

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 24, número 1. Enero-Junio 2014

Edita:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

Editores adjuntos:

JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER (CATALUÑA)
JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE (NAVARRA)
RAFAEL ALVARO MILLÁN CALENTI (GALICIA)

Consejo editorial:

Director:

FRANCISCO VILLAR ROJAS
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (CANARIAS)

Secretario:

DAVID LARIOS RISCO
LETRADO. JUNTA DE COMUNIDADES (CASTILLA-LA MANCHA)

Vocales:

JAVIER SÁNCHEZ CARO
RESPONSABLE BIOÉTICA Y DERECHO SANITARIO (MADRID)
ALBERTO PALOMAR OLMEDA
MAGISTRADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (MADRID)
MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO
PROFESORA TITULAR DERECHO CIVIL (CASTILLA-LA MANCHA)
ANA M^A MARGOS 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 RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES SANITARIAS
(CASTILLA-LA MANCHA)
JOSÉ MARÍA ANTEQUERA VINAGRE
PROFESOR DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA (MADRID)
LOLA GONZÁLEZ GARCÍA
SERVICIO DE RÉGIMEN JURÍDICO DE INSTITUCIONES SANITARIAS
(CASTILLA-LA MANCHA)
SERGIO GALLEGO RIESTRA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO
(ASTURIAS)
JAVIER VÁZQUEZ GARRANZO
JEFE DEL ÁREA JURÍDICA-SANITARIA DE LA ABOGACÍA DE LA CAIB
(BALEARES)
MARÍA MARTÍN AYALA
ASESORAMIENTO Y DESARROLLO NORMATIVO
(CASTILLA-LA MANCHA)

Consejo asesor:

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ (CASTILLA-LA MANCHA)
DAVID LARIOS RISCO (CASTILLA-LA MANCHA)
FRANCISCA VILLALBA PÉREZ (ANDALUCÍA)
FRANCISCO BOMBILLAR SÁENZ (ANDALUCÍA)
JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA (CANTABRIA)
NURIA GARRIDO CUENCA (CASTILLA-LA MANCHA)
JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ (ANDALUCÍA)
LUIS ALBERTO PANES CORBELLE (CASTILLA-LA MANCHA)
FRANCESCO JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ (CATALUÑA)
GUSTAVO MERINO GÓMEZ (CANTABRIA)
ÁNGELA RUÍZ SÁENZ (CANTABRIA)
JOSÉ MARÍA BARREIRO DÍAZ (GALICIA)
MARÍA BELÉN LÓPEZ DONAIRE (CASTILLA-LA MANCHA)

PRODUCCIÓN:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD
FACULTAD DE DERECHO
PLAZA DE LA UNIVERSIDAD Nº 1
02071 ALBACETE - ESPAÑA
[HTTP://WWW.AJS.ES](http://www.ajs.es)

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93
I.S.S.N.1133-7400
IMPRESO EN ESPAÑA POR GRAFISTAFF, S.L.
MAQUETADO POR STUDIO74.ES

DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

REVISTA FUNDADA EN 1992

Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD

<http://www.ajs.es>

ISSN: 1133-7400

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:

Asociación Juristas de la Salud
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad nº 1
02071 Albacete - España

Correo Electrónico:

info@ajs.es

Suscripciones y atención al cliente:

Asociación Juristas de la Salud
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad nº 1
02071 Albacete - España

(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 Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071) 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 info@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:

Presidencia: Josefa Cantero Martínez, *Universidad Castilla-La Mancha*; **Vicepresidencia:** David Larios Risco, *Letrado. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*. **Secretaría:** Francisca Villalba Pérez, *Universidad de Granada*. **Vicesecretario:** Francisco Bombillar Sáenz, *Universidad de Granada*; **Tesorero:** Juan Manuel Alegre Ávila, *Universidad de Cantabria*; **Vocales:** Nuria Garrido Cuenca, *Universidad de Castilla-La Mancha*; Juan Francisco Pérez Gálvez, *Universidad de Almería*; Luis Alberto Panes Corbelle, *Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*; Francesc José María Sánchez, *Abogado*; Gustavo Merino Gómez, *Consejería de Salud de Cantabria*; Ángela Ruíz Sáenz, *Consejería de Salud de Cantabria*; José María Barreiro Díaz, *Xunta de Galicia*; María Belén López Donaire, *Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*.

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 24, número 1. Enero-Junio 2014

ESTUDIOS

- Nuevas perspectivas de la judicialización de la salud en Brasil a la luz del derecho a un mínimo existencial.
Ricardo Perlingeiro 9
- Bioética y derecho biomédico: principios informantes. Su reflejo en la normativa y en la práctica asistencial. Enfrentamientos, prevalencias y transgresiones.
Juan Luis Beltrán Aguirre 21
- La bioética y el derecho sanitario: encuentros y desencuentros.
Javier Sánchez-Caro 59
- El delito de tráfico de órganos. Una primera aproximación al artículo 156 bis del Código penal: ¿un futuro ejemplo más del Derecho penal simbólico?
Silvia Mendoza Calderón 71
- Punto general de entrada de facturas electrónicas.
Alberto Palomar Olmeda y Javier Vázquez Garranzo 93

JURISPRUDENCIA E INFORMES 111

LEGISLACIÓN 127

- Normas de publicación 141
- Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud 143
- Solicitud de asociación 144

Estudios

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD EN BRASIL A LA LUZ DEL DERECHO A UN MÍNIMO EXISTENCIAL¹

Ricardo Perlingeiro²

*Profesor Catedrático. Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense
Juez Federal del Tribunal Regional Federal de la 2ª Región (Rio de Janeiro)*

SUMARIO: 1. Alcance de la expresión “judicialización de la salud” en el escenario actual. 2. Nuevas formas de abordar la reserva de lo posible y el mínimo existencial (Existenzminimum) en materia de salud. 3. La judicialización del derecho a un mínimo existencial (Existenzminimum). 4. La falta de comprensión en la diferenciación entre derecho público y derecho privado, y su reflejo en la jurisdicción. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

RESUMEN

El texto busca identificar los aspectos objetivos y subjetivos de derechos a un mínimo existencial (Existenzminimum), en materia de salud, mínimo existencial a partir de parámetros internacionales que, para ser restringidos en la esfera interna de los Estados, dependen de un fundamento constitucional y que están basados en hechos comprensibles, cuya demostración debe estar a cargo de la autoridad administrativa nacional. Respecto a la judicialización del derecho mínimo a la salud, se señala una grave equivocación como es la de tratar los conflictos sobre salud pública partiendo de principios típicos de la jurisdicción sobre conflictos de derecho privado,

deformando, de esta manera, el sistema público de salud con órdenes judiciales que rompen con el acceso universal a la salud y que muchas veces no son susceptibles de cumplirse, concluyendo que la judicialización del derecho a la salud frente a las autoridades administrativas reclama, necesariamente, la judicialización simultánea de los procedimientos administrativos correspondientes.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la salud, Mínimo existencial (Existenzminimum), Tutela judicial efectiva, Judicialización de la salud, Ejecución de decisiones judiciales en contra de las autoridades administrativas.

1 Adaptación de las presentaciones de los siguientes eventos: “Judicialización de la Salud”, IV Congreso Brasileño de Derecho Médico del Consejo Federal de Medicina, Brasilia-DF, del 28 de ago. 2013; “Derecho a la Salud y judicialización”, Congreso en los XXV Años de la Constitución Ciudadana, Niterói, del 2 de oct. 2013; “La judicialización de la Salud”, III Congreso Brasileño de Humanidades en Medicina del Consejo Federal de Medicina, Salvador, del 24 de oct. 2013; “Nuevas perspectivas de la judicialización de la Salud frente a la Ley 12401”, Congreso de Bahía sobre judicialización de la salud del Tribunal de Justicia de Bahía, Salvador, del 31 de oct. 2013. La versión en portugués de este texto está publicada en la *Scientia Iuridica*, Braga/Portugal, Tomo LXII, 2013. n. 333, págs. 519-539.

2 Profesor Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense. Juez Federal del Tribunal Regional Federal de la 2ª Región (Rio de Janeiro). Presidente del Comité Ejecutivo del Consejo Nacional de Justicia para el monitoreo y resolución de las demandas de asistencia a la salud en el Estado de Rio de Janeiro. El autor agradece por la revisión a la traducción a Ivonne Nohemi Diaz Madrigal, Licenciada por la Universidad Nacional Autónoma de México.

1. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “JUDICIALIZACIÓN DE LA SALUD” EN EL ESCENARIO ACTUAL

El fenómeno de la judicialización de la salud, tal como se conoce en Brasil, continúa expandiéndose de forma geométrica,¹ sin embargo mantiene características propias que ameritan ser preliminarmente destacadas. Las pretensiones judiciales comúnmente formuladas en el ámbito de este fenómeno no buscan resarcir los daños; en la mayoría de los casos, son pretensiones orientadas a una actuación administrativa que resulta en la entrega de medicamentos, productos o servicios de salud.² Se limitan básicamente a conflictos originados en actuaciones de las autoridades responsables por la asistencia a la salud o en actuaciones particulares en el ejercicio de un poder equivalente.³ Por lo tanto, son conflictos esencialmente de derecho público,⁴ cuya solución depende de la constante ponderación entre el interés privado y el interés público.

Ejemplos recientes de la judicialización de la salud nos muestran que aún existen muchas dudas sobre el cómo responder eficazmente a los conflictos judiciales involucrando el derecho a la salud frente a la Administración Pública.

Obsérvense los términos de la noticia publicada en la página *web* del *Consultor Jurídico*, del día 8 de junio de 2013:

Médicos de las centrales de regulación de vacantes de la red hospitalaria pública del estado y

1 Un relatorio preliminar elaborado por el Consejo Nacional de Justicia apunta a la existencia de 240.980 (doscientos cuarenta mil novecientos ochenta) acciones judiciales, en curso, en materia de derecho público a la salud, en 2011, en los tribunales estatales y federales de Brasil (Datos preliminares relativos às demandas de assistência à saúde nos tribunais, Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponible en: <www.cnj.jus.br>. Acceso el 18 de nov. 2013).

2 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. *Revista de la Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, v. 5, No. 10, págs. 217-227, 2012. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2241142>>. Acceso el: 18 de nov. 2013.

3 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, v. 41, págs. 184-203, 2012. Disponible en: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2250121>>. Acceso el: 18 de nov. 2013.

4 Sobre el concepto de derecho público basado en los actos de autoridad (*hoheitliche Gewalt*), ver MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pág. 52.

del municipio de Rio de Janeiro denunciaron, en reunión con la dirección del Consejo Regional de Medicina de Rio de Janeiro, situaciones de abuso de autoridad por parte de operadores de la Justicia. Por medio de determinaciones judiciales, los representantes del Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro han exigido que los médicos encuentren vacantes para los pacientes, aun cuando no hay ninguna disponibilidad en los hospitales de la red. Los profesionales también se quejaron de ser presionados a transferir pacientes en estado de gravedad hacia camas de la UTI. Ellos afirman que están siendo coaccionados, pues corren el riesgo de ir presos. Dos médicos de la central de regulación de vacantes del estado están siendo procesados criminalmente, por no haber cumplido una decisión judicial.⁵

También destaco un documental que aparece en la página *web* del Consejo Regional de Medicina de Espírito Santo, del día 31 de julio de 2013:

El Consejo Regional de Medicina de Espírito Santo (CRM-ES) entró hoy, 31 de julio, con una Acción Civil Pública contra el servicio de Pronta-Atención (PA) (urgencias) de Guarapari por las malas condiciones del local y, principalmente, por realizar partos en el lugar. La PA, informa el presidente del CRM-ES, Aloizio Faria de Souza, es una unidad en que no pueden realizarse partos o procedimientos quirúrgicos. La acción fue presentada en el Tribunal Federal Civil de Victoria. Mañana, 1º de agosto, el CRM-ES presentará otra Acción Civil Pública, también en el Tribunal Federal Civil de Victoria, contra el Hospital San Lucas. “Las condiciones del hospital son pésimas, con pacientes graves ‘internados’ en los pasillos. Esperamos que la Justicia imponga al Gobierno del Estado, se pongan a disposición recursos para la solución de este grave problema. Estamos conviviendo con muertes evitables. Es necesario terminar este escenario de guerra”, protesta el presidente del CRM-ES.⁶

5 Médicos denuncian abusos de la Justicia de RJ. *Consultor Jurídico*, 8 de jul. 2013. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/medicos-regulam-vagas-leitos-denunciam-abuso-justica-rj>>. Acceso el: 4 de nov. 2013.

6 Acción Civil Pública contra la PA de Guarapari y el Hospital San Lucas, CRM-ES, 31 jul. 2013. Disponible en: <http://www.crmes.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21021>. Acceso el: 4 de nov. 2013.

2. NUEVAS FORMAS DE ABORDAR LA RESERVA DE LO POSIBLE Y EL MÍNIMO EXISTENCIAL (*EXISTENZMINIMUM*) EN MATERIA DE SALUD

La Ley nº 12.401, de 28 de abril de 2011,⁷ que da una nueva redacción a la Ley nº 8.080, de 19 de septiembre de 1990, dispone que la asistencia integral corresponde al suministro de medicamentos y productos de interés para la salud, cuya prescripción esté conforme con las directrices terapéuticas definidas en el protocolo clínico para la enfermedad o el tratamiento en caso de que se agrave la salud, y en la oferta de procedimientos terapéuticos, bajo el régimen domiciliario, ambulatorio u hospitalario, que constan en catálogos elaborados por el gestor federal del Sistema Único de Salud (SUS), realizados en el territorio nacional por servicios propios, por convenio o por contrato.⁸

Se entiende, así, que ésta ley es general y delega a la autoridad administrativa la determinación de los límites de la integridad del derecho a la salud, considerando asistencia integral los medicamentos, productos y procedimientos terapéuticos que hayan sido indicados en actos administrativos normativos.⁹ Sin embargo, en este caso, se podría recomendar mayor ponderación al legislador; las autoridades administrativas no deberían tener una autorización tan amplia para decidir sobre lo que es obligatorio respecto a la prestación de salud, principalmente cuando se trata de prestaciones no esenciales; esto porque se corre el riesgo de agravio no sólo a la prerrogativa del legislador presupuestario para definir la diferencia en los gastos públicos,¹⁰ sino también al mismo

7 BRASIL. Ley nº 12.401, del 28 de abril de 2011. Dispone sobre la asistencia terapéutica y la incorporación de tecnología en salud en el ámbito del Sistema Único de Salud - SUS. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acceso el: 6 de nov. 2013.

8 Art. 19-M de la Ley 8.080/90, con redacción de la Ley 12.401/2011.

9 Según el art. 19-Q de la Ley 8.080/90, “la incorporación, la exclusión o la alteración por el SUS de nuevos medicamentos, productos y procedimientos, así como la constitución o la alteración del protocolo clínico o de la directriz terapéutica, es una atribución del Ministerio de Salud, asesorado por la Comisión Nacional de Incorporación de Tecnologías del SUS” -Traducción del autor-.

10 De acuerdo con Maurer, no responde plenamente al principio de la democracia parlamentaria la entregar a la autoridad administrativa, vía presupuesto, una suma destinada a derechos sociales sin especificar los destinatarios, la prestación etc. (op. cit., pág. 121).

principio de la reserva de ley.¹¹ La obligación de las prestaciones sociales debe ser consecuencia de una deliberación previa y democrática de la propia sociedad por medio del legislador. De esta manera, sería más coherente con el principio del Estado de derecho y con el postulado de la proporcionalidad, la exégesis según la cual la Ley 12.401/2011, a la que nos hemos ya referido, habilita a la autoridad administrativa a formalizar sólo las prestaciones de salud que sean esenciales a una existencia digna.¹²

Sin embargo, esto no significa rechazar cualquier pretensión judicial que se encuentre más allá del derecho a un mínimo. Se ha asentado en Brasil, la idea, que el derecho a la salud es un derecho fundamental, lo que se dice con fundamento en la Constitución,¹³ en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁴ y en el Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁵. En este sentido, como el derecho fundamental a la protección de la salud es más amplio que el derecho a un mínimo en materia de salud, se da paso en la jurisdicción constitucional a pretensiones que buscan prestaciones más allá de los límites mínimos autorizados a la Administración por la Ley 12.401/2011; frente al derecho a una prestación esencial de salud, la pretensión dependerá de un control jurisdiccional de la

11 Sobre el principio de la reserva de la ley aplicable a derechos sociales, ver MAURER (Op. cit., págs. 114-128).

12 El derecho al mínimo existencial debe tener como base la ley (ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 1/09, §§ 136 e 138 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. 9 feb. 2010. Disponible en: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bv1000109.html>. Acceso el: 26 de ago. 2013). Aun cuando lo ideal sería que el legislador lo detallara mejor, es un hecho que las demandas sobre la salud esenciales podrían encuadrarse fácilmente en las excepciones al principio de la reserva de la ley (MAURER. Ibid., pág. 122), desde que este claramente fundamentada, como ocurre por ejemplo con el aumento inesperado de demandas provocadas por una epidemia o con las innovaciones tecnológicas capaces de curar una enfermedad grave antes incurable.

