aborto equivale a la capacidad para realizar esa ponderación de bienes jurídicos, asimilando la información y asumiendo la responsabilidad que la decisión implica”*.

En este informe alternativo, descartando la intervención exclusiva de los representantes legales que sería inconstitucional alcanza una posición de equilibrio, así, parafraseando al Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985, recuerda que el consentimiento informado es válido cuando se disponga de una correcta información, no solo de carácter médico sino también de índole social, pues bien, dentro de ésta última, incluye la intervención de los padres, si bien con un destacado carácter mesurado, así afirma,

“Por tanto, al margen de cualquier concepción moral, política o religiosa, sino estrictamente dentro del planteamiento constitucional del problema, sin extraer del marco personalísimo de la voluntad debidamente informada de la menor embarazada el intransferible proceso de formación y manifestación de su decisión, resultaría ciertamente congruente con la filosofía del Anteproyecto y, desde luego, con el esfuerzo de optimización constitucional que propugnábamos, el que se añada a la información que aquélla recibe antes de decidir sobre la interrupción de la gestación, una explícita y razonada invitación a informar a sus padres o tutores de la situación y a valorar junto a ellos, o bien con una persona adulta de su confianza, las alternativas y las consecuencias del paso irreversible que supone tanto la interrupción del embarazo como la decisión de llevarlo a término”

Con estos mimbres, cabe señalar que, tema de la interrupción voluntaria del embarazo de las mayores de dieciséis años enfrenta a dos posturas, una que podríamos definir como conservadora y que tiene como postulado principal la protección de los menores desde la tutela de sus representantes legales y otra más proclive a garantizar la autodeterminación del menor de edad legal con capacidad suficiente para decidir cuestiones relativas a su esfera personal.

Quienes abogan por la postura conservadora, sostienen que, de otro modo se impide el derecho/deber de los padres impuesto en el artículo 154 del Código Civil que les obliga, entre otras cosas a

velar por ellos, por ende, el fin último de estos preceptos es proteger al menor, en este caso su salud y su integridad física, lo que solo se consigue si se informa a los representantes legales de las vicisitudes relativas a la situación sanitaria del menor.

Consideran que *“el principio de autonomía no es absoluto, debe equilibrarse con los de beneficencia, no maleficencia y justicia (este es especialmente violado cuando no se informa a los padres en determinadas situaciones). Es evidente que si los padres no son requeridos no pueden velar para que la información que reciban los menores sea veraz y completa, ni pueden pedir una segunda opinión médica, ...ni en general velar por sus hijos”* ⁽⁹⁾.

Así citan como ejemplo otros derechos que, a los responsables legales de los menores les encomienda la Ley, entre ellos, el artículo 4 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, pues, en relación con la educación de sus hijos o pupilos, tienen los siguientes derechos: d) A estar informados sobre el progreso del aprendizaje e integración socio-educativa de sus hijos; e) A participar en el proceso de enseñanza y aprendizaje de sus hijos; g) A ser oídos en aquellas decisiones que afecten a la orientación académica y profesional de sus hijos.

Igualmente, el párrafo segundo de este precepto, encomienda a los progenitores, como primeros responsables de la educación de sus hijos o pupilos: *d) Participar de manera activa en las actividades que se establezcan en virtud de los compromisos educativos que los centros establezcan con las familias, para mejorar el rendimiento de sus hijos.*

En definitiva, consideran que, en el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo de la mayor de dieciséis años, a los responsables legales de un menor, también se les debe reconocer no un derecho a la información, sino de participación e intervención en el proceso asistencial similar al reconocido en el ámbito educativo.

Por el contrario, quienes defienden la segunda postura consideran que el consentimiento informa-

⁽⁹⁾ Corresponden a un artículo publicado por Don Eliseo Collazo Chao en Cuadernos de Bioética XX, 2009/1^a.

do de la menor a la interrupción voluntaria del embarazo debe abordarse desde el prisma del artículo 162.1º del Código Civil, que, como hemos visto, habilita al menor capaz para desarrollar actos relativos a su personalidad sin la intervención de sus progenitores.

En efecto, al amparo de este precepto, la interrupción voluntaria del embarazo quedaría incluido en esta esfera de libre disposición de la menor pues, según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo estos aspectos están “...directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de los derechos fundamentales, señaladamente de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integran el ámbito esencial de la autodeterminación individual”.

Además apoyan su análisis en una interpretación integral de todo el ordenamiento jurídico.