13 Art. 196 de la Constitución (BRASIL. Constitución de la República Federal de Brasil, del 05 de octubre de 1988. Disponible en: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acceso el: 11 de oct. 2013)

14 Art. 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Brasil el 24 de enero de 1992 (BRASIL. Decreto nº 591, del 06 de julio de 1992. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acceso el: 10 de oct. 2013)

15 Art. 10 del Protocolo de San Salvador de 1998, adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acceso el: 15 de oct. 2013).

actuación abusiva u omisiva de la autoridad administrativa, vale decir, de una jurisdicción administrativa.

En este contexto, es conveniente rever los conceptos de reserva de lo posible (*Vorbehalt des Möglichen*) y de mínimo existencial consagrados en la doctrina y jurisprudencia de Brasil bajo la admitida influencia, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.¹⁶

La reserva de lo posible no se refiere a la falta de recursos materiales o financieros; ésta tampoco se confunde con la simple falta de presupuesto público. Efectivamente, la reserva de lo posible está intrínsecamente relacionada con la prerrogativa del legislador de escoger cuales beneficios sociales considera prioritarios para financiar, sin que esto, implique limitaciones o restricciones a derechos subjetivos existentes y exigibles. Por lo tanto, no se entiende la reserva de lo posible frente a un *mínimo existencial* y tampoco a derechos instituidos por ley. En estos casos, el margen de discrecionalidad del legislador es nulo, inclusive al presupuestario, bajo pena de ofensa al principio del Estado de Derecho. Ciertamente, la reserva de lo posible se manifiesta en cuanto a derechos fundamentales sociales que van más allá de la noción de un mínimo existencial, y que, para que se puedan exigir judicialmente, dependen de una ley que aún no existe.¹⁷

Tarea no siempre fácil es la propia comprensión del mínimo existencial, que puede ser asociado a una ponderación entre factores subjetivos y objetivos.

De acuerdo con un reciente precedente del Tribunal Constitucional alemán, de 2010, los ciudadanos tienen derecho a los presupuestos materiales indispensables para su existencia física (alimentación, vestuario, artículos domésticos, habitación, calefacción, saneamiento y salud) y a un mínimo de participación en la vida social, cultural y política, porque el ser humano necesariamente interactúa en las relaciones sociales. Sin embargo, según esta misma decisión, el *mínimo* debe corresponder al nivel de desarrollo de la comunidad y de las condiciones de vida existentes, sujetos a la actualización continua, donde reside el carácter subjetivo del derecho al mínimo

16 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, págs. 163-185, 2013. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2343965>>. Acceso el: 6 de oct. 2013.

17 Ibid.

existencial, vale decir el único margen de maniobra de la ley.¹⁸

En lo que dice respecto al contenido objetivo del mínimo existencial, se invocan los aspectos instrumentales y sustantivos de los derechos.¹⁹

Los derechos procedimentales se destinan a garantizar la realización práctica de los derechos sustantivos; en el ámbito de los derechos fundamentales, también se conoce este enfoque, donde la conexión entre derechos fundamentales, organización y procedimiento se conoce como el *due process* de los derechos fundamentales y es frecuentemente considerada el único medio para la producción de resultados de conformidad con los derechos fundamentales.²⁰ Desde el punto de vista del derecho administrativo, la tutela judicial efectiva y el procedimiento administrativo son las principales garantías del interesado frente a las autoridades administrativas; en el mismo contexto, se incorpora a las políticas públicas. Respecto al papel condicionante del ejercicio previo de un derecho procedimental para satisfacer un derecho sustantivo frente a la Administración, la doctrina señala que “los derechos materiales tienen que penetrar en el procedimiento, y que los derechos fundamentales deben realizarse a través del procedimiento”.²¹

En el ámbito internacional, es posible deducir deberes mínimos de los Estados bajo el punto de vista tanto de los derechos procedimentales como de los derechos sustantivos a la salud. Respecto a los dere-

18 Ver ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. 9 fev. 2010. Disponible en:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html>. Acceso el: de 26 ago. 2013.

19 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. Os cuidados de saúde aos idosos entre as limitações orçamentárias e o direito a um mínimo existencial. 2014. Inédito.

20 Ver HÄBERLE, Peter. “Grundrechte im Leistungsstaat”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, Berlin, De Gruyter, v. 30, pág. 49 e segs., 1972, *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, San Paulo, Malheiros, 2008, traducción de Virgilio Alfonso da Silva, pág. 470; HESSE, Konrad. “Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland.” *Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift (EuGRZ)*, v. 5, págs. 427-438, 1978, *apud* ALEXY. Op. cit., pág. 470. Alexy se refiere a “derechos fundamentales como garantías procedimentales”, asociándolos a la reproducción y conceptualización de un estudio presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (Op. cit., p. 472).

21 Ver WOLF; BACHOF; STÖBER. *Direito Administrativo*, op. cit., págs. 255, 490. Ver también MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*, Ciudad de México, UNAM, 2012, pág. 479

chos procedimentales, nos referimos a las políticas de salud esenciales; en cuanto a los derechos sustantivos, a los medicamentos, servicios y productos de salud esenciales.²²

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone a los Estados el deber de adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestal, judicial o de otra naturaleza para conferir plena efectividad al derecho a la salud. Si, por un lado, cada Estado tiene un margen de discrecionalidad para determinar qué medidas son las más convenientes para tratar sus circunstancias específicas, por otro lado, el Pacto Internacional impone claramente a cada Estado la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que todos tengan acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud y puedan gozar cuanto antes del más alto nivel posible de salud física y mental.²³

Se consideran parámetros mínimos internacionales los que dice respecto a los procedimientos de acceso a la salud: (a) Disponibilidad. Cada Estado debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención a la salud, así como de programas; (b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin ninguna discriminación, dentro de la jurisdicción del Estado Miembro. (i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin ninguna discriminación por cualquiera de los motivos prohibidos. (ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, principalmente de los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, mujeres, niños, adolescentes, ancianos, portadores de deficiencias y los portadores de VIH/SIDA. (iii) Accesibilidad económica (accesibilidad de precios): los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance de todos. (iv) Acceso a la información:

este acceso comprende el derecho a solicitar, recibir y difundir informaciones e ideas sobre las cuestiones relacionadas a la salud. Aún, el acceso a la información no debe desprestigiar el derecho de que los datos personales relacionados con la salud sean tratados con confidencialidad; (c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben respetar la ética médica y deben ser culturalmente apropiados, o sea, respetar la cultura de las personas, minorías, pueblos y comunidades; (d) Calidad. Además de la aceptabilidad desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico, y de buena calidad.²⁴

Respecto de los derechos sustantivos a la salud, según el Comité de Derechos Económicos y Sociales, no obstante las restricciones de recursos, algunas obligaciones tienen un efecto inmediato, como el deber de garantizar un nivel mínimo de acceso a los componentes materiales esenciales del derecho a la salud, como el suministrar medicamentos esenciales y servicios de salud materno infantil.²⁵

El citado Comentario General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 14 de mayo de 2000, es particularmente relevante para el acceso a los medicamentos esenciales. Aquí el Comité declara que el derecho a los servicios médicos de que trata el Artículo 12.2 (d) do PIDESC incluyó el suministro de medicamentos esenciales “conforme lo definió el Programa de Acción de Medicamentos Esenciales de la OMS”. De acuerdo con la última definición de la OMS, medicamentos esenciales son:

Aquellos que satisfacen las necesidades a los cuidados de salud, de forma prioritaria para la población. Los medicamentos esenciales son seleccionados con el debido respeto a la prevalencia de enfermedades, evidencia de eficacia y seguridad y relación costo-eficacia comparativa.²⁶

Por lo tanto, es sólo a partir de parámetros internacionales mínimos, objetivos, que se deben admitir, en el plano interno nacional, restricciones o expansión de las garantías y de los derechos a la salud, dependiendo de las posibilidades del Estado y de las necesidades del individuo, esto es, observando la faceta subjetiva del mínimo existencial. Sin embargo,

22 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. 2014. Op. cit.

23 Ver ONU (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). *General comment 14: the right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. Ginebra, 2000. Disponible en: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En). Acceso el: 11 de oct. 2013

24 Ibid.

25 Ibid.

26 Ibid.

tratándose de restricciones, para ajustar el mínimo existencial a la realidad interna nacional, deben ellas estar claramente motivadas por el poder público, a quien compete la carga de indicar de modo transparente y sobre todo comprensible los demás gastos públicos, mediante un método de cálculo confiable y consistente.²⁷

3. LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO A UN MÍNIMO EXISTENCIAL (*EXISTENZMINIMUM*)

Las pretensiones judiciales para la entrega de medicamentos o prestación de servicios de salud (derechos sustantivos) están respaldados, en general, por los recursos financieros pertenecientes al rubro presupuestal inherente a los propios servicios públicos de salud en general (derechos procedimentales). Por lo tanto, como una medida jurisdiccional individual de esa naturaleza alcanza una diversidad de usuarios de aquel mismo servicio público, significa que la satisfacción de la pretensión judicial correspondiente se debe condicionar a una reestructuración previa de la autoridad administrativa en lo que dice respecto a la distribución de los recursos disponibles frente a las sucesivas demandas que le son presentadas extrajudicialmente.²⁸

Por esta razón es que, la *justiciabilidad* del derecho a los cuidados de salud reclama la judicialización previa, o lo que es lo mismo, cuando sea necesaria,²⁹ simultánea al derecho procedimental equivalente. No

27 Sobre la necesidad de que el poder público motive claramente y con criterio de cálculo comprensible, ver ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. 9 fev. 2010. Disponible en: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bv1000109.html>. Acceso el: 26 de ago. 2013. Ver igualmente los comentarios de Karl-Peter Sommermann (SOMMERMAN, Karl-Peter. Soziale Rechte in Stufen: Überwindung einer alten Debatte? In: CALLIESS, Christian; KAHL, Wolfgang; SCHMALENBACH, Kirsten (Org.). *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*, 2013.

28 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. 2014, op. cit.

29 “Sin embargo, a pesar de la evidente importancia en la estructuración procedimental previa de la Administración, como, entre otros, la necesidad de igualdad entre todos los interesados, demandantes judicialmente o no, el hecho es que esta organización es un deber *interna corporis* del poder público y no debe, *per se*, llevar a la agotamiento del mismo derecho sustantivo, especialmente cuando se trata de un derecho al mínimo existencial.” (PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdiccional nas políticas públicas sociais? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, págs. 163-185, 2013. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2343965>>. Acceso el: 6 de oct. 2013).

sólo las pretensiones materiales al medicamento, al producto o al servicio de salud deben ser jurisdiccionalizadas, sino también, y principalmente, la pretensión al procedimiento administrativo o a las garantías para obtener el producto o servicio de salud (aún que con carácter *incidenter tantum*), de modo que proporcionen una mayor dimensión y potencialidad a la tutela jurisdiccional. Con esto, se estará en la capacidad de asegurar la igualdad entre todos los usuarios del servicio público a la salud.³⁰

A propósito de las incorporaciones de las nuevas tecnologías previstas en la Ley n° 12.401/2011 (art. 19-M, I y II), sólo después del procedimiento administrativo propio de incorporación al SUS, podrá un producto o servicio de salud conseguirse por el concepto de asistencia integral. Esto significa claramente que el derecho a un nuevo medicamento, producto o servicio se vincula a un derecho procedimental. Además, tratándose el mencionado procedimiento de incorporación ante el SUS, una atribución de la autoridad administrativa federal, la CONITEC - Comisión Nacional de Incorporación de Tecnologías, la competencia para decidir una causa judicial correspondiente será de la Justicia Federal;³¹ lo mismo se puede decir de los medicamentos, productos o servicios de salud sujetos a registro ante la ANVISA - Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria.

Sin embargo, aun cuando se acepten los derechos sustantivos como subordinados a los derechos procedimentales, este hecho, por sí solo, no minimiza los conflictos que rodean la *justiciabilidad* de los derechos a los cuidados de salud, especialmente los conflictos que tienen fundamento en la insuficiencia de recursos financieros del poder público.³² Fácil es imaginar que una autoridad administrativa, que a pesar de cumplir adecuadamente con las normas procedimentales, inclusive las presupuestarias, acabe sin recursos financieros suficientes para atender las múltiples, inesperadas y urgentes demandas.

30 Ver PERLINGEIRO, Ricardo, 2014, Op. cit. En una acción judicial en que se alegó la necesidad de los medicamentos *Interferón peguilado Alfa-2a o Alfa-2b y Ribavirina* para el tratamiento de la enfermedad de la hepatitis crónica, del tipo C, uno de los jueces del Tribunal Superior de Justicia entendió que, “a la luz de los principios democráticos, no es deber del Estado atender una prestación individual si no fuese viable su atención en condiciones de igualdad para todos los demás individuos en la misma situación” –Traducción del autor- (Voto visible proferido por el min. Teori Zavascki en el Recurso en Mandato de Seguridad n° 24.197/PR, 2007/0112500-5, Tribunal Superior de Justicia).

31 Conf. art. 109, I, de la Constitución.

32 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. 2014, Op. cit.

Consecuentemente, desde el punto de vista financiero, los conflictos que involucran los derechos a los cuidados de salud y que acaban en los tribunales pueden examinarse bajo dos perspectivas diferentes, una que tiene origen en la falta de presupuesto suficiente, y otra, que tiene origen en las fallas de la gestión administrativa de la misma autoridad.

En el primer caso, si el derecho a un *mínimo existencial* y, en general, los derechos a los cuidados de salud creados por ley no estuviesen suficientemente apoyados en el presupuesto,³³ lo que por sí sólo representaría una ofensa al principio del Estado de Derecho, se abre la oportunidad de intervención jurisdiccional, por medio de medidas judiciales de urgencia y ejecución forzosa de las sentencias.

Como ya se mencionó, el presupuesto público es determinante como garantía de un sistema jurídico democrático en la distribución de beneficios sociales, sin embargo, sólo frente a derechos que, a pesar de originarse en la Constitución, dependen de la ley para que se puedan exigir. Efectivamente, el presupuesto público no es capaz de agotar el derecho a un mínimo existencial o derechos sociales que hayan sido instituidos por la ley.³⁴

En el segundo caso, desde el punto de vista financiero, el conflicto puede provenir del comportamiento de la autoridad administrativa, que, a pesar de la previsión de recursos presupuestarios, alega no tener efectivamente recursos financieros para responder a las demandas de cuidados a la salud. En estas situaciones, de extenuante fatiga, se afronta igualmente el Estado de Derecho, invocándose también la tutela judicial efectiva contra las autoridades públicas.³⁵

33 “A country’s difficult financial situation does NOT absolve it from having to take action to realize the right to health” (ONU. The Right to Health. *Fact Sheet N. 32*).

34 Alexy afirma que “la fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. El no es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener un mayor peso que razones político-financieras” (ALEXY, Robert *Teoria dos direitos fundamentais*. San Paulo, Malheiros, 2008, traducción de Virgilio Alfonso da Silva, págs. 512-513). Para Alexy, “también si los derechos fundamentales sociales mínimos tienen, especialmente cuando son muchos que de ellos necesitan, enormes efectos financieros, esto, independientemente considerado, no justifica una conclusión contraria a su existencia” (op. cit. pág. 512). El Tribunal Constitucional Federal alemán decidió que los aspectos económicos no pueden considerarse para negar a los asegurados el reembolso de gastos con nuevos tratamientos médicos necesarios en la atención de enfermedades que atentan contra la vida. (ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). *1 BvR 347/98, Absatz-Nr. (1 - 69)*. j. 6 de dic. 2005. Disponible en: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rst20051206_1bvr034798.html>. Acceso el: 17 de ene. 2013.

35 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. 2014, Op. cit.

De esta manera, teóricamente, la falta de recursos presupuestarios o de recursos financieros no es obstáculo a la *justiciabilidad* de los derechos a los cuidados de salud.³⁶ Sin embargo, las autoridades administrativas se encuentran atadas a una legalidad estricta, desprovista de medios *per se* para interpretar y aplicar directamente la Constitución, la falta de presupuesto sirve como justificación para no cumplir con las prestaciones sociales, conduciendo inevitablemente a una judicialización. Además de esto, ante la falta de presupuesto y de recursos, la ejecución forzosa de las decisiones encontrará algunas dificultades, esto porque la expropiación de bienes y finanzas públicas, en principio, está subordinada a la inexistencia de ofensa al interés público o al servicio esencial, lo que, por lo tanto, no siempre corresponde a una jurisdicción plena.³⁷

Por ejemplo, una demanda judicial individual destinada a la consecución de una orden que implique internar un paciente en el hospital, para el tratamiento de una enfermedad curable, en el sistema de salud público, y que no tiene presupuesto suficiente para suplir la carencia de camas o de médicos es, lamentablemente, un ejemplo común entre nosotros.³⁸ Es incuestionable que éste derecho deba ser judicialmente reconocido; sin embargo, y por otro lado, en la ejecución de la decisión judicial no tendría sentido, que para atender al demandante, se sacrifique otro paciente que esté internado, con las mismas nece-

36 Sobre la ejecución de decisiones judiciales contra autoridades administrativas, ver en general CONGRÈS DE L’ASSOCIATION INTERNATIONALE DES HAUTES JURISDICTIONS ADMINISTRATIVES, 8, 2004, Madrid, *L’exécution des décisions des juridictions administratives*. Disponible en: <http://www.aihja.org/images/users/1/files/2004_Congres_de_Madrid_Rapport_VIII_congres_VIII_vf.pdf?PHPSESSID=f83dg63dqj61vokoep4kk44fu1>. Acceso el: 15 de oct. 2013.