Así, recuerdan que, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la integridad personal y familiar y a la propia imagen,

“El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”

Por su parte el artículo 2 de la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, que reconoce como principio general que “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educati-**

vo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.”

El artículo 5 señala que “los menores tiene derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo”.

Finalmente, el artículo 9.2 garantiza el derecho del menor a ser oído y reconoce que puede ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

Esta última Ley Orgánica, deja clara su pretensión en su Exposición de Motivos, donde se indica que, “ el derecho a la protección de la infancia (...) consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos” igualmente, establece un importante límite, pues considera que “las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva” reconoce “que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro”.

Acuden además al **Convenio de Oviedo de Derechos Humanos y Biomedicina de 4 de abril de 1997 (ratificado por España el día 23 de julio de 1999), en cuyo artículo 6.2 señala que, “cuando el menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta solo podrá efectuarse con autorización de su representante..., la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de madurez”.**

Consideran igualmente que, la dicción del artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, solo exige dar información a los padres de los hijos emancipados o mayores de dieciséis años en caso de grave riesgo, pues, en otro caso, no cabe el consentimiento informado por representación de tales pacientes.

En este caso, sería precios acudir a la praxis médica para determinar si la interrupción volunta-

ria del embarazo es una intervención que entraña grave riesgo, pues según esta parte de la opinión, ello es definitivo para acudir o no al consentimiento por representación.

En definitiva, para los partidarios de esta corriente, la menor que presente suficiente grado de madurez, podría prestar su exclusivo conocimiento a la interrupción voluntaria del embarazo.

En estos casos, se debería determinar quien valora la capacidad del menor y con base en que parámetros se decide, para ello, hay quienes proponen que se acuda al análisis de un psicólogo o al establecimiento de protocolos sanitarios de aplicación a esta determinación.

3.- Derecho del menor a la protección de datos de carácter personal relativos a la salud.

Este apartado pretende analizar, de modo sucinto, el derecho del menor a la protección de datos relativos a la salud y, en que medida, el artículo 13. Cuarto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, puede afectar a este derecho a la confidencialidad de datos.

La protección de datos esta regulada en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal que, tiene por objeto, según su artículo 1 *“garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”*; en consecuencia, el artículo 6 exige el consentimiento del afectado para el tratamiento de estos datos.

Ello va ligado al deber de secreto que, al responsable del tratamiento, impone el artículo 10; este mismo deber de secreto y confidencialidad lo establecen los artículos 7 y 16.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, en lo que a los datos relativos a la salud se refiere.

Estas normas no distinguen a los sujetos protegidos en función de su edad, pues se refieren, respectivamente, a las *“personas físicas”* y al *“paciente”*, en consecuencia, estos preceptos son aplicables también a los menores de edad.

Pues bien con estos antecedentes normativos, la Agencia Española de Protección de datos, en su Informe 409/2004, concluye que los padres de un menor de edad, mayor de catorce años, no podrán acceder a la historia clínica de sus hijos sin el consentimiento de estos.

Estos son los fundamentos en los que se apoya para alcanzar tal conclusión:

“El acceso a los datos de la historia clínica constituye una modalidad de ejercicio del derecho de acceso, regulado por el artículo 15 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, siendo, como consagra la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos y, en consecuencia, parte esencial de un derecho de la personalidad del afectado cuyos datos son contenidos, en este caso, en la historia clínica, facilitándose copia de los mismos, como en el caso planteado en la consulta, consistente en una copia del informe de la analítica efectuada.

(...)

Respecto de los mayores de catorce años, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 162.1º del Código Civil, se plantea si ha de considerarse que el menor tiene condiciones suficientes de madurez para ejercer el derecho de acceso, debiendo, a nuestro juicio, ser afirmativa la respuesta, toda vez 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 sí solos determinados actos de la vida civil. Baste a estos efectos recordar los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por ejercicio del derecho de opción o por residencia, que se efectuará por el mayor de catorce años, asistido de su representante legal, o la capacidad para testar (con la única excepción del testamento ológrafo) prevista en el artículo 662.1 para los mayores de catorce años.

Por otra parte, debe recordarse que, según tiene señalado la Dirección General de Registros y del Notariado, en 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 aquél 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". En resumen, la minoría de edad no supone una causa de incapacitación (de las reguladas en el artículo 200 del Código Civil), 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.