37 En Brasil, se admite en general la ejecución forzosa de decisiones judiciales contra autoridades administrativas, excepto cuando contrarias al interés público (Ley n° 12.016/2009, art. 15; Ley n° 8.437/92, art. 4°, *caput* y § 1°; Ley n° 9.494/97, art. 1°). En especial la ejecución de decisiones condenatorias de pago en dinero, no cabe ejecución forzosa contra autoridades administrativas (Ley n° 5.868/73, Código de Procedimiento Civil, art. 730 y siguientes), salvo para créditos de pequeño valor (Ley 10.259/2001, art. 17, §2°; y Ley 12.153/2009, art. 13, §1°). No obstante, la jurisprudencia, recientemente, viene autorizando en casos de excepcional urgencia la ejecución forzosa de créditos de cualquier valor (BRASIL. Tribunal Supremo Federal. STA 36-8. Relator Min. Nelson Jobim. Publicado el: 27 de sept. 2005). Sobre este aspecto, ver TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL, *Sequestro de verbas públicas em favor de doente grave é tema de repercussão geral* (Noticias STF, 19 nov. 2012. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=224106>>. Acceso el: 15 de oct. 2013).

38 Ver notas 7 y 8 de este artículo.

sidades. La ejecución debería darse por un acto de terceros, como es la contratación de camas privadas, también, si no hubiera recursos financieros públicos para los otros servicios esenciales afectados.³⁹

A propósito, en una ejecución forzosa de decisiones judiciales sobre el derecho a la salud contra autoridades administrativas, en principio, se debe admitir la expropiación judicial del patrimonio público en las siguientes circunstancias: (a) bienes públicos de la unión, como las tierras abandonadas, o bienes públicos en general no afectados, como los recursos financieros fruto de recaudación tributaria;⁴⁰ (b) bienes y recursos financieros afectados al servicio público no esencial, accesorio y típicamente privado, como los gastos destinados a la propaganda gubernamental en los medios o a la compra de vehículos oficiales lujosos;⁴¹ (c) bienes y recursos destinados al pago de deudas pasadas, en cuanto, *per se*, no fuesen capaces de impedir la continuidad de un servicio público esencial.

4. LA FALTA DE COMPRENSIÓN EN LA DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO, Y SU REFLEJO EN LA JURISDICCIÓN.

No es siempre fácil identificar un conflicto de derecho público, de manera que se pueda autorizar la aplicación adecuada de los principios correspondientes.⁴² En Alemania, por ejemplo, se entiende como de competencia de la justicia común la responsabilidad de la Administración por actos administrativos ilegales, pero y en cuanto la anulación de estos mismos

actos la competencia es de la justicia administrativa.⁴³ Esta falta de comprensión se da particularmente en Brasil, donde doctrina y jurisprudencia no tienen muchas razones para diferenciar el derecho público del derecho privado, en la medida en que la jurisdicción es única (sistema monista de jurisdicción) y la legislación procesal civil es aplicable a las causas de derecho público (excepto en algunos puntos como el doble plazo y la ejecución de sentencias, en que el criterio para la aplicación es el de la presencia de la Administración y no el de la naturaleza del conflicto).⁴⁴

Efectivamente, son múltiples las teorías que muestran la diferencia entre derecho público y derecho privado; esta distinción es discutible y discutida.⁴⁵ No nos cabe que invocar la diferencia exclusiva en lo que dice respecto al sujeto, afirmando que el derecho privado regula las relaciones entre particulares, mientras que el derecho público se ocupa del Estado. Esta concepción, la teoría del sujeto, se modificó gracias a la teoría de la atribución (teoría de la imputación, teoría del derecho exorbitante), formulada por Hans Wolff,⁴⁶ a través de la cual pertenecen al derecho público las normas que sólo pueden atribuirse al Estado o a otro sujeto investido de autoridad; por el contrario, forman parte del derecho privado, las normas que corresponden a cualquier otro sujeto. Es ésta la teoría que debe prevalecer porque se conecta con las diversas funciones del derecho público y del derecho privado.⁴⁷

39 Ver PERLINGEIRO, Ricardo. 2014, Op. cit.

40 Ver RUIZ OJEDA, Alberto. *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos*, Madrid, Civitas, 1993, págs. 38, 111. Ver también PERLINGEIRO, Ricardo. *Execução contra a Fazenda Pública*, San Paulo, Malheiros, 1999, págs. 217-226.

41 Ver en general: “Juez suspende publicidad oficial y concede dinero a la salud”. *Conversa Afiada*, 31 jul. 2013. Disponible en: <<http://www.conversaafiada.com.br/pig/2013/07/31/juiz-suspende-publicidade-oficial-e-dinheiro-a-saude/>>. Acceso el: 15 de oct. 2013; “MPF/RR pide secuestro e bloqueo de las cuentas del Estado de Roraima en el caso de que la orden judicial no sea cumplida”. *Procuraduría de la República en Roraima*, 4 de abr. 2013. Disponible en: <<http://www.prrr.mpf.mp.br/noticias/04-04-13-mpf-rr-pede-sequestro-e-bloqueio-das-contas-do-estado-de-roraima-caso-nao-seja-comprovado-o-cumprimento-de-ordem-judicial/>>. Acceso el: 15 de oct. 2013.

42 WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*, v. 1, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, Traducción de Antonio F. de Souza, págs. 263-264.

43 Ver ZILLER Jacques. *Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei*. *Diritto e Società*, 2. Padova, CEDAM, 2009, págs. 293-320. Ver también WOLF; BACHOF; STOBER. Op. cit., pág. 264.

44 El ordenamiento jurídico anglo-americano no está asentado en la distinción entre el derecho público y el derecho privado (WOLF; BACHOF; STOBER. Op. cit., pág. 267; CANE, Peter. *Administrative Law*, New York, Oxford University Press, 2011, pág. 4), sistema jurídico del cual se origina el sistema judicial monista en Brasil.

45 Ver MAURER, Hartmut. Op. cit., págs. 50-52; WOLF; BACHOF; STOBER. Op. cit. págs. 264-267; CANE, Peter. Op. cit., págs. 4-9; RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*, 21 ed., Paris, Dalloz, 2006, págs. 1-5.

46 WOLF; BACHOF; STOBER. Op. cit., págs. 267-286.

47 En la teoría de la atribución, son ejemplos de derecho público la conducción diferenciada de un vehículo oficial perteneciente a la defensa civil y a la policía o de la misma manera de un vehículo particular para prestar socorro (ambulancia, servicio de electricidad), en cuanto será de derecho privado la conducción de un vehículo oficial en situación de normalidad para transportar bienes públicos (MAURER. Op. cit., pág. 54). Otro ejemplo de derecho público es el deber de asegurar el Acceso a la salud y el de prestar asistencia a la salud, estableciendo las políticas de salud, los procedimientos administrativos para la entrega de los productos y servicios de salud; de derecho privado, la atención médico-hospitalaria

En la jurisdicción administrativa, donde el objeto es la solución de conflictos de derecho público, se busca la satisfacción forzosa de un interés individual a través de actos de autoridad; actuaciones éstas que se encuadran en el concepto de procedimientos, actos y decisiones administrativas. Ciertamente, el juez “administrativo”, en el ámbito del derecho público, no debe satisfacer un interés material sin considerar previamente estas actuaciones; no se encuentra autorizado a imponer un deber a la Administración que no exista anteriormente en la esfera extrajudicial, esto es, la judicialización no substraer de la Administración la necesidad de atender demandas únicamente a través de los procedimientos, en especial cuando se trata de prestaciones sociales (derechos de participación).

La postulación judicial de un derecho sustantivo ante la Administración, en una situación típica de derecho público, debe tener como premisa omisiones o vicios de una actuación administrativa: vicios de forma o vicios de contenido, de derecho o de hecho. En el caso específico de los vicios de contenido de una decisión administrativa es la de que la jurisdicción lleve por vía refleja a la materialización o a la realización de un interés o derecho sustantivo; en el derecho público, equivale a decir “agotar actuaciones administrativas mediante comportamientos materiales de la Administración”.⁴⁸

en sí, la entrega de los medicamento sin conexión con los procedimientos administrativos correspondientes (Sobre la diferencia del Acceso al servicio público y el desarrollo del servicio, parta el efecto del derecho público y del derecho privado, ver MAURER, op. cit., pág. 57-58). Es de derecho público cualquier actividad exclusiva de la Administración o de un particular en el ejercicio de un poder público; una actividad no susceptible de sustitución por cualquier particular. Al contrario, es de derecho privado cualquier actividad susceptible de ser ejercida por un particular que no esté investido de poder público. La simple entrega de un medicamento o un procedimiento quirúrgico sin relación con los procedimientos administrativos previos que lo autoricen (Acceso) es una cuestión de derecho privado; la responsabilidad de daños causados por un medicamento defectuoso o un error quirúrgico, vale decir, por un acto sin relación de causa y efecto con un acto de autoridad, será una cuestión de derecho privado y debe provenir de acto ilícito, dependiente de culpa o dolo. No en tanto, si la falta del medicamento o del procedimiento médico tiene relación directa con actuaciones administrativas, como la falta de recursos presupuestarios o vicios en los procedimientos de selección, se está frente a un caso de derecho público. A propósito de la teoría de las dos etapas (primer capítulo de derecho público, segundo capítulo de derecho privado), ver WOLF; BACHOF; STÖBER. Op. cit., pág. 282.

48 Comportamientos administrativos materiales son los que vuelven objetivo un resultado fáctico y no jurídico; no son actos, decisiones o procedimientos administrativos (MAURER. Op. cit., pág. 406).

En este contexto, las decisiones judiciales sobre derecho público son constitutivas o condenatorias en torno de un acto de autoridad, siendo la concreción del interés en ellas reconocido consecuencia lógica y, por lo tanto, innecesaria una ejecución forzosa para la entrega de un bien o de los recursos financieros correspondientes, que, en este particular, no pasan de mera materialización fáctica de actuaciones administrativas declaradas judicialmente; entonces, bastaría una orden judicial a la Administración en cuanto a la actuación reconocida.⁴⁹ Ciertamente, toda la construcción en cuanto a la ejecución forzosa de decisiones judiciales contra la Administración, expropiando el patrimonio público disponible, es inherente a conflictos que involucran relaciones jurídicas de derecho privado, con posibilidad, por lo tanto, de una jurisdicción común, típica y compatible con principios de derecho privado.⁵⁰ En estos casos, la controversia en sí no conlleva soluciones de derecho público, donde, por ejemplo, una indemnización por daños prescinde de procedimientos administrativos previos. La Administración Pública, en cuanto esté bajo el dominio privado, no actúa necesariamente por medio de procedimientos, y las pretensiones judiciales pueden perseguir directamente el bien deseado; en este caso, la jurisdicción de ejecución forzosa es proporcional y capaz de expropiar el patrimonio público, limitándose, sólo, al interés público.

En un conflicto de derecho público, una seria dificultad podría surgir cuando el juez reconociendo el error de la Administración, declara el derecho del interesado y, aun así, la Administración Pública se mantiene inerte y no entrega el bien. Ante tan desafiante omisión de la administración, el camino natural sería, “proseguir” con la judicialización del procedimiento administrativo, en la jurisdicción ejecutiva, que finalmente tendría como resultado la entrega

49 En Italia, paralelamente a la ejecución forzosa de la Administración frente al juez ordinario (civil), vale citar el *giudizio di ottemperanza*, en el ámbito de la jurisdicción administrativa, inherente a la ejecución de decisiones judiciales en cuanto a actuaciones administrativas, inclusive que resulten en la condena al resarcimiento del daño (MARI, Giuseppina. *Il giudizio di ottemperanza*. In: SANDULLI, Maria Alessandra. *Il nuovo processo amministrativo*, v. 2, Milano, Giuffrè, 2013, págs. 457-525). La ejecución de sentencias contra la Administración proferidas por jueces civiles solamente con carácter excepcional da vía al *giudizio di ottemperanza*, cuando haya cuestiones de derecho público en la fase ejecutiva (CLARICH, Marcello. *L'esecuzione*. En: CASSESE, Sabino. *Diritto Processuale Amministrativo*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2013, págs. 302-303).

50 Sobre la relación entre la ejecución forzosa de decisiones judiciales contra la Administración Pública y su responsabilidad patrimonial, ver RUIZ OJEDA, Alberto. Op. cit., pág. 21.

del bien (norma administrativa, presupuesto etc.).⁵¹ Sin embargo, no posibilitándose una espera indefinida, la alternativa viable sería la ejecución contra la Administración en la forma en que se daría en una jurisdicción proveniente de un conflicto de derecho privado, conociéndose, sin embargo, sus limitaciones en detrimento del interesado.

De la misma manera que se da en las relaciones de derecho privado, en que la ejecución de la sentencia contra un particular, ésta no alcanza los bienes inembargables del deudor, en la ejecución forzosa contra la Administración Pública no se expropian bienes públicos afectados a una actividad esencial, esto es, el patrimonio público disponible es limitado y finito. En el derecho público, por el contrario, teóricamente, se podría admitir la creación de recursos; el Estado nunca se considera insolvente. Por lo tanto, desde este punto de vista, sería una garantía del individuo valerse de las vías que pone a su disposición el derecho público, única sede en que la jurisdicción atendería su pretensión en plenitud. La vía de la jurisdicción común (de derecho privado) tiene el potencial de manifestarse en detrimento del individuo porque lo trata en igualdad de condiciones frente a la administración, ignorando la necesaria ponderación entre el interés privado y el interés público.

De hecho, no es adecuado intentar solucionar un conflicto de derecho público con los principios de derecho privado y viceversa;⁵² no es coherente reclamar judicialmente prestaciones del Estado, típicas de derecho público, bajo un razonamiento de derecho privado. La búsqueda incondicional por la satisfacción de un bien (en este caso, la protección de la salud), en el ámbito del derecho público, no debe despreciar los principios que rigen la Administración, tales como la igualdad de acceso a bienes y servicios públicos.

En un caso extremo, como es el de inminente riesgo de daño a una existencia digna, es innegable admitir un “secuestro” de bienes públicos con el fin de satisfacer al interesado (internarlo forzosamente en el hospital, la entrega de medicamentos, la entrega de dinero para la compra de medicamentos); esto en nombre de la tutela judicial efectiva y del Estado de Derecho. Sin embargo, esta será siempre una solu-

ción imperfecta, limitada, ya que no todos los bienes públicos son susceptibles de expropiación (el límite toca en el interés público y en la necesidad de continuidad de un servicio esencial). Será igualmente una solución parcial, porque beneficia solamente los demandantes, ofendiendo, así, el principio de igualdad. Por lo tanto, en el ámbito del derecho público, la ejecución forzosa es una solución que se debe adoptar solamente cuando sea estrictamente necesaria (medidas jurisdiccionales de urgencia, *periculum in mora* tocando derechos no patrimoniales).

Efectivamente, no parece que exista otro medio sino considerar la judicialización de los procedimientos administrativos (normas administrativas, leyes presupuestarias), aun cuando *incidenter tantum*, condición *sine qua non* a la judicialización del derecho a una prestación de servicios de salud frente a la Administración Pública, cuando, esencialmente, esa prestación proviene de una relación jurídica de derecho público. Sin embargo, la resistencia de la Administración en el cumplimiento de órdenes judiciales en los procesos de derecho público es un síntoma de grave desequilibrio institucional, evidenciando un Estado de Derecho debilitado, en el que tal vez sólo en la esfera política se pueda encontrar solución.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho esencial a la salud, desde el punto de vista de los derechos sustantivos y procedimentales, incluyendo las políticas públicas, deben observar niveles objetivos mínimos de carácter internacional y que, para llevarlos al ámbito interno, deben estar motivados con base en el nivel de desarrollo de la sociedad, en las condiciones de vida existentes y en la necesidad efectiva del individuo en el caso concreto.

El principio de la tutela judicial efectiva comprende las medidas jurisdiccionales de urgencia y las ejecuciones forzosas. Frente a las autoridades administrativas sanitarias, la conclusión no podría ser otra, bajo pena de grave rompimiento con el Estado de Derecho.

Sin embargo, si, por un lado, la escasez de recursos presupuestarios y de recursos financieros no es óbice para exigir el derecho a la salud (no alcanzado por la noción de reserva de lo posible), por otro lado, la ejecución forzosa de sentencias contra la Administración debe respetar el interés público, caracterizado por la necesidad de dar continuidad a los servicios esenciales a la sociedad, lo que muchas veces nos

51 Según Ada Pellegrini Grinover, el juez condenaría la Administración Pública a adecuar el presupuesto público de modo a satisfacer el crédito (Ver GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2011, pág. 138).

52 Ver MAURER, op. cit., pág. 53; CANE, P. Op. cit., pág. 9.

deja la impresión de una jurisdicción deficiente, generando una frustración generalizada con relación a la efectividad de los derechos sociales. En efecto, la expropiación judicial de bienes públicos disponibles para satisfacer pretensiones individuales es típica de una jurisdicción sobre conflictos de derecho privado que envuelve la Administración. En la esfera del derecho público, es una solución, además de inadecuada, igualmente imperfecta porque los recursos disponibles son limitados y no todos los demandantes consiguen concretizar sus pretensiones.

La judicialización exacerbada es la consecuencia de un sistema de salud público insuficiente, es más, paradójicamente, ha contribuido al aumento de esta deficiencia, al alimentar una creciente desigualdad entre demandantes judiciales y no demandantes. Esto porque, generalmente, la judicialización de la salud se trata como si fuera un conflicto de derecho privado, sin que se le preste la debida atención a los procedimientos administrativos, los cuales se destinan principalmente a asegurar el acceso universal a la salud.

Efectivamente, las pretensiones a los medicamentos, productos y servicios de salud, generalmente, se deben ejercer, únicamente, a través de los procedimientos administrativos, aunque, cuando se presente una urgencia, sean ellos (pretensiones y procedimientos) simultáneamente judicializados.

En este contexto, igualmente se nos impone una reflexión sobre el fortalecimiento de la estructura de estos procedimientos, mediante un sistema contencioso administrativo extrajudicial, independiente y cualificado, y que actúe bajo primacía de los derechos fundamentales, de tal suerte que se rescate la credibilidad de las autoridades de salud, siendo ésta una alternativa realista a la reducción de los conflictos inherentes a la judicialización de la salud.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANIA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j. 9 fev. 2010. Disponible en: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bv1000109.html>. Acceso el: 26 ago. 2013.
- ALEXY, Robert. *Teoría dos direitos fundamentais*, Malheiros, San Paulo, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, del 5 de octubre de 1988. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acceso el: 27 jan. 2014.
- BRASIL. Decreto nº 591, del 6 de julio de 1992. Incorporación del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acceso el: 10 de oct. 2013.
- BRASIL. Ley nº 12.401, del 28 de abril de 2011. Dispone sobre la asistencia terapéutica y la incorporación de tecnología en salud en el ámbito del Sistema Único de Salud - SUS. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acceso el: 6 de nov. 2013.
- CANE, Peter. *Administrative Law*, New York, Oxford University Press, 2011.
- CLARICH, Marcello. L'esecuzione. En: CASSESE, Sabino. *Diritto Processuale Amministrativo*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2013, págs. 302-303
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dados preliminares relativos às demandas de assistência à saúde nos tribunais, 2010. Disponible en: <www.cnj.jus.br>. Acceso el 18 de nov. 2013.
- CONGRÈS DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DES HAUTES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES, 8, 2004, Madrid, *L'exécution des décisions des juridictions administratives*. Disponible en: <http://www.aihja.org/images/users/1/files/2004__Congres_de_Madrid_Rapport_VIII_congres_VIII_vf.pdf?PHPSESSID=f83dg63dqj61vokoep4kk44fu1>. Acceso el: 15 de oct. 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2011
- MARI, Giuseppina. Il giudizio di ottemperanza. In: SANDULLI, Maria Alessandra. *Il nuovo processo amministrativo*, v. 2, Milano, Giuffrè, 2013, págs. 457-525.

- MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo alemán*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). *General comment 14: the right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. Ginebra, 2000. Disponible en: <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En)>. Acceso el: 11 de oct. 2013.
- PERLINGEIRO, Ricardo. *Os cuidados de saúde para os idosos entre as limitações orçamentárias e o direito a um mínimo existencial*, 2014, inédito.
- PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade (Impreso)*, v. 41, 2012, págs. 184-203.
- PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 2, 2013, págs. 163-185.
- PERLINGEIRO, Ricardo. *Execução contra a Fazenda Pública*. San Paulo: Malheiros, 1999.
- PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e colectiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, v. 5, nº. 10, 2012, págs. 217-227.
- RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*, 21 ed., Paris, Dalloz, 2006.
- RUIZ OJEDA, A. *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos*, Civitas, Madrid, 1992.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Protocolo de San Salvador de 1998, adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acceso el: 15 de oct. 2013).
- SANDULLI, Maria Alessandra. *Il nuovo processo amministrativo*, v. 2, Milano, Giuffrè, 2013.
- SOMMERMANN, Karl-Peter. Soziale Rechte in Stufen: Überwindung einer alten Debatte? In: CALLIESS, Christian; KAHL, Wolfgang; SCHMALENBACH, Kirsten (Org.). *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*, 2013.
- WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*, v. 1, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- ZILLER Jacques. Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei, *Diritto e Società*, 2, Padova, CEDAM, 2009, págs. 293-320.

BIOÉTICA Y DERECHO BIOMÉDICO: PRINCIPIOS INFORMANTES. SU REFLEJO EN LA NORMATIVA Y EN LA PRÁCTICA ASISTENCIAL. ENFRENTAMIENTOS, PREVALENCIAS Y TRANSGRESIONES

Juan Luis Beltrán Aguirre

Doctor en Derecho

Asesor Jefe del Defensor del Pueblo de Navarra

SUMARIO: I. La aportación de la bioética al derecho biomédico. Su interdependencia. II. Principios y fuentes del derecho biomédico. 1. Principios del Derecho biomédico. 2. Fuentes del Derecho biomédico. III. ¿Es posible establecer una jerarquía de principios en abstracto o es una cuestión de prevalencias según los supuestos? IV. Enfrentamientos entre el principio de autonomía de la voluntad y los beneficencia y justicia. Límites a la autonomía del paciente. 1. Los principios de beneficencia y no maleficencia frente al de autonomía de la voluntad. 2. Principio de autonomía científica del médico frente al de autonomía de la voluntad. 3. Hacia un nuevo paternalismo que supere su enfrentamiento con la autonomía de la voluntad. 4. El principio de justicia frente a los de autonomía de la voluntad y beneficencia. V. El reflejo del principio de justicia en el sistema sanitario. 1. Principio de justicia versus regresiones en el nivel asistencial alcanzado normativamente. 2. Principio de justicia en la programación de la salud comunitaria y en la gestión de la asistencia sanitaria. VI. Epílogo. VII. Bibliografía.

RESUMEN

El presente trabajo analiza el régimen jurídico de los dSe estudian los principios informantes del Derecho biomédico: autonomía de la voluntad del paciente, beneficencia y no maleficencia médica, justicia, dignidad, integridad y vulnerabilidad del paciente, así como las reglas jurídicas (derechos y deberes) en que los concretan las normas sanitarias. Analiza, seguidamente, las prevalencias o prioridades que las leyes establecen entre ellos, constatando el fuerte protagonismo del principio de autonomía de la voluntad del paciente. También se analizan, a través de diversos ejemplos, los enfrentamientos entre este principio y el de beneficencia que con relativa frecuencia se producen en su aplicación a los concretos casos que recurrentemente surgen en la praxis clínica, evidenciándose la necesidad de una deliberación entre las partes implicadas al objeto de realizar

una adecuada ponderación de los valores en juego y tratar de armonizarlos o, en su caso, determinar el principio que ha de prevalecer en el caso. Como resultado de la conflictividad constatada se aprecia la necesidad de modelar un nuevo paternalismo médico compatible con el principio de autonomía de la voluntad. Finalmente, se analizan los efectos perversos por contrarios al principio de justicia que han provocado las regresiones introducidas recientemente por nuestro ordenamiento jurídico sanitario, así como la aplicación del principio de justicia a determinadas decisiones asistenciales.

PALABRAS CLAVE

Bioética, Derecho biomédico, principios informantes, prevalencias, deliberación, equidad, regresiones, injusticias.

ABSTRACT

This article explores the communicating principles of the Biomedical Law: independence of the patient's will, medical good will and non bad will, justice, dignity, integrity and vulnerability of the patient, as well as the legal rules (rights and duties) in which the health system settles them. It also analyzes, after this, the prevalences or priorities that the laws establish between them, noting the strong role of the principle of autonomy of the patient's will. It also discusses, through various examples, the clashes between this principle and the good will one, which are produced with relative frequency in its application to specific cases that arise repeatedly in the clinic praxis. This shows the need for a discussion between the parties involved in order to properly take into account the principles involved and try to harmonize them or, if necessary, to determine the principle that should prevail in the case. This conflict evidences the need to propose a new medical system compatible with the principle of autonomy of the patient's will. Finally, we analyze the perverse effects with are contrary to the principle of justice caused by the regressions introduced recently by our legal health system, as well as the application of the principle of justice to certain health care decisions.

KEYWORDS

Bioethics, Biomedical Law, communicating principles, prevalence, deliberation, equity, regressions, injustices.

I. LA APORTACIÓN DE LA BIOÉTICA AL DERECHO BIOMÉDICO. SU INTERDEPENDENCIA.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la Bioética como “aplicación de la ética a las ciencias de la vida”. Las ciencias de la vida -biología- estudian todos los seres vivos, por lo que la Bioética abarca la vida humana, animal y vegetal. La Bioética médica, que es la rama de la Bioética que aquí nos interesa, se centra en la vida y en la salud humana. El Informe Belmont de 1979¹ junto con la fundamental obra de BEAUCHAMP y CHILDRESS

1 Fue propiciado por el Congreso de los Estados Unidos, que en 1974 constituyó una Comisión Nacional para el estudio de las cuestiones éticas relacionadas con la investigación médica en sujetos humanos, la cual publicó en 1979 el referido informe Belmont.

sobre ética biomédica elaborada en 1979², sentaron las bases y principios de esta disciplina.

En el discurso bioético predomina la teoría principialista como método para la resolución de los dilemas éticos que la utilización de la biotecnología aplicada a la vida, la enfermedad y la salud humana plantea cada vez con más frecuencia en la investigación y en la asistencia sanitaria. La disciplina maneja y entrecruza cuatro principios básicos³: beneficencia, no maleficencia, autonomía de la voluntad del paciente y justicia. Los dos primeros extraídos de la tradición médica, el tercero de la tradición jurídica y el cuarto de la tradición político-constitucional. Me abstengo de describirlos por ser suficientemente conocidos al haber sido ampliamente tratados por la doctrina en múltiples estudios publicados a los que me remito⁴, y porque los analizo detenidamente al describir los principios y reglas jurídicas propias del Derecho biomédico. Únicamente me interesa ahora hacer una breve referencia a su relación con el llamado “paternalismo médico”.

Los principios de beneficencia y no maleficencia entroncaban plenamente con el paternalismo hipocrático. Los médicos, educados en la tradición hipocrática, consideraban al paciente, en razón de su enfermedad, como una persona vulnerable y disminuida, que, además, carecía de los conocimientos científicos propios de la medicina, por lo que estaba incapacitado para opinar y decidir, y debía someterse al criterio del médico, quien detentaba la autoridad y conocimientos suficientes para, en aplicación del principio de beneficencia, disponer lo más conveniente para su salud. Realmente, así funcionó la relación médico-paciente durante siglos hasta que en las últimas décadas del siglo XX, en razón del nacimiento y desarrollo de la Bioética, se asentó con una fuerza inusitada el principio de autonomía de la voluntad del paciente, que ha dejado inoperante por impropio el paternalismo hipocrático. Y es que, obligado es señalarlo, el paternalismo médico tradicional abusaba del principio de beneficencia desnaturalizándolo.

2 Edición en castellano: *Principios de ética biomédica*, Masson, S.A, Barcelona, 1999.

3 El informe Belmont enumeró tres principios: autonomía, beneficencia y justicia. BEAUCHAMP, T.L, CHILDRESS, J.F., añadieron un cuarto: el de no maleficencia, *Principios de ética biomédica*, Masson, S.A, Barcelona, 1999, pp. 493 y 494.

4 Un excelente trabajo de aproximación a la Bioética en CASADO DA ROCHA, A., *Bioética para legos. Una introducción a la ética asistencial*, CSIC-P y V Editores, 2009. Un estudio más profundo de esta disciplina en GRACIA, D., *Fundamentos de bioética*, Editorial Triacastela, 2ª edición, 2008.

Ahora, el principio de beneficencia exige hacer el bien al paciente desde el respeto de su autonomía, no desde una posición paternalista de autoridad o poder. Pero la autonomía de la voluntad tampoco ha arrinconado totalmente el paternalismo médico. En relación con la autonomía de la voluntad del paciente, la doctrina suele distinguir en la actuación médica un paternalismo genuino o débil (pacientes inconscientes o con muy poca capacidad de comprensión)⁵; un paternalismo solicitado (el paciente no desea saber e implícitamente autoriza al médico a actuar); y un paternalismo fuerte o no solicitado (el médico actúa en beneficio del paciente pero sin contar con él). Los dos primeros son aceptados. El tercero es tajantemente rechazado. Recientemente, se postula el paternalismo fiduciario, al que más adelante me referiré.

A su vez, el término “Bioderecho”, en paralelo al de Bioética, se ha acuñado internacionalmente para agrupar y denominar las normas jurídicas referentes a cuestiones relativas a la vida, la salud y la muerte de los seres vivos, particularmente del ser humano. A criterio de ROMEO CASABONA⁶, esta locución ha de referirse al conjunto de materias jurídicas relacionadas con todos los seres vivos en general, abarcando toda la materia viva presente en el planeta, es decir, animales y plantas, y en particular el ser humano, sus ecosistemas y su evolución. Es, por tanto, objeto del Bioderecho la teoría jurídica, la legislación y la jurisprudencia relativas a los seres vivos en general. El Derecho biomédico, como rama del Bioderecho, estudia y regula la conducta humana frente a los avances y posibilidades de la biotecnología y la ciencia biomédica tanto en el ámbito de la investigación como en el de la actividad asistencial; normativa que en las tres últimas décadas ha tenido un desarrollo muy notable a nivel internacional y nacional⁷.

5 Paternalismo exigible tanto moral como jurídicamente. Al respecto, véase SEOANE, J. A., “La relación clínica en el siglo XXI: cuestiones médicas, éticas y jurídicas”, en *Derecho y Salud*, Vol. 16, núm. 1, enero-junio de 2008, pp. 7 y 8.

6 Voz “Bioderecho y Bioética”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Editorial Comares, 2011, Tomo I, p. 188.

7 Una exhaustiva relación de normas nacionales e internacionales de Bioderecho, en *Normas Básicas de Bioderecho*, Editorial Dykinson-UNED-Universidad Pontificia de Comillas, 2010. Como normas de Derecho biomédico de nuestro país son destacables la Ley básica de autonomía del paciente, las leyes autonómicas de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, la Ley de extracción y trasplante de órganos, la Ley de técnicas reproducción humana asistida, la Ley de interrupción voluntaria del embarazo, la Ley de investigación biomédica y la Ley sobre régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente. También puede tenerse por tal la normativa relativa a la universalización de la asistencia sanitaria y la

Frente a la Bioética, al Derecho biomédico, que refleja una ética de mínimos en torno a la vida humana imprescindible para la convivencia en una sociedad multicultural, se le atribuyen las tres siguientes funciones: a) la función garantista de los derechos humanos; b) la función creadora de nuevos derechos resultantes de los campos desconocidos e inexplorados que la actividad investigadora descubre y pone a disposición de la medicina; c) la función de justicia distributiva, esto es, la distribución equitativa de los beneficios de la biotecnología y de la ciencia biomédica entre todos los colectivos humanos, impidiendo discriminaciones⁸. Dos cualidades presentes en el Derecho, pero no en la ética, son la certeza y la coercibilidad.

Sobre las relaciones Bioética-Bioderecho, Diego GRACIA⁹ afirma que el Bioderecho sin la Bioética es ciego y que la Bioética sin el Bioderecho resulta vacía. Y, en efecto, Derecho y Bioética han de estar en simbiótica relación pues en los complejos ámbitos de la investigación biomédica, de la ordenación sanitaria y de la relación médico-paciente, la realidad es que, de un lado, los constantes avances científicos y las nuevas tecnologías y herramientas utilizadas por la ciencia biomédica, y de otro, el paradigma de la dignidad y la autonomía de la voluntad de la persona, generan durante la relación médico-paciente incertidumbres y conflictos éticos y morales cuya solución no es siempre unívoca para los bioeticistas. Como ha subrayado VIDAL¹⁰, en las sociedades pluralistas con percepciones diferentes sobre la moralidad y la justicia, en los casos que desbordan el marco normativo vigente, en Bioética hay varias respuestas correctas y se elige “una” respuesta correcta, pero no es la “única” respuesta correcta posible. En cualquier caso, los juicios y criterios aportados por la Bioética, muchas veces no concluyentes, resultan insuficientes en su aplicación a los conflictos o dilemas que la investigación y la asistencia generan todos los días, pues, además de no ser irrefutables, carecen de la certeza, seguridad y coercibilidad del Derecho. Entonces, razones de certeza y seguridad aconsejan respuestas equilibradas del Derecho para preservar la

relativa a las aportaciones económicas de los beneficiarios.

8 FIGUEROA YÁÑEZ, G., voz “Bioderecho”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Editorial Comares, 2011, Tomo I, p. 150.

9 *Fundamentos de Bioética*, Eudema, 1989, p. 576.