En consecuencia, a tenor de las normas referidas, cabe considerar que los mayores de catorce años disponen de las condiciones de madurez precisas para ejercitar, por sí mismos, el derecho de acceso a sus datos de carácter personal, sin que pueda admitirse la existencia de una representación legal (y, en consecuencia, no acreditada) del titular de la patria potestad, dado que precisamente estos actos se encuentran excluidos de la mencionada representación por el tan citado artículo 162.1º del Código Civil.

De este modo, si el padre o madre de un mayor de catorce años acude a un centro sanitario solicitando un informe de analítica o cualquier dato incorporado a la historia clínica de su hijo, sin constar autorización alguna de éste, no sería aplicable lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley 41/2002, por lo que no debería procederse a la entrega de la información en tanto no conste la autorización fehaciente del hijo. Por supuesto, salvo en los supuestos en que el hijo haya sido previamente sujeto a incapacitación".

Pues bien, los partidarios de reconocer y respetar el derecho a la autodeterminación del menor y a asegurar el ejercicio por sí mismos de actos relativos a su personalidad, consideran que el artículo 13.Cuarto, vulnera el derecho a la protección de datos relativos a la salud del menor maduro.

Sin embargo, la reciente Sentencia 330/2010, de 7 de abril del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha anulado dos preceptos del Código Deontológico aprobado por el Colegio de Médicos de Cataluña, en concreto la norma 33 del Código Deontológico a cuyo tenor "el médico en caso de tratar a un paciente menor de edad y cuando lo considere con las

suficientes condiciones de madurez, habrá de respetar la confidencialidad respecto de los padres o tutores y hacer prevalecer la voluntad del menor".

Señala a este respecto la Sentencia,

"Conforme al tenor literal de esta norma, cuando el médico considere que un paciente menor de edad tiene las suficientes condiciones de madurez -con independencia de cuál sea dicha edad-, se producirán dos consecuencias ineludibles. Por una parte, "habrá de respetar la confidencialidad respecto de los padres o tutores", lo que comporta que éstos no serán informados del estado de salud del menor que se halla sujeto a su patria potestad o tutela, en tanto que, por otra, prevalecerá en todo caso la voluntad de aquél sobre la de sus padres o tutores.

Resulta obvio que tal regulación contraviene lo dispuesto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (RCL 2002, 2650), de Autonomía del Paciente. Según este precepto, en los casos en que se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabrá prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, incluso en estos casos, los padres deben ser informados en todo caso, cuando se trate de una actuación de grave riesgo, y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

La norma impugnada no respeta tales prescripciones, desde el momento en que impide que los padres o tutores sean informados en todo caso, cuando el médico considere que el menor tiene las suficientes condiciones de madurez, y hace prevalecer la voluntad de éste, sin ponderar en uno y otro caso las circunstancias de edad y riesgo que establece el precepto legal.

La manifiesta contradicción de la norma impugnada con la disposición legislativa antes reseñada conduce, en consecuencia, a la estimación en este punto del recurso interpuesto por los actores".

De todo lo que hasta aquí se ha expuesto, resulta que existe un confuso panorama legal en el tema del otorgamiento del consentimiento informado por los menores maduros, a ello contribuye la heterogeneidad normativa y lo enrocadas que se encuentran las posiciones de expuestas a lo largo de este escrito.

En definitiva, posturas que podríamos denominar más progresistas o proclives a reconocer y garantizar el derecho a la autodeterminación del menor maduro, esgrimen el derecho que a aquel le corresponde para acceder por sí mismo al sistema sanitario y disfrutar de sus prestaciones, a obtener información y a decidir con independencia de la posición de sus representantes legales, garantizando así, su derecho a la intimidad, a la integridad.

Por el contrario, posturas más conservadoras defienden no solo el derecho de los padres a velar por sus hijos, sino el derecho de los hijos a que este deber paterno filial se desarrolle debidamente

Es evidente, por tanto que habremos de seguir buscando fórmulas que garanticen el justo equilibrio entre los derechos de los representantes legales a asegurar la protección del menor y el de éstos últimos a que se respete su autonomía personal, siempre sin perder de vista que, el fin último de este conflicto, es el beneficio del menor, a quien se le debe garantizar su protección y desarrollo integral.

BIBLIOGRAFÍA.