10 “Diez preguntas sobre el «caso» Englando: constitucionalismo, derechos, principios, pluralismo y relativismo”, en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, núm. 61, 2009, p. 156.

dignidad, autonomía e integridad del ser humano. En este contexto, la Bioética, en cuanto disciplina que se anticipa al Derecho, en la deliberación que le es propia¹¹ aporta criterios, pautas y patrones de conducta ética muy útiles, a partir de los cuales el legislador puede elaborar normas jurídicas y los tribunales de justicia sentar reglas de conducta, construidas unas y otras sobre los principios de dignidad e identidad del ser humano, de la autonomía de la voluntad, de justicia, de beneficencia, de integridad y vulnerabilidad de las personas, y cimentadas, a su vez, en el respeto y la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas del ser humano. Como ya dijo MARTÍN MATEO¹² “*Es, pues, necesario que el legislador intervenga ordenando conductas y puntualizando extremos no deducibles sin más de las vagas formulaciones de la bioética, lo que no puede quedar al libre arbitrio e interpretación de profesionales e investigadores*”

Es más, la influencia de la Bioética puede llegar a ejercerse incluso al máximo nivel jurídico, el constitucional, pues según ROMEO CASABONA¹³ “*la bioética continúa siendo imprescindible, en cuanto que su discurso propio y característico puede ayudar a la obtención de derivaciones valorativas del texto constitucional -compatibles, por consiguiente, con el mismo- antes de iniciar el proceso de la positivación de los valores más aceptables en el conjunto social y necesarios para la conservación de la sociedad.*” En criterio de DÍAZ REVORIO¹⁴ el Derecho Constitucional y la Bioética mantienen una relación de mutua complementariedad.

Confirmando esta necesaria relación, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco de 2005, que, como acertadamente indica FIGUEROA YAÑEZ¹⁵, reúne precisamente las disciplinas de la Bioética y el Bioderecho, presupone una relación clara entre ambas disciplinas y en su preámbulo hace hincapié en la existencia de princi-

pios de alcance universal que reglan jurídicamente los problemas bioéticos y biojurídicos.

En definitiva, preciso es recordar que uno de los elementos legitimadores del Derecho es su validez ética en cuanto materializa o positiviza los ideales de justicia a través de los valores morales y éticos dominantes en una sociedad. Y en el campo que nos ocupa, el Derecho ha de nutrirse necesariamente de los principios, criterios y valores éticos que la disciplina de la Bioética alumbra y asienta.

Ahora bien, las leyes, que no deben ser casuísticas, no pueden dar respuesta a todos y cada uno de los dilemas y conflictos éticos que se presentan recurrentemente en el ámbito de la asistencia sanitaria en el inicio, en la evolución, y en el final de la vida humana, así como en el campo de la investigación biomédica básica y clínica. Por el contrario, la Bioética que si es casuística, tiende a estudiar y dar respuesta a casos concretos con el afán de hallar una solución a ese caso particular. El Derecho procura una respuesta general mientras que la Bioética ofrece una respuesta concreta. De ahí que sea inexcusable la estrecha colaboración de la Bioética y el Derecho biomédico para resolver la enorme casuística que se presenta. Ambas disciplinas se han de armonizar y complementar¹⁶. No obstante, insisto, se trata de una relación compleja.

II. PRINCIPIOS Y FUENTES DEL DERECHO BIOMÉDICO.

1. Principios del Derecho biomédico.

Como he recordado antes, el Derecho en su dimensión axiológica es portador y garantizador de valores. Pues bien, como no podía ser de otra forma, en la construcción del Derecho biomédico se han tenido muy presentes, en cuanto son valores y principios de

11 CASADO GONZÁLEZ, M. “Los derechos humanos como marco para el bioderecho y la bioética”, en *Derecho biomédico y bioética*, Romeo Casabona (coord.), Editorial Comares, 1998, pp. 114 y 115, ha dicho que la Bioética es más bien una cuestión político-jurídica que estrictamente ética.

12 *Bioética y Derecho*, Ariel, 1986, p. 75.

13 “La relación entre la bioética y el derecho” en *Derecho biomédico y bioética*, Editorial Comares, 1998, p. 157.

14 “Bioética y valores constitucionales en el comienzo de la vida humana”, en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tiran lo Blanch, 2011, p. 791.

15 Voz “Bioderecho”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Editorial Comares, 2011, Tomo I, p. 147.

16 Hay un importante campo en el que más bien se enfrentan: los errores médicos. Desde la óptica de la ética y la deontología médica deben ser declarados (obligación deontológica de declaraciones de efectos adversos), pero desde la óptica jurídica generan responsabilidad civil e, incluso, penal, por lo que parecería más aconsejable no declararlos. Para evitar esto, en el Reino Unido, Dinamarca y Australia ésta confesión del médico está despenalizada y no constituye, de entrada, un instrumento dirigido a la responsabilización del profesional sanitario. Véase, URRUELA MORA, A., “Los sistemas de notificación y registro de eventos adversos en la esfera sanitaria. Aspectos técnicos y legales relacionados con su puesta en funcionamiento en España”, en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 335 a 361.

alcance universal, los cuatro principios informantes de la Bioética, con mayor intensidad algunos de ellos, y tienen su correspondiente traducción jurídica en la legislación sanitaria y, en particular, en las leyes que regulan los derechos de los pacientes y los deberes de los médicos. Pero debe recordarse que la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco de 2005, además de los cuatro principios bioéticos, también tiene por principios informantes del Derecho biomédico: la dignidad, la integridad, y la vulnerabilidad individual y social; principios que la doctrina, a su vez, enuncia y postula como informantes del Bioderecho y del Derecho biomédico¹⁷.

Las Leyes 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente, y 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, con la rúbrica de “principios generales” o “principios básicos”, dedican un capítulo o un artículo a enumerar los principios que han de informar y orientar toda acción en la materia que regulan, y que son soporte de interpretación jurídica, modelándolos bien como principios jurídicos informantes (equidad, dignidad, igualdad efectiva, universalidad, integralidad, etc.), o bien como concretos derechos, incluso de carácter subjetivo, (derecho a decidir libremente, derecho a negarse al tratamiento, derecho al libre ejercicio de las profesiones sanitarias, etc.), o como deberes (correcta prestación de las técnicas por parte de los profesionales sanitarios, utilización responsable de los servicios sanitarios, etc.). Pero, además, los principios que he enumerado también se manifiestan en el articulado de esas y otras leyes sanitarias como reglas jurídicas que definen concretos derechos y deberes con mayor o menor precisión de contenidos. Veámoslos con algún detenimiento.

A. *El principio de autonomía de la voluntad se concreta en los siguientes derechos de los pacientes regulados en la Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente:* a) derecho a una información veraz sanitaria y terapéutica, que por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que se presta por el médico responsable del pa-

17 Véase en este mismo sentido FIGUEROA YAÑEZ, G., en la voz “Bioderecho”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Editorial Comares, 2011, Tomo I, p. 152 y 153. Véase también *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw (2000)*, editado por el Institut Borja de Bioética en coordinación con el Centro de Ética y Derecho de Copenhagen, Barcelona, 2000. 2 vols.

ciente¹⁸; b) derecho a prestar en toda actuación¹⁹ en el ámbito de la salud el previo consentimiento informado, calificado por la STC 37/2011, de 28 de marzo, como un derecho fundamental²⁰, que se define en la Ley como “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”, y que, conforme a conocida jurisprudencia, esa información debe comprender, como mínimo, la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias, esto es, riesgos o consecuencias seguras y relevantes, riesgos personalizados, riesgos típicos, los riesgos probables, y las contraindicaciones y riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) derecho a formular instrucciones previas, que según la Ley es el documento mediante el que “una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previa”; d) derecho a negarse al tratamiento médico, excepto en los casos determinados por la Ley, derecho este que el Tribunal Constitucional, en la STC

18 La STS de 1 de febrero de 2008 -RJ/2008/1349-, razona lo siguiente respecto al contenido de la información sanitaria: “El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -o cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario.”

19 A lo largo de su articulado, la Ley utiliza los sustantivos “intervención” y “tratamiento” para identificar las actuaciones. Sobre el concepto de “tratamiento médico” véase SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Rechazo de tratamientos médicos”, en *Derecho sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 464 a 467.

20 RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A., “El consentimiento informado como derecho humano fundamental”, en *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 387 a 406.

37/2011, de 28 de marzo, ha dicho que “es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, F. 9).

No cabe duda de que el principio de autonomía de la voluntad ha tenido, al menos en el nivel normativo, un desarrollo espectacular, colocándose como un principio casi definitivo y apodíctico que se impone o, más bien, desplaza o arrincona a los demás. Esto se aprecia particularmente en las tres leyes autonómicas de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. Ante la constatación de esta realidad jurídica y de la tensión existente entre el principio de autonomía y el paternalismo benéfico médico, como veremos más adelante, hoy se está estudiando la conveniencia de poner límites jurídicos precisos al principio de autonomía de la voluntad con el objeto de armonizarlo o complementarlo con los de beneficencia y no maleficencia.

También han denunciado los bioeticistas una indeseada preeminencia del principio de autonomía de la voluntad sobre el de justicia en la elaboración del Derecho biomédico, de manera que prevalece el “yo” sobre el “nosotros”.

B. *El principio de beneficencia* lo podemos encontrar normativizado en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

De un lado, su artículo 4, en los apartados 6 y 7, determina que “*Los profesionales sanitarios realizarán a lo largo de su vida profesional una formación continuada, y acreditarán regularmente su competencia profesional.*”, y que “*El ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico.*”. Puede observarse que se positiviza el principio de beneficencia en su proyección de la obligación del médico de mantener su preparación científica y de su derecho a la autonomía científica en sus actuaciones. A su vez, este deber médico de beneficencia cabe complementarlo en su contenido con el criterio jurisprudencial de la *lex artis*, que,

como concepto jurídico indeterminado que es, ha de concretarse caso por caso (*lex artis ad hoc*). Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹ “*la llamada «lex artis ad hoc» es como actualmente se denomina a lo que tradicionalmente se ha conocido como técnicas, procedimientos y saberes de la profesión*”. Hace mención, por tanto, a los estándares de actuación y de seguridad normalmente exigibles conforme a la ciencia médica, e implica utilizar cuantos tratamientos conozca el facultativo que sean indicados y estén a su disposición en el lugar de la asistencia (principio de beneficencia). La jurisprudencia²² paulatinamente ha añadido una dimensión ética al afirmar que forman parte de la *lex artis* el deber de información, la obtención del consentimiento, la confidencialidad, el no abandono del paciente, etc., y ha dejado claro que las normas morales que conforman los códigos de deontología médica no constituyen deberes jurídicos exigibles al médico²³, es decir, no forman parte del concepto jurídico de la *lex artis*. Y es que si la *lex artis* se limitase a criterios técnicos propios de la ciencia médica, daría lugar a actitudes paternalistas incompatibles con la dignidad y autonomía del paciente. Por ello, la jurisprudencia ha sido consciente de la necesidad de incorporar aquellos valores éticos directamente relacionados con la dignidad y autonomía del paciente (información, consentimiento, confidencialidad, etc.), fundamentalmente el consentimiento. Por el contrario, nunca deben formar parte de la *lex artis* en su dimensión jurídica los personales valores morales del médico o los del colectivo médico establecidos en sus códigos deontológicos²⁴, por ser unilaterales y no necesariamente compartidos por el paciente.

De otro lado, desde la vertiente de prescribir lo que considere más favorable y mejor para la salud del paciente, el artículo 5.1 de la referida Ley impone a los profesionales “*el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de conocimientos científicos*

21 Por toda, SSTS de 11 de mayo de 2001 -RJ/2001/6197- y de 18 de octubre de 2001 -RJ/2001/8645-.

22 Véase, en particular, STS de 5 de diciembre de 2006 -RJ/2007/232-.

23 Cuestión distinta es que el médico pueda hacer objeción de conciencia si está legitimado para ello.

24 Me refiero a normas deontológicas relativas a aspectos no regulados por el derecho. Sobre el valor jurídico de los Códigos Deontológicos, PACHECO RODRÍGUEZ, M. A., “Ordenación deontológica de las profesiones sanitarias”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Volumen I, 2013, pp. 1047 a 1049.

de cada momento y con niveles de calidad de seguridad que se establecen en esta ley y el resto de normas legales y deontológicas aplicables”, y el artículo 19, rubricado “Deberes”, de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, establece que el personal estatutario de los servicios de salud viene obligado a: “Ejercer la profesión o desarrollar el conjunto de las funciones que correspondan a su nombramiento, plaza o puesto de trabajo con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables.” Pues bien, entre los principios éticos y deontológicos de la medicina, obviamente, está el de prestar la asistencia sanitaria debida al paciente en cada caso conforme a los principios de beneficencia y no maleficencia. Y, como ha afirmado el TC en la Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, “los códigos deontológicos no constituyen simples tratados de deberes morales, sino que determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados...”.

Así como el principio de autonomía de la voluntad ha sido el protagonista indiscutible en la normativa biomédica, por el contrario, en la práctica clínica el principio de beneficencia sigue teniendo una relevancia notable. Los profesionales sanitarios en buena medida consideran el consentimiento informado como un trámite formal a cumplimentar, que se concreta en hacer firmar al paciente un documento titulado “consentimiento informado”, pero en su práctica clínica cotidiana siguen actuando teniendo como norte o guía el principio de beneficencia e incluso el paternalismo hipocrático. Cabe señalar a este respecto que un importante porcentaje de reclamaciones por responsabilidad sanitaria (se habla del 70%)²⁵ no lo es por haber incurrido el médico en mala praxis, sino por falta de consentimiento informado o por insuficiente información clínica privando al paciente de su capacidad de decisión o de elección de alternativas posibles. El médico ha terminado utilizando el consentimiento informado como un instrumento de medicina defensiva. No obstante, también es obligado señalar que paulatinamente el principio de autonomía de la voluntad del paciente va impregnado la cultura médica y que, particularmente, las nuevas generaciones de médicos valoran el consentimiento informado en su auténtico significado.

C. *El principio de no maleficencia* tiene su reflejo en la Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente, en las tres Leyes autonómicas reguladoras de

las garantías de la persona en el proceso de su muerte, y en el Código Penal.

De un lado, el artículo 2.6 de la Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente, impone a los profesionales sanitarios el deber de respetar las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente, pues no hacerlo implica producirles un daño. De otro, el artículo 21 de la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Andalucía, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte; el artículo 20 de la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de Navarra, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte; y el artículo 21 de la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de Aragón, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, proscriben la obstinación terapéutica por estar bioéticamente considerada como una mala práctica médica²⁶. Expresamente establecen como un deber de los profesionales sanitarios responsables del paciente, en el ejercicio de una buena práctica clínica, evitar la obstinación terapéutica. Incluso tipifican como infracción muy grave incumplir este deber en la medida en que se está dañando al enfermo.

Además, el artículo 196 del Código Penal establece que “*El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.*” Así pues, de la omisión del profesional se ha de derivar un daño o un riesgo grave para la salud para la persona. MUÑOZ CUESTA²⁷ comentando este tipo delictivo ha escrito que “En una sociedad moderna el concepto de solidaridad tiene una gran importancia, la que se proyecta en todos los órdenes de la actividad social de la persona, de modo que ante una situación de necesidad o peligro de un individuo

²⁶ Véase la voz “Encarnizamiento terapéutico”, redactada por ARA CALLIZO, J. R., en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Editorial Comares, 2011, Tomo I, pp. 730 a 732; y CAMPIONE, R., “Obstinación terapéutica y tratamientos fútiles: cuestiones interpretativas”, en *Nuevas Perspectiva Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 271 a 281.

²⁷ MUÑOZ CUESTA, F. J., Fiscalía Superior de la Comunidad Foral de Navarra, “Omisión del deber de socorro por médico”, Editorial Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia, núm. 11/2008, parte comentario, BIB/2008/1103.

²⁵ Véase Redacción Médica de 29 de noviembre de 2013.

su semejante debe actuar para socorrerlo, auxilio que es entendido en el contexto social como algo consustancial y como un deber ciudadano dimanante del hecho de vivir en sociedad, pudiendo la omisión de ayuda constituir sin más una conducta reprochable socialmente sin otra trascendencia que la censura moral, o puede ser elevada esa omisión a la categoría de delito cuando concurren unas circunstancias que el legislador ha entendido que superan lo permisible o tolerable en una comunidad que se rige por principios convivencia solidaria y por ello esa omisión debe ser castigada criminalmente.”

En la medida en que la no maleficencia es una obligación primaria de la medicina que no requiere de acciones positivas, sino simplemente de abstenerse de hacer daño, es el principio que, quizás, menos necesita de concreción en normas jurídicas. El Derecho sanciona acciones que generan, cuando menos, sufrimiento para el paciente y penaliza el no hacer cuando de esa omisión se deriva precisamente un riesgo grave de daños para la salud de la persona.

No obstante, el deber de socorro puede situarse a caballo entre el deber de beneficencia y el de no maleficencia.

D. *El principio de justicia* se refleja en el Derecho biomédico en las siguientes normas. En su vertiente de la ordenación y gestión del sistema sanitario por los poderes públicos y los responsables del sistema, se enuncia en el artículo 12 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el que se dice que “*Los poderes públicos orientarán sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los Servicios Sanitarios Públicos en todo el territorio español, según lo dispuesto en los artículos 9.2 y 158.1 de la Constitución.*”, en el artículo 2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en el que se dice que son principios que informan el sistema “*El aseguramiento universal y público por parte del Estado, y la coordinación y la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias para la superación de las desigualdades en salud, en los términos previstos en esta ley y en la Ley General de Salud Pública.*”, y en el artículo 3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en el que se establece: “*Principio de equidad. Las políticas, planes y programas que tengan impacto en la salud de la población promoverán la disminución de las desigualdades sociales en salud e incorporarán acciones sobre sus condicionantes sociales, incluyendo*

objetivos específicos al respecto. Se considerará la equidad en todos los informes públicos que tengan un impacto significativo en la salud de la población.” En su vertiente de la actuación de los profesionales sanitarios, el artículo 5.1.b) de la 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, establece que “*Los profesionales tienen el deber de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, tomando en consideración, entre otros, los costes de sus decisiones, y evitando la sobreutilización, la infrutilización y la inadecuada utilización de los mismos.*”

Como puede observarse, los tres primeros preceptos transcritos centran su discurso en la corrección y superación, o al menos disminución, de las desigualdades sociales en salud²⁸. Y, en efecto, el valor de la igualdad es inexcusable en la perspectiva de la justicia social, por lo que hay que preguntarse qué igualdad es la perseguible en salud. Ha de ser la igualdad de las personas ante y en el sistema sanitario, o, expresado en términos más amplios, el de la *equidad en salud*, que exige, de un lado, la ausencia de diferencias injustas y evitables en salud entre personas o grupos de personas, actuando para ello sobre determinantes sociales de salud con políticas intervencionistas efectivas y bien dotadas para disminuir la morbi-mortalidad de las personas y colectivos más necesitados²⁹, así como para reducir las desigualdades sociales relacionadas con la prevalencia de determinadas enfermedades, y, de otro, el de *equidad en el acceso al sistema sanitario*, esto es, que el sistema sanitario preste los cuidados necesarios y posibles que cada persona precisa en cada momento para la protección y, en su caso, restauración de su salud. Se ha dicho³⁰ que la mejor estrategia para reducir las desigualdades de salud, es decir, para aumentar la equidad en la salud de la población, se logra cuando la exposición a la enfermedad es igual desde un punto de vista social, y no solo cuando se iguala el acceso a los tratamientos médicos. Dicho de otra forma,

28 Las desigualdades en salud hacen referencia a las diferencias existentes en el estado de salud entre personas o grupos de personas medidas en términos como la esperanza de vida, la mortalidad o la morbilidad, que se relacionan con variables sociales, económicas, geográficas, ambientales, etc. Está empíricamente demostrado que las desigualdades en salud se deben más a las desigualdades socioeconómicas existentes (diferentes niveles de renta, de educación, de industrialización, etc.), que a cuestiones puramente geográficas u organizativas.

29 MARTÍN MARTÍN, J. J., “Autonomía y desigualdades en salud”, en *Revista de Gestión Clínica y Sanitaria*, vol. 9, núm. 4, 2007, p. 130.

30 PUYOL, Á., “Ética, equidad y determinantes sociales de la salud”, en *Gaceta Sanitaria*, vol. 26, núm. 2, 2012, p. 179.

la verdadera equidad en salud no se logra solo con el acceso universal a los servicios sanitarios, sino sobre todo con una redistribución justa de los determinantes sociales de la salud.

El cuarto precepto transcrito se refiere a la actuación de los profesionales sanitarios en la praxis clínica, y aquí el principio de justicia distributiva funciona como corrector de los otros principios bioéticos, en razón de lo limitado de los recursos sanitarios y de la necesidad cada vez más percibida por los profesionales sanitarios de introducir el factor del coste económico en las decisiones médicas, bajo la premisa de que la decisión que se tome sobre un paciente tendrá un impacto en la salud de un tercero.

E. *El principio de dignidad de la persona.* Este principio, concretado en el deber de máximo respeto y protección de la dignidad de la persona, está positivizado en bastantes leyes sanitarias. Sin ánimo exhaustivo, lo encontramos en el artículo 10.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el artículo 2.1 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente, en el artículo 2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, y en el artículo 7.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

La STC 53/1985, de 11 de abril, se aproximó al concepto dignidad diciendo que “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás.” A su vez, la STC 91/2000, de 30 de marzo, añadió que, “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”.

Empero, la recurrente utilización en la Bioética del concepto “dignidad”, lo ha convertido en un vocablo polisémico, que se utiliza como sustantivo -dignidad humana- o como adjetivo -vida digna, muerte digna-³¹, y que sirve para alcanzar conclusio-

nes antagónicas en el plano de la Bioética. Así, ha servido y sirve indistintamente tanto para defender posiciones contrarias a cualquier modalidad eutanásica, esto es, para defender a ultranza posiciones provida apoyadas en la dignidad intangible de toda vida humana, como para defender posiciones a favor de determinadas modalidades eutanásicas apoyadas en que una vida digna exige una calidad mínima de vida y en la autodeterminación del individuo. Como contrapunto a la utilización polisémica del concepto de dignidad en el campo de lo Bioética, es ya un clásico el trabajo de Ruth MACKLIN titulado en su traducción al castellano “*La dignidad es un concepto inútil. Significa no más que el respeto por las personas o su autonomía*”³², en el que cuestiona la aportación del concepto de dignidad a la Bioética y su utilización en esta disciplina. Así, sostiene que el concepto dignidad es prescindible pues es enormemente vago y, además, en la mayoría de los textos legales (Convenio de Bioética del Consejo de Europa, etc.) se refiere al respeto a la autonomía de las personas, por lo que advierte que “no parece tener más significado que el principio ético de respeto por la personas: la necesidad de obtener el consentimiento libre e informado; la exigencia de proteger la confidencialidad y la necesidad de evitar prácticas discriminatorias y abusivas”. En fin, afirma que “apelar a la dignidad no constituye sino una vaga reafirmación de otras nociones más precisas.”

A raíz de este trabajo, el debate sobre la utilidad del concepto de dignidad humana en la Bioética se ha avivado y enconado, manifestándose diversas posturas a favor y en contra: hay un cierto consenso en entender que en el debate propio de esta disciplina cabe prescindir de este concepto por difuso y poco práctico; por el contrario, en el campo de la práctica clínica se reivindica como imprescindible. REQUENA MEANA³³ describe y analiza magistralmente las diversas posiciones existentes, y termina considerando que el principio de autonomía no evita todos los abusos que dieron origen a la Bioética, la mayoría sí, pero no todos, por lo que entiende que la autonomía de la voluntad necesita también del concepto de dignidad. Personalmente entiendo que no es del todo válida la reflexión de que el valor dignidad resulta totalmente innecesario o superfluo ante el valor autonomía de la voluntad. Al haberse incorporado el

31 Utilizada como sustantivo, hace referencia a la cualidad trascendente del ser humano conforme a la tradición religiosa, que por ello no admite graduaciones ni puede perderse pues es inherente a la persona; por el contrario, utilizada como adjetivo, hace referencia a la situación en la que se encuentra una persona y, desde la perspectiva de la ética social, puede graduarse e incluso perderse y, desde luego, tiene un componente subjetivo.

32 “Dignity is a useless concept. It means no more than respect for persons or their autonomy”, en *British Medical Journal*, vol. 327, London, 2003, pp. 1419-1420.

33 “Dignidad y autonomía en la bioética norteamericana”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 66, Vol. XIX, 2º, 2008, pp. 255 a 270.

valor dignidad a la Constitución y a las leyes reguladoras de la autonomía de la voluntad del paciente, además de un valor moral es también un bien jurídico íntimamente vinculado a los derechos humanos, por lo que, en este ámbito, sirve de rica y fructífera envoltura al derecho a la autonomía de la voluntad de los pacientes, que resulta así reforzado y completado por el valor moral de la dignidad. Recordemos que la autonomía del paciente muchas veces no es plena sino que está mermada. Entonces, el valor de la dignidad cubre el espacio vacío que deja una autonomía de la voluntad disminuida o inexistente. Así, por ejemplo, es calificable de indigno y por ello rechazable prolongar *per se* la vida de un paciente con su voluntad mermada o inexistente, sin familiares que la suplan, con una enfermedad terminal y un profundo padecimiento, o abusar sexualmente de una mujer en estado vegetativo; por el contrario, es calificable de digno lavar a un moribundo sin voluntad en lugar de dejarlo sucio. En estos casos, la autonomía de la voluntad del paciente no juega, se suple con el valor dignidad.

F. *El principio de vulnerabilidad.* Según la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco de 2005, implica que “*al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.*” Hace referencia, pues, a la situación de la persona enferma, estado que siempre conlleva o arrastra una vulnerabilidad, y en particular a las personas con discapacidades físicas e intelectuales y a las personas y colectivos desfavorecidos social y económicamente. La vulnerabilidad de toda persona enferma, precisamente por estar enferma, tiene reflejo normativo en el artículo 4.2 de la Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente, donde se establece que “*La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.*”, y la vulnerabilidad de las personas con discapacidades físicas e intelectuales, tiene su reflejo normativo en el artículo 9, apartado 5, de la referida Ley, apartado introducido por el artículo 7 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que se establece, a efectos de otorgar el consentimiento informado, que “*Si el paciente es una persona con discapacidad, se*

le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.”.

En fin, la vulnerabilidad del enfermo exige una información accesible y comprensible y, en general, una atención, no solo médica sino también humana, adaptadas a su debilitada situación física e intelectual. En suma, como respuesta a la vulnerabilidad del enfermo es necesario practicar una medicina humanizada.

G. *El principio de integridad.* Hace referencia al derecho de toda persona a ser respetada en sus dimensiones corporal e intelectual, lo que implica la inviolabilidad tanto de su cuerpo como de sus creencias y valores morales y vitales. La inviolabilidad de la dimensión intelectual y moral de la persona ha sido normativizada en las tres leyes autonómicas de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, en las que, como principio básico se ha establecido que “*La promoción de la libertad, la autonomía y la voluntad de la persona, de acuerdo con sus deseos, preferencias, creencias y valores vitales.*”

En la práctica clínica no es infrecuente el conflicto entre los valores morales del médico y los del paciente cuando se contraponen por no ser coincidentes. Cabe recordar la doctrina jurisprudencial de que no forman parte de la *lex artis* los personales valores morales del médico o los del colectivo médico establecidos en sus códigos deontológicos, de manera que el médico debe tener muy presentes, respetándolos, los valores morales y vitales del paciente a la hora de su prescripción.

2. Fuentes del Derecho biomédico.

En todo caso, el Derecho biomédico se cimienta y se construye desde las Declaraciones y Convenios internacionales y desde nuestra Constitución, en cuanto sancionan los derechos fundamentales de las personas que pueden resultar afectados por la investigación médica y la práctica clínica. Así, los derechos y deberes regulados en las específicas leyes que componen el Derecho biomédico se han de acomodar plenamente a los contenidos propios de los derechos fundamentales y libertades humanas que, obviamente, han de respetar. La Declaración Universal sobre

Bioética y Derechos Humanos de la Unesco de 2005, en su artículo 3 ya proclamó que “se habrán de respetar plenamente los derechos humanos y las libertades fundamentales.”

Se construye y alimenta también con los pronunciamientos judiciales, particularmente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en torno a los conflictos surgidos por la aplicación de las ciencias biomédicas en la investigación y en la asistencia que se someten a su consideración, y que en este concreto ámbito adquieren una relevancia muy significativa en cuanto resultan un complemento imprescindible de la norma, ya que las leyes, como he dicho, no pueden prever y dar respuesta a todos los dilemas morales o éticos resultantes de los avances científicos y de la aplicación de una biotecnología que progresa a un ritmo rapidísimo y que en cortos plazos de tiempo superan y desbordan las previsiones normativas. Por ello, se elaboran y promulgan leyes que sientan principios y reglas jurídicas generales, sin vocación de dar respuesta directa a cada uno de los casos, y se deja a los jueces que resuelvan los casos concretos conforme a la teleología de esas leyes y en función de los contextos científicos y sociales de cada momento³⁴.

En definitiva, en la conformación del Derecho biomédico, vía normativa y vía jurisprudencial, juegan un papel central los derechos humanos plenamente asentados en la cultura occidental a través de diversas Declaraciones y Convenios internacionales y de las Constituciones vigentes en los Estados³⁵, y que después se delimitan en la legislación biomédica con concretos contenidos relacionados con la vida, la salud y la enfermedad, al objeto de proteger la dignidad, autonomía e individualidad del ser humano desde su nacimiento hasta su muerte.

Puede decirse que, en general, detrás de cada una de las normas encuadrables en el Derecho biomédico está el sistema de principios, convicciones y valores que en cada momento asume y comparte la comunidad³⁶.

34 Sobre las leyes y la jurisprudencia como fuentes del Derecho biomédico español, ROMEO CASABONA, C., voz “Bioderecho en España”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Editorial Comares, 2011, Tomo I, pp. 157 a 164.

35 ROCA TRIAS, E., “La función del derecho para la protección de las personas ante la biomedicina y la biotecnología”, en *Derecho Biomédico y bioética*, Editorial Comares, 1998, p. 166, escribió que “los derechos fundamentales serán algo así como el código genético de cada hombre, desde el punto de vista jurídico.”

36 GONZÁLEZ MORÁN, L., *De la Bioética al*

III. ¿ES PLAUSIBLE ESTABLECER UNA JERARQUÍA DE PRINCIPIOS EN ABSTRACTO O ES UNA CUESTIÓN DE PREVALENCIAS SEGÚN LOS SUPUESTOS?

La filosofía práctica, ante una sociedad multicultural y globalizada en la que necesariamente han de convivir diversas culturas, ha diferenciado la ética de mínimos (o de justicia), que hace referencia a las condiciones y comportamientos mínimos de convivencia generalmente aceptados en los diferentes ámbitos sociales y culturales y que hacen posible la coexistencia pacífica de ciudadanos con distintas morales y valores vitales, que se determinarían en las normas jurídicas, y la ética de máximos que hace referencia a la ética de la felicidad, esto es, a la autorrealización personal, a comportamientos y actitudes que no trascienden las decisiones personales, que por ello no serían exigibles jurídicamente. Desde esta diferenciación cabría establecer una jerarquía de principios éticos, de manera que los comprendidos en la ética de mínimos, estarían normativizados y podrían ser exigidos coercitivamente, por lo que tendrían prioridad sobre los segundos, que solo se desenvuelven en los ámbitos privados en función de los valores morales y vitales de cada persona.

BEAUCHAMP y CHILDRESS, sin embargo, no establecieron ninguna jerarquía entre los principios desde los que asentaron la teoría principialista en la Bioética. Por el contrario, Diego GRACIA³⁷ ha situado los cuatro principios en dos niveles: el primero conformado por los de justicia y no maleficencia, y el segundo por los de beneficencia y autonomía de la voluntad. El nivel primero tendría prioridad sobre el nivel segundo, debido a que se trata de principios de categoría general y de obligación perfecta; es el nivel propio de lo correcto e incorrecto, por lo que vendrían exigidos por el Derecho (ética de mínimos), mientras que los principios del nivel segundo se mueven más en el ámbito de lo personal y privado, es el nivel propio de lo bueno o lo malo, por lo que no podrían exigirse jurídicamente (ética de máximos). Sin em-

Bioderecho: libertad, vida y muerte, Universidad Pontificia de Comillas-Dykinson, S.L., 2006, p. 104. No obstante, algunas normas son objeto de fuerte rechazo moral por determinados colectivos. Buenos ejemplos son la Ley de interrupción voluntaria del embarazo o la Ley de técnicas de reproducción humana asistida. Otras, como el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, por las regresiones que introduce, ha sido objeto de un rechazo social generalizado.

37 *Fundamentos y enseñanza de la bioética*, Editorial El Búho, 1998, pp. 21 y 22; “Principios y metodología de la bioética”, en *Bioética para clínicos*, (A. Couceiro Editor), Editorial Triacastela, 1999.

bargo, otros autores como ATIENZA RODRÍGUEZ critican esta jerarquización porque no ven fundamento suficiente a ese criterio de jerarquización³⁸.

En el Derecho biomédico no es posible encontrar jerarquía axiológica alguna de las reglas jurídicas en que se concretan sus principios informantes. Repasando el Derecho biomédico podemos constatar que ninguna de sus leyes ha establecido, ni lo ha pretendido, una jerarquía permanente en función de una evaluación hecha por el legislador del valor en abstracto de los principios que incorpora y regla³⁹.

De todos los principios reseñados, al de dignidad cabría asignarle una posición superior sobre el resto de principios. La doctrina alemana, en base a la proclamación en la Constitución alemana de la intangibilidad de la dignidad, tiende a otorgarle una posición superior de manera que en caso de conflicto con otros valores constitucionales prevalecería siempre, lo que excluiría la ponderación. Sin embargo, en nuestro país, autores como DÍAZ REVORIO⁴⁰, en el marco de nuestro ordenamiento jurídico (el artículo 10.1 CE no adjetiva la dignidad de intangible), no se deciden a signarle ese valor superior y absoluto, de manera que el valor dignidad deba ser extraído totalmente a la ponderación. Por tanto, sin perjuicio de que el principio de dignidad informe a los demás, todas las reglas jurídicas descritas en el epígrafe anterior son, de entrada, del mismo rango, compatibles entre sí, y deben armonizarse en su aplicación a la variada casuística que genera la práctica clínica.