- La objeción de conciencia sanitaria, Javier Sánchez-Caro, Revista Derecho y Salud, volumen 19, número extra 1, 2010.
- Consideraciones relativas al derecho de objeción de conciencia en el ámbito sanitario, diciembre de 2009, Consejo General de Enfermería.
- Guía de objeción de conciencia sanitaria al aborto editada por la Asociación para la Defensa del Derecho a la Objeción de Conciencia, el Centro Jurídico Tomás Moro, Derecho a vivir, Hazte oír o Médicos por la vida.
- Objeción de conciencia al aborto, Dra. María Cebriá García.
- La doctrina constitucional sobre el derecho a la vida y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Especial referencia al Dictamen emitido por el Consejo de Estado, Alejandro Alonso Cajigas, Actualidad Administrativa, nº 11, Editorial La Ley.
- La capacidad jurídica del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica, Juan Luis Beltrán Aguirre.

- Anticoncepción, contracepción de emergencia y minoría de edad, Juan Luis Beltrán Aguirre, Revista Aranzadi Doctrinal 11, marzo de 2010.

- Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro, Rafael Álvaro Millán Calenti, Revista Derecho y Salud, volumen 19, número extra 1, 2010.

DEBATE Y CONCLUSIONES.

Tras la presentación de la ponencia, tuvo lugar un animado debate, donde, entre otros temas, se discutió la proyección de la objeción de conciencia al deber de informar previsto en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, También se disertó el ámbito de actuación de los menores de edad legal.

Finalmente se cuestionó el derecho de objeción de conciencia, respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, por parte del personal sanitario que acceda a un servicio público tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, pues aquella prestación asistencial ya forma parte de la cartera de servicios comunes de la Administración sanitaria.

Esta intervención puso de manifiesto lo que consideraba el riesgo de que la conciencia de un grupo acabara imponiéndose como conciencia única y llegara a imposibilitar el correcto funcionamiento de sistema sanitario.

Como consecuencia de la ponencia inicial y del debate ulterior, se pueden alcanzar las siguientes conclusiones.

Primera.- Sería recomendable realizar una regulación competa de la objeción de conciencia que delimitara con mayor precisión tanto el ámbito subjetivo de aplicación de la norma- que profesionales sanitarios pueden acceder a este derecho-, como el objetivo, - para que actuaciones concretas puede ejercerse este derecho-.

Segunda.- La objeción respecto del deber de informar previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, está motivada, más que por el contenido de la información, por su carácter de requisito necesario para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo.

Tercera.- El derecho civil y el derecho sanitario, ofrecen un tratamiento distinto a la capacidad

de los menores de edad, a esa dispersión normativa contribuye el artículo 13.Cuarto de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que, sin mención al grado de madurez de los menores de edad, autoriza a las mujeres mayores de dieciséis y diecisiete años a prestar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo siempre que sus representantes legales hayan sido debidamente informados.

Cuarta.- Es cuestionable la función de valoración, que imputa al médico que practique la interrupción voluntaria del embarazo, el artículo 8 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, en relación con el artículo 13.CUARTO de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, pues, al amparo de estos preceptos, será este facultativo quien valore la existencia o no de un conflicto grave a los efectos decidir si procede o no informar a los representantes legales de la menor de edad sobre su intención de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo.

Quinta.- El derecho a la objeción de conciencia, prácticamente por unanimidad, tiene reconocido carta de naturaleza de derecho fundamental como proyección del derecho a la libertad ideológica y de conciencia del artículo 16 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 y goza de la protección especial que ofrece el recurso de amparo como resulta del artículo 53.2 de la Carta Magna.

En todo caso, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia deriva de una ponderación de valores y de intereses, en este caso el incumplimiento de un deber justificado por la facultad de actuación en coherencia con la libertad ideológica y de creencia del artículo 16 de la Constitución Española y el derecho de la mujer de acceder a una concreta prestación sanitaria.

Pues bien, en este pretendido conflicto, debe prevalecer el derecho a la objeción de conciencia del profesional sanitario, pues el ejercicio de su derecho, no impide el acceso de la mujer a la prestación sanitaria de interrupción voluntaria del embarazo; efectivamente, si todos los profesionales sanitarios que presten servicio en centros públicos de un ámbito territorial concreto han objetado en conciencia, la prestación sanitaria se garantiza con el traslado de la paciente a un centro privado o, a otra Comunidad Autónoma, donde sí existan facultativos dispuestos a asistirla.