No obstante, preciso es reconocer que los derechos y deberes que la norma atribuyen a unos y otros frecuentemente se enfrentan en las complejas relaciones humanas y, en particular, en la relación clínica. En unos casos, ha sido el legislador el que, una vez hecha la ponderación necesaria, da prioridad a un principio sobre otro, a una regla sobre otra, atendiendo a los valores en juego según supuestos, y así lo dispone normativamente. Por ejemplo, la regla

jurídica de la autonomía de la voluntad prevalece en general sobre la de beneficencia pues la norma habilita al paciente a rechazar un tratamiento o una intervención por muy indicados que estén médicamente y aunque el rechazo pueda poner en peligro su vida. Incluso en algunos casos prevalece frente al principio de no maleficencia (mutilaciones de órganos para donación, esterilizaciones voluntarias, etc.). Por el contrario, la regla de la autonomía de la voluntad cede cuando se enfrenta a la *lex artis* (el paciente pide un tratamiento o intervención contraindicada médicamente), a la autonomía científica del médico (por ejemplo, la decisión de si procede practicar un parto vaginal o hacer una cesárea corresponde al médico), y, en su vertiente de derecho a la información terapéutica, cede cuando se enfrenta al llamado “privilegio terapéutico”, esto es, cuando el médico oculta al paciente información terapéutica en los casos en los que aprecie “estado de necesidad terapéutica”. En los muchos casos en los que de la norma no se desprende claramente una prevalencia (el abanico de situaciones y conflictos que se dan en la relación clínica es inmenso), la solución de los conflictos no hay que buscarla en una inexistente jerarquización de las reglas jurídicas, de los mutuos derechos y deberes, sino ha de alcanzarse tras realizar una ponderación de los bienes y valores en juego en cada caso. La decisión adoptada tras la oportuna deliberación y ponderación puede tener validez general o validez solo para resolver la concreta controversia⁴¹.

El debate o deliberación es, pues, imprescindible cuando el profesional sanitario ha de hacer una ponderación de los principios en conflicto, no ya solo desde la óptica bioética, sino desde la necesaria aplicación al caso de los principios y reglas jurídicas contenidas en las leyes y en los códigos deontológicos.⁴² El papel de los Comités Éticos de investigación y de asistencia es muy importante en ese debate.

38 Tomado de SÁNCHEZ CARO, J., “Bioética”, en *Derecho Sanitario y Sociedad*, Antequera, R. A., editor, Ediciones Díaz de Santos, 2006, pp. 65 y 66.

39 ALEXANDER, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 267, apunta que no es posible ni conveniente intentar construir una jerarquía que no sea flexible de los derechos en conflicto, de manera que una supuesta jerarquía de los derechos que frecuentemente colisionan en el ámbito de la relación asistencial tiene que ser necesariamente móvil.

40 “Bioética y valores constitucionales en el comienzo de la vida humana”, en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 803 a 805.

41 Por ejemplo, desde la óptica del principio de beneficencia sería aceptable hacer un trasplante de hígado a una persona alcohólica, pero desde la óptica del principio de justicia no estaría indicado. En este caso, hecha una ponderación de los valores en juego parece que ha de prevalecer el principio de justicia sobre los de beneficencia y de autonomía del paciente. Esta decisión tendría validez general para todos los casos similares que se presenten.

42 Los bioeticistas consideran imprescindible la deliberación para la resolución de los conflictos o enfrentamientos entre los principios y reglas jurídicas que pueden presentarse en los concretos casos. Para Diego GRACIA la deliberación, que además de los principios también incluye valores, ha de ser un proceso compuesto por cuatro fases: a) deliberación sobre los hechos; b) deliberación sobre los valores en juego, c) deliberación sobre los deberes, d) deliberación sobre la responsabilidad asumida en la decisión moral adoptada. Afirma este autor que “*La deliberación busca analizar los problemas en*

IV. ENFRENTAMIENTOS ENTRE EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LOS DE BENEFICENCIA Y JUSTICIA. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE.

1. Los principios de beneficencia y no maleficencia frente al principio de autonomía de la voluntad.

De entrada, ha de insistirse en que, como regla general, el principio de autonomía de la voluntad prevalece sobre el de paternalismo benéfico por haberlo dispuesto así la Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente. Esta primacía trae causa de que en el campo del Derecho, a los bienes salud y vida se contraponen los bienes libertad, dignidad e integridad física y moral, y en el enfrentamiento de estos bienes prevalecen los segundos, ya que la vida no es un bien ni un derecho absoluto (STC 53/1985 y SSTEDH de 29-4-2002 y de 14-5-2013). La decisión del paciente de rechazar una intervención o un tratamiento indicado, aunque ello suponga un agravamiento de su enfermedad, acorte su vida, e, incluso, implique perderla, rechazo que violenta el principio de beneficencia, se califica de derecho fundamental por ser una concreción de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad ideológica⁴³. De ahí resulta que no existe un deber jurídico de curarse⁴⁴ y de conservar la vida que pueda justificar la prevalencia del principio de beneficencia. El TC, en sus Sentencias 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, aunque negó que el suicidio sea un derecho fundamental exigible, admitió que es una manifestación del principio general de libertad que informa la CE, y en su Sentencia 37/2011, de 28 de marzo, ha

*toda su complejidad. Eso supone ponderar tanto los principios y valores implicados como las circunstancias y consecuencias del caso. Esto permitirá identificar todos, o al menos la mayoría de los cursos de acción posibles. (...) El proceso de la deliberación exige la escucha atenta (la angustia no deja por lo general escuchar al otro, precisamente porque se tiene miedo de lo que pueda decir), el esfuerzo por comprender la situación objeto de estudio, el análisis de los valores implicados, la argumentación racional sobre los cursos de acción posibles y los cursos óptimos, la aclaración del marco legal, el consejo no directivo y la ayuda aun en el caso de que la opción elegida por quien tiene el derecho y el deber de tomarla no coincida con la que el profesional considera correcta.” GRACIA, D. y JÚDEZ, J., *Ética en la práctica clínica*, Editorial Triacastela, 2004, p. 24.*

⁴³ En este sentido, entre otros autores, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 36 y 37.

⁴⁴ Otra cuestión es que pueda someterse a un enfermo a un tratamiento forzoso por razones de salud pública o razones de seguridad (enfermos infecto-contagiosos y enfermos mentales).

dicho que “*el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29-4-2002).*” Así pues, constitucionalmente la vida humana es un bien a proteger, pero esa protección también es compatible con la disponibilidad de la propia vida como manifestación del *agere licere* (STC 120/1990), disponibilidad apuntalada con la irrelevancia jurídico-penal del suicidio.

En definitiva, hoy existe bastante consenso en que la autonomía de la persona es garante de su propia dignidad, por lo que es legítimo ejercerla aun a costa de lesionar el valor “salud” e, incluso, el de la propia vida. Pero en este contexto, no puede obviarse que el valor “libertad” se enfrenta al valor “beneficencia” propio de la tradición ética y deontológica médica, que, como hemos visto, desde una posición paternalista exige hacer todo lo posible por mejorar la salud del paciente y por salvar su vida. En la enorme casuística que genera la práctica clínica surgen conflictos entre los dos principios que no son fáciles de resolver, ni desde la Bioética, ni desde el Derecho biomédico. Y al médico, educado en esta tradición, no siempre le es fácil relegar o supeditar el principio de beneficencia al de la autonomía de la voluntad del paciente.

En determinados supuestos, es la ley la que directamente limita el principio de autonomía de la voluntad. Pero, salvo estos supuestos, ha de señalarse que la ley (el Derecho biomédico) no ha perfilado suficientemente las condiciones de ejercicio de la autonomía de la voluntad, por lo que, en diversos casos, la decisión de dar prevalencia o prioridad a uno de los dos principios enfrentados exigirá una

previa deliberación y ponderación de los valores en juego. Veámoslo.

A. En el nivel normativo obligado es traer a colación, en primer lugar, la Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente en cuanto limita el principio de autonomía de la voluntad al regular expresamente dos excepciones al deber de obtener el consentimiento informado del paciente y una excepción al deber de información terapéutica.

- Excepciona la necesidad de obtener el consentimiento informado por la existencia de un riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, y por la existencia de un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible materialmente conseguir su consentimiento. La primera limitación trae causa de la prevención de las enfermedades infecto-contagiosas y se constituye como un fin constitucional que legitima limitaciones de derechos ciudadanos, concretamente, de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad ideológica y religiosa, así como del derecho de autodeterminación individual concretado aquí en el derecho a rechazar tratamientos médicos⁴⁵. Aunque con estrecho margen de operatividad, tiene habilitación legal en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, que permite medidas de tratamiento e internamiento forzosos de enfermos, con el único requisito de comunicar la intervención a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que se disponga el internamiento obligatorio de personas. La segunda excepción a la obtención del consentimiento informado para poder intervenir es la situación de urgencia vital en la que no es posible obtener materialmente el consentimiento del paciente. En esta segunda excepción no estamos jurídicamente ante una situación de consentimiento implícito o presunto, sino en el marco del *estado de necesidad terapéutica*⁴⁶, si bien dispone la Ley que, cuando las circunstancias lo permitan, se consultará a los fami-

liares o a las personas vinculadas de hecho al paciente.

- En lo que hace a las instrucciones previas, establece en su artículo 11.3 que no han de ser aplicadas las contrarias a la *lex artis*⁴⁷. Esta determinación legal ha sido criticada por la doctrina jurídica en cuanto su literalidad puede dar a entender que el médico debe rechazar instrucciones previas cuando entienda que la voluntad manifestada es contraria a la *lex artis* (principios de beneficencia y no maleficencia). La mejor doctrina⁴⁸ considera que no es plausible tal interpretación por opuesta y contraria al derecho del paciente a rechazar un tratamiento indicado. Entiende que lo que el precepto legal quiere decir es que el médico no tendrá en cuenta instrucciones previas en las que se solicite un tratamiento que no se corresponde con la patología padecida o que resulte fútil. Por lo demás, la autonomía de la voluntad se impone a la administración paternalista de un tratamiento por muy indicado que esté. En fin, como acertadamente ha dicho TOMÁS-VALIENTE LANUZA⁴⁹, “pretender justificar la imposición del tratamiento sobre la apelación a la *lex artis* carece de sentido en un ordenamiento jurídico que precisamente ha convertido el consentimiento del paciente en primer requisito de una buena praxis.”

- En relación con la información terapéutica, el artículo 5.4 contempla el llamado “privilegio terapéutico” con la denominación de “estado de necesidad terapéutica”, que permite al médico ocultar información clínica a un paciente porque considera que conocerla le perjudicará gravemente (no maleficencia). En estos casos prevalece el principio de no maleficencia sobre el de autonomía de la voluntad en su vertiente de derecho a la información clínica. Interpretando este precepto legal, afirma la STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de abril de 2009 -JUR 2009\258310- que “Tal derecho puede limitarse en su propio beneficio cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.”

45 Véase a este respecto, COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, IVAP, 1988; CIERCO SEIRA, C., *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Edit. Comares, 2006; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “La salud pública como límite constitucional de derechos”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, Tomo II, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 1028 a 1031; MAGDALENO ALECRÍA, A., “La tutela colectiva como límite de los derechos fundamentales”, en *Nuevas Perspectiva Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 139 a 155.

46 El estado de necesidad se constituye en Derecho como una eximente de responsabilidad.

47 La disposición final primera del proyecto fallido de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida, derogaba esta determinación legal. El Secretario General del Ministerio de Sanidad justificó esta propuesta de derogación aduciendo que la *lex artis* no puede ser una coartada para que se objete a algo que no admite objeción (Diario Médico de 15 de junio de 2011).

48 Por toda, SANCHEZ CARO, J. y ABELLAN, F., *Instrucciones previas en España (Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos)*, Editorial Comares, 2008, p. 145.

49 “Nuevas y viejas formas de paternalismo: algunas consideraciones generales y el derecho a rechazar tratamientos médicos”, en *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Procuradora General del Principado de Asturias, colección PROCURA, n.º 1, 2011, p. 132.

Para el ámbito laboral, el artículo 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, exceptúa del libre consentimiento del trabajador los supuestos en los que la realización de reconocimientos médicos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

B. En el nivel de la particular y personalizada relación médico-paciente no es infrecuente este enfrentamiento. En estos casos, si el Derecho biomédico no da una respuesta claramente aplicable al caso, el médico o el Comité de ética asistencial deberá hacer una ponderación de los bienes y valores en juego para decidir si el principio de beneficencia ha de prevalecer o no sobre el de la autonomía de la voluntad del paciente.

Cabe exponer algunos ejemplos:

- Desde la óptica del principio de beneficencia, en enfermos no terminales, es decir, que su enfermedad puede ser objeto de curación y, por ende, su situación reversible, en el ámbito de la práctica clínica se defiende el ejercicio del paternalismo médico frente a la autonomía del paciente cuando este no haya adoptado una decisión plena o suficientemente voluntaria, esto es, cuando se aprecie un déficit de autonomía, y, además, la finalidad de la actuación paternalista sea el tratamiento médico del paciente para evitar daños irreversibles (disposición de la vida o de ciertos órganos irremplazables, etc.) o daños graves⁵⁰. Por ejemplo, la anorexia tiene significati-

vas tasas de prevalencia en mujeres adolescentes y jóvenes. El dilema bioético se debate entre el respeto a la autonomía de la voluntad de la joven o de la adolescente cuando se le puede tener por menor madura, o la aplicación de tratamientos médicos con carácter coercitivos en base al principio de beneficencia para prevenir resultados graves o incluso mortales, en el entendimiento de que, en todos los casos, la voluntad de la anoréxica no puede ser plena y libre pues sufre una enfermedad psíquica. En el ámbito judicial no existe consenso pleno en que haya de prevalecer el de beneficencia porque necesariamente se padezca siempre una enfermedad psíquica. Cuando la adolescente anoréxica se le considera con madurez suficiente y no se aprecia que padezca una enfermedad psíquica, parece que debería prevalecer su voluntad, pero, según la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, de 3 de octubre de 2012, sería pertinente, con autorización judicial, una intervención médica coactiva cuando la situación ya es grave. No comparto este criterio de la Fiscalía por las razones que expongo un poco más adelante.

- En la amputación de un miembro para salvar la vida del paciente prevalecen los principios de autonomía y beneficencia sobre el de no maleficencia (el beneficio supera al daño). En las mutilaciones de un órgano para trasplantes de órganos de vivos, en las esterilizaciones masculinas (vasectomía) y femeninas (esterilización ovárica) voluntarias, en las interrupciones voluntarias del embarazo, el principio de autonomía de la voluntad prevalece sobre el de no maleficencia. Obviamente, los médicos pueden hacer objeción de conciencia invocando el principio de no maleficencia o sus valores morales o religiosos, pero cuando aceptan realizar estas prácticas mutiladoras por considerarlas no irracionales atendiendo a los valores de la persona afectada, o a la voluntad benéfica

50 TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *ibidem*, pp. 113 y 114, considera presupuestos necesarios para que una norma o práctica paternalista fuerte resulte justificada, los dos siguientes: a) la decisión del sujeto (perjudicial para sus intereses) ha de resultar irracional valorada desde su propio plan de vida; b) y, además, la medida paternalista solo podría considerarse justificada tras un juicio de proporcionalidad que pondere el grado de restricción de los derechos del sujeto con el mal que pretende evitarse. Por su parte, ALEMANY, M., "El paternalismo médico", en *Derecho sanitario y bioética*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 786, ha propuesto la reconstrucción de la justificación del paternalismo como un principio complementario al principio de autonomía de la voluntad, para cuya justificación apela primordialmente a un principio de beneficencia que pondera el interés de una persona en su autonomía junto con otros intereses fundamentales, si bien esta concepción debe adaptarse a la convicción moral de que el respeto de la autonomía individual constituye el *límite* de un legítimo ejercicio paternalista. Para este autor el carácter complementario

del paternalismo se muestra en que para justificar una medida paternalista no es suficiente con probar que la decisión que toma el paciente es gravemente perjudicial para su salud, sino que hay que probar también que, en las circunstancias del caso, dicha decisión muestra un déficit de voluntariedad. Describe como condiciones necesarias para un paternalismo médico justificado las siguientes: "Una medida paternalista X de un médico sobre un paciente está justificada si y solo si: (I) X puede defenderse públicamente como la aplicación de una regla universal que establece el comportamiento paternalista como permisible (u obligatorio) en las circunstancias del caso; (II) La medida es idónea (causalmente adecuada) y necesaria (no hay alternativas preferibles) para evitar daños al paciente; (III) El riesgo de sufrir dichos daños tiene su origen en la conducta, en sentido amplio (acciones, decisiones, sentimientos, pensamientos, etc.) del propio paciente, la cual no puede ser juzgada como suficientemente autónoma, de acuerdo con un estándar de capacidad que toma en consideración la gravedad de los daños; y (IV) Es plausible sostener que el paciente consentiría a la medida X de no hallarse en una situación de incapacidad."

del donante de un órgano, arrinconan el principio de no maleficencia supeditándolo al deseo de la persona conforme a sus valores vitales, esto es, supeditándolo al principio de autonomía de la voluntad.

Por el contrario, en las esterilizaciones forzosas de discapacitados intelectuales, esto es, sin mediar su expreso consentimiento informado, se relegan y arrinconan los principios de autonomía de la voluntad de la discapacitada psíquica, de integridad y vulnerabilidad, y el de no maleficencia, en favor de un supuesto bien jurídico a proteger consistente en el mayor interés de la discapacitada en el entendido de que no es capaz de asumir y ejercitar los derechos y deberes de una maternidad, con perjuicio tanto para el bienestar del niño como para el de ella misma⁵¹. Un sector doctrinal⁵² defiende la penalización de la esterilización coactiva (tachan de inconstitucional la vigente despenalización de esta práctica en el artículo 156, segundo párrafo, de Código Penal) porque vulnera el derecho fundamental a la integridad física y moral de las personas discapacitadas psíquicas (artículo 15 CE), así como su derecho a la autodeterminación personal, en la medida que la esterilización, en cuanto que mutilación corporal, solo ha de ser no punible cuando la afectada la consienta de una forma válida, libre, consciente e informada, ya que se trata de una decisión personalísima que no puede ser sustituida o suplida por un tercero, ni tan siquiera por un juez. Invocan también el artículo 23 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España por Instrumento de 23 de

noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008), que reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges, a decidir libremente el número de hijos que quieren tener, y a que las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad en igualdad de condiciones con las demás.