NORMAS DE REMISIÓN Y PRESENTACIÓN DE COMUNICACIONES CIENTÍFICAS

El Comité Científico invita a todos los participantes a remitir comunicaciones científicas al **XX Congreso de Derecho y Salud**.

Los temas del Congreso para presentación de Comunicaciones Científicas se describen en el siguiente listado:

- **Sostenibilidad del Sistema Sanitario**
- **Control del Gasto sanitario.**
- **Prevención de efectos adversos y mejora de la calidad asistencial**
- **Investigación biomédica.**
- **Contratación Administrativa en el ámbito sanitario.**
- **Colegiación de los profesionales sanitarios.**
- **La carrera profesional del personal sanitario**

Los interesados en participar deberán enviar al Comité Científico un **resumen de la propuesta de comunicación**, según formato (DinA4, letra Arial 14, interlineado 1,5, máximo 2 páginas por una sola cara) que constará de los siguientes apartados:

- Título en mayúsculas y negrita
- Autor/es, indicando apellidos e iniciales de los autores y centro de trabajo. Se deberá subrayar el nombre del autor responsable de la comunicación durante la celebración del Congreso.
- Objetivos
- Metodología
- Resultados
- Conclusiones.

La fecha límite de presentación de resúmenes de comunicaciones será el 29 DE ABRIL. Una vez aceptado el resumen por el Comité Científico, se deberá presentar el texto completo de la comunicación con sujeción al siguiente formato:

- **Normas de presentación de la comunicación científica**
 - Los textos completos deberán remitirse antes del **30 DE MAYO DE 2011**.
 - **Su extensión** deberá ser entre 10 y 15 páginas,
 - **Formato:** DIN A4, interlineado simple, letra Arial 12 puntos, incluyendo resumen, de 4 a 8 palabras clave y bibliografía
 - Los autores de las comunicaciones deberán indicar si desean que estas sean evaluadas al objeto de ser publicadas en la revista “Derecho y Salud”, publicación que edita la Asociación de Juristas de la Salud.
 - Tanto los resúmenes como las comunicaciones serán evaluados por el Consejo Editorial, asesorado de un comité de evaluación formado por Doctores.
 - **Se remitirán:** por correo electrónico a presidente@ajs.es y a dlarios@sescam.org, indicando:
 - o **Asunto:** XX Congreso de Derecho y Salud
 - o **Resumen/Comunicación:**
 - o **Mesa de Trabajo:**
 - o **Apellidos, nombre, dirección postal, e-mail....**
 - **No se aceptarán** resúmenes de trabajos que hayan sido expuestos en otros Congresos, ni aquellos recibidos en fecha posterior. La decisión final de aceptación será responsabilidad del comité Científico y será inapelable. La responsabilidad de la presentación recaerá en el autor/es quedando el comité organizador exento de cualquier responsabilidad
 - Tras la presentación de la comunicación, se entregará **certificado acreditativo** al responsable de la comunicación.

VII Premio Derecho y Salud (2011)



La Asociación de Juristas de la Salud convoca el VII Premio Derecho y Salud (2011) para trabajos de estudio e investigación sobre Derecho Sanitario, conforme a las siguientes:



BASES

1. CRITERIOS

El **VII Premio Derecho y Salud** está 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 2011 que aborden temas relacionados con el Derecho, la Sanidad y/o la Salud.

2. PARTICIPANTES

El **VII Premio Derecho y Salud** podrá ser otorgado tanto a personas individuales como a equipos de trabajo constituidos al efecto. En ningún caso podrá ser otorgado a miembros del Consejo Editorial ni de la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud.

3. FORMA

Los investigadores que deseen concurrir al **VII 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.

Solamente participarán en la actual convocatoria los ESTUDIOS que se reciban **antes del día 30 de mayo de 2011**.

Los ESTUDIOS que se envíen con posterioridad al 30 de mayo no podrán optar al premio, sin perjuicio de que el Consejo Editorial decida en todos los casos sobre la procedencia de la publicación.

5. DOTACIÓN

El **VII 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 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 día 20 de junio de 2011.

La entrega del premio tendrá lugar durante la celebración del XX Congreso DERECHO Y SALUD, que organiza la Asociación convocante durante los días **20, 21 y 22 de junio en Murcia.**

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.
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, 3ºA
 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 0182-6022-31-0201538629
 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, 3ºA
 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, 3ºA
15706 Santiago de Compostela

SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

DATOS SUSCRIPCION

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, 3ºA 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".