- El caso de pacientes que rechazan en razón de sus propios valores vitales o por motivos religiosos intervenciones clínicas indicadas que procedería practicar en razón del principio de beneficencia (testigos de Jehová, judíos ortodoxos, amish, etc., respecto de transfusión de sangre y hemoderivados, vacunas, trasplantes de órganos, etc.). En el caso de pacientes mayores de edad es indubitado que prevalece la autonomía de la voluntad sobre el principio de beneficencia. Esta prevalencia ha de darse incluso en personas internadas en prisiones, residencias, etc., que se niegan a recibir un tratamiento médico aunque pongan en peligro su vida, pues, en mi criterio, no es trasladable a estos supuestos la doctrina del Tribunal Constitucional desarrollada con ocasión de la huelga de hambre de los presos del GRAPO de 1989 en las SSTC 120/90, de 27 de junio, y 137/90, de 19 de julio, en base a la relación de “especial sujeción” que se establece entre la Administración Penitenciaria y los reclusos o residentes⁵³.

En el caso de menores de edad la solución no es tan fácil⁵⁴. La problemática que suscita la decisión manifestada por un menor de edad y/o por sus padres ha sido abordada por la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, de 3 de octubre de 2012. Para fijar las pautas de actuación, la Fiscalía General del Estado parte del principio del “interés superior del menor”, que en este ámbito, a su criterio, se traduce en el deber de salvaguardar, a toda costa y por encima de cualquier otra consideración, la vida y la salud del menor de edad. También parte del presupuesto de que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, encontrándose teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o las de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del

51 El TC, en su sentencia 215/1994, de 14 de julio, admitió la constitucionalidad de la despenalización en las razones o motivaciones expresadas.

52 Cabe citar, entre otros, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F. C., “La esterilización de incapacitados mentales y su calificación moral objetiva” en *Cuadernos de Bioética*, núm. 20, 1994, pp. 361 a 367; HERRANZ, G. “La objeción de conciencia en Urología: el caso de la esterilización voluntaria”, en *Bioética y Urología: Una nueva perspectiva*. Edit. S. A. de Ediciones. 2001. pp. 71 a 90; ROMANACH CABRERO, J. Esterilización en España ¿Discriminación? XV Semana de ética y filosofía política: Tradición e innovación en ética y filosofía política. UNED. 2007; ESBRI MONTOLIU, M. A., “Esterilización de deficientes mentales”, en *Revista Derecho y Salud*, 1997, vol. 5, núm. 1, pp. 76 a 90; LAMAS MEILÁN, M. M., “La esterilización de incapaces” en *Cuadernos de Atención Primaria*, 2004, 11, pp. 333 a 340; el CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad), se posiciona abiertamente en contra de la esterilización de discapacitadas psíquicas. Desde una óptica jurídico-constitucional, DE LAS HERAS GARCÍA, M. A., *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*, Tomo I, Edit. Dykinson S. L., 2005, p. 230, evocando el voto particular de Mendizábal Allende en la STC 215/1994, niega que exista proporcionalidad entre la medida de la esterilización y el fin perseguido, por lo que entiende que la despenalización vulnera el artículo 15 CE.

53 En este mismo sentido, SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Rechazo de tratamientos médicos”, en *Derecho sanitario y Bioética*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 478.

54 Aquí resulta de obligada lectura la STC 154/2002, de 18 de julio.

menor afectado. Señala que en estos casos es necesario acudir al Juez para que decida. De esta Circular cabe destacar la irrelevancia que la Fiscalía atribuye a la opinión del menor de edad maduro, incluso entre los 16 y 18 años, cuando está en riesgo grave su vida. En mi criterio, esta restrictiva visión del menor maduro no armoniza con la teleología de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ni con la doctrina que mantiene el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 154/2002, de 18 de julio y 37/2011, de 28 de marzo. Entiendo que imponer un tratamiento a un menor de edad maduro contra su voluntad, más aún con 16 años cumplidos, incluso mediando autorización judicial, además de atentar a su dignidad personal, implicaría una vulneración de su derecho de autodeterminación, que el Tribunal Constitucional le reconoce.

- En aplicación del principio de beneficencia (generar unos beneficios que compensen los daños que pudieran derivarse de la intervención médica), es práctica habitual el uso por prescripción facultativa de contenciones físicas en pacientes, ancianos, etc., sin su consentimiento. Las razones para la utilización de contenciones o sujeciones físicas pueden ser: a) como medida terapéutica (tratamiento de una enfermedad o patología) o con el objeto de evitar alteraciones del programa terapéutico (retirada de vías intravenosas, sondas nasogástricas, etc.), y para prevenir lesiones a la misma persona o a terceros, b) por razones de seguridad frente a actitudes violentas y agresivas, con el objeto de prevenir lesiones a la misma persona o a terceros. Las razones de terapia y seguridad tienden a mezclarse o combinarse, confundiendo. Así, en el ámbito de la psiquiatría, la “*inmovilización terapéutica*” se define como el “*uso de procedimientos físicos o mecánicos dirigidos a limitar los movimientos de parte o de todo el cuerpo de un paciente a fin de controlar sus actividades físicas y protegerlo de las lesiones que pudiera infringirse a sí mismo o a otros*”⁵⁵. Por tanto, la razón última es la seguridad dentro de una terapia. Entiendo que la conceptualización que la psiquiatría hace de la inmovilización terapéutica es trasladable a los ancianos residenciados dado que los sometidos a sujeciones también son enfermos (alzhéimer, demencias, etc.), algunos de ellos con ingreso forzoso en la residencia previa valoración médica e intervención judicial, y, por ende, la sujeción por razones de seguridad es simultáneamente una medida terapéutica preventiva.

⁵⁵ Recogida de la *Joint Commission on the Accreditation of Health care Organizations* por BARRIOS FLORES, L. F., “La respuesta judicial ante la enfermedad mental”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 92, 2006, p. 323.

La razón de seguridad, en mi criterio, no cabe extenderla, aunque normalmente así se hace en los protocolos existentes⁵⁶, a la integridad del entorno, esto es, a la protección de instalaciones y mobiliario, pues aunque la propiedad sea un derecho constitucional y las instalaciones o mobiliario tengan un valor económico, la medida, en mi criterio, sería desproporcionada al fin perseguido⁵⁷. Admito que esta consideración que hago es más teórica que práctica, ya que una persona agitada y en situación estresante (delirium, cuadro psicótico, etc.) que descontroladamente arremete contra el mobiliario y las instalaciones, es evidente que también incurre en un serio peligro de autolesionarse o lesionar a terceras personas, por lo que, de facto, difícilmente pueden separarse una razón de las otras.

Sin embargo, empíricamente está acreditado que en la mayoría de los casos la aplicación de sujeciones físicas generan mayores daños que los que se trata de evitar⁵⁸. En estos casos, la mayoría de las veces prevalece irracionalmente un principio de beneficencia mal entendido sobre el de autonomía de la voluntad de los pacientes y residentes. Además, estas prácticas se compadecen muy mal con los principios de integridad y vulnerabilidad predicados por la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos

⁵⁶ Por ejemplo, según el protocolo elaborado por el Servicio Andaluz de Salud en diciembre de 2005, la sujeción física de un paciente se puede utilizar como medida extrema para evitar daños al propio paciente, a otras personas y al entorno físico que lo rodea. Igualmente, la Comisión Deontológica del Colegio Oficial de Enfermería de Barcelona, en el documento elaborado sobre sujeciones en el año 2006, o el protocolo consensuado del Complejo Hospitalario Universitario de Albacete, de 2012, donde también se indican las sujeciones para la prevención de daños a las instalaciones. La sujeción directa de una persona por otras personas, que es momentánea, para evitar daños al entorno, entiendo que puede ser proporcional al fin perseguido, pero no así el uso de sujeciones mecánicas por periodos más prolongados.

⁵⁷ No obstante, he de señalar que la STC 17/2013, de 31 de enero, estima proporcional el uso de sujeciones en extranjeros para evitar daños en las instalaciones de los centros de internamiento.

⁵⁸ “Guía para personas mayores y familiares. Uso de sujeciones físicas y químicas con personas mayores y enfermos de alzhéimer.” CEOMA y Fundación Iberdrola, 2005, pp. 17 a 19. *Personas mayores vulnerables: maltrato y abuso*. Libro colectivo dirigido por GANZENMÜLLER, C. y SÁNCHEZ CARAZO, C., Consejo General del Poder Judicial, 2010, p. 77. Los efectos negativos documentados del uso de las sujeciones físicas o mecánicas son: a) físicos: úlceras por presión, infecciones, incontinencias, disminución de apetito, estreñimiento, atrofia y debilidad; b) psicológicos: miedo, vergüenza, ira, agresividad, depresión, apatía, aislamiento social. Los efectos potenciales documentados del uso de fármacos psicotrópicos tranquilizantes son: delirium, deterioro de la función cognitiva, deterioro de la comunicación, depresión, deshidratación, marcha inestable con riesgo de caídas, etc.

de la Unesco de 2005, que también resultan arrinconados, por no decir despreciados.

En mi criterio, la utilización de sujeciones como medida de “terapia-seguridad” solo está legitimada, previa obtención del consentimiento informado del paciente o, en su caso, de sus representantes, en casos extremos y puntuales (soportes vitales imprescindibles por fracturas o deformidades, utilización de sondas o vías intravenosas, actitudes violentas. etc.), no estando, por el contrario, legitimado su uso diario y continuado para prevenir sin más hipotéticas caídas y lesiones o porque el paciente esté agitado.

2. Principio de autonomía científica del médico frente al de autonomía de la voluntad.

El conflicto se presenta cuando el médico considera que debe aplicar una determinada técnica o administrar un determinado medicamento por entender es más beneficioso para el paciente, y el paciente pretende que se le aplique otra técnica o se le prescriba otro medicamento. Surge aquí el conflicto entre el derecho de autonomía científica del médico⁵⁹ (derecho íntimamente conectado con el principio de beneficencia) y la autonomía de la voluntad del paciente.

De entrada, cabe sentar las siguientes pautas. Cuando el paciente decide rechazar un tratamiento propuesto por el médico, por muy indicado que esté y aunque ponga en peligro su vida, no hay enfrentamiento ya que ese rechazo no violenta la autonomía científica del médico. Cuando el médico ofrece al paciente varias alternativas de tratamiento, corresponde elegir al paciente en uso de su autonomía. En estos casos tampoco padece la autonomía científica del médico pues no aparece ningún tipo de conflicto. Sin embargo, cuando el médico propone un único tratamiento por ser el indicado conforme a la *lex artis* y el paciente le pide otro distinto que el médico no considera idóneo o necesario según la *lex artis*, es cuando surge el conflicto entre el deseo del paciente y la autonomía científica del médico. Es en estos casos cuando, en mi criterio, debe prevalecer el principio de autonomía científica sobre el de autonomía de la voluntad, ello por la sencilla razón de que el paciente no está legitimado para obligar al médico a actuar contra la *lex artis*.

La STC 1996/166, de 28 de octubre, ya fijó unas pautas para resolver este tipo de conflictos inclinándose por la prevalencia de la autonomía científica. Razono lo siguiente: “*El problema que plantea el recurrente, (...) sino que pide, en razón y por exigencia de sus creencias religiosas, que tales prestaciones se le dispensen sin que en ningún caso se utilice transfusión de sangre en la operación quirúrgica a que debía de someterse. No pide más de lo que la Seguridad Social tiene previsto para estas prestaciones, sino que se dispensen éstas prescindiendo de un remedio cuya utilización, por pertenecer a la lex artis del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas que en cada caso se presenten y se consideren necesarias para solventarlo. Las causas ajenas a la medicina, por respetables que sean -como lo son en este caso-, no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica.*” A su vez, la STS de 8 de febrero de 2006 -RJ/2006/544- razonó que “*El médico, en su ejercicio profesional, es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces al caso a tratar, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica, o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, en cuanto está comprometido por una obligación de medios en la consecución de un diagnóstico o una terapéutica determinada, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud del paciente.*” Parece, por tanto, que es criterio jurisprudencial en este tipo de conflictos la prevalencia de la autonomía científica, lo que concuerda con la legislación, pues recordemos que la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias dispone que el ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica.

Ejemplos.

- Este conflicto es relativamente frecuente en el proceso de atención a los partos, en el sentido de si la gestante puede decidir que el parto haya de ser por vía vaginal o por cesárea y elige la cesárea⁶⁰. La jurisprudencia (STSJ de Castilla y León de 30 de septiembre de 2010 -JUR/2010/374334- y SSTS de 20 de noviembre de 2012 -RJ/2013/305- y de 21 de diciembre de 2012 -RJ/2013/1165-), en armonía

59 Sobre este derecho, véase GARCÍA IBAÑEZ, J., “El derecho de autonomía científica y la objeción de conciencia en los profesionales sanitarios.”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Volumen I, 2013, pp. 1252 a 1265.

60 Sobre esta temática, LOMAS HERNÁNDEZ, V., “Los derechos de la mujer en el momento del parto. Cesárea versus parto vaginal”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Volumen II, 2013, pp. 785 a 798.

con las sentencias que acabo de citar, se pronuncia a favor de la autonomía científica del médico. Razonan las sentencias citadas que el contenido de la Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente no permite a la paciente elegir si decide terminar el parto por vía vaginal o por cesárea, que la cesárea no puede configurarse como una alternativa al parto vaginal de libre decisión por la madre, y que, por tanto, no existe un derecho subjetivo de la futura madre a la práctica de la cesárea, sino que la misma requiere el cumplimiento de una serie de requerimientos médicos y, lo más importante, una ponderación médica de la situación que predetermine la misma como más beneficiosa que el parto vaginal.

Únicamente cuando el parto vaginal es de cierto riesgo cierto y el médico, ante ese riesgo, le ofrece la posibilidad de realizar una cesárea, es admisible que sea la madre quien elija ante las alternativas propuestas (STS de 14 de diciembre de 2010 -RJ/2011/1082).

Ocurre a veces el caso contrario, esto es, que la gestante se niega a la práctica de una cesárea médicamente indicada para salvar al feto o evitarle daños serios, y exige que se practique un parto vaginal. En estos casos hay que partir de que el parto vaginal constituye un proceso natural que no precisa del consentimiento informado pues no hay intervención médica propiamente dicha (STS de 2 de julio de 2010 -RJ/2010/2641-). La intervención médica sería la cesárea, y ya conocemos que los pacientes pueden rechazar cualquier intervención médica, aunque ponga en peligros su vida sin que se viole por ello el principio de autonomía científica. Desde esta óptica habría que concluir que prevalece el principio de autonomía de la voluntad de la gestante. Empero, en estos casos, además del bien “autonomía de la voluntad” entra en juego un bien jurídicamente digno de protección: la vida del feto o evitarle daños serios producidos durante y con ocasión del parto vaginal. En mi criterio, en la ponderación de estos dos bienes en conflicto habría que dar prevalencia al segundo pues entiendo que tiene un mayor valor la integridad física del feto que la autonomía de la voluntad de la madre⁶¹. No profundizo en esta cuestión pues se sitúa extramuros del ámbito de este trabajo.

- También ocurre a veces que el paciente exige ser hospitalizado, o lo padres exigen la hospitalización de un hijo, porque psicológicamente

se sienten más seguros de que así se dispondrá de una completa y continuada atención sanitaria, y, sin embargo, el médico no considera técnicamente adecuada ni necesaria la hospitalización, bastando un tratamiento ambulatorio. Obviamente, en mi criterio, ha de prevalecer el criterio científico del médico.

En relación a este tipo de conflictos se impone la deliberación y el acuerdo entre profesionales y los pacientes, de manera que los primeros aportan el conocimiento científico y los segundos aportan sus valores, expectativas, miedos, etc., pero la decisión final ha de enmarcarse y ser acorde con la ciencia médica y, por ende, debe quedar salvaguardada la autonomía científica del médico.

En cualquier caso, a la vista de la posición jurisprudencial en torno a este conflicto, puede extraerse la regla de que la calidad de la atención sanitaria y la seguridad del paciente, aspectos muy vinculados a la autonomía científica, en general, aunque no siempre, actúan como límites al principio de autonomía de la voluntad del paciente.

3. Hacia un nuevo paternalismo que supere su enfrentamiento con la autonomía de la voluntad del paciente.

La medicina no es una ciencia exacta en el sentido que pueda garantizar resultados ya que el fenómeno biológico tiene múltiples variables físicas y psicológicas difíciles de identificar y manejar. Es, por supuesto, ciencia, pero en la medida en que la enfermedad no es solo somática, sino en la mayoría de los casos psicósomática, también es arte, intuición y experiencia. La práctica médica ha sido y sigue siendo heterogénea, pues es algo empíricamente constado que no existen enfermedades sino enfermos. Frente al tradicional ojo clínico definido como el don que poseen algunos médicos para realizar diagnósticos rápidos y certeros basados más en la intuición y la experiencia que en la ciencia, ahora, en la actual medicina científica altamente tecnificada se reclama y se defiende la “evidencia científica” como sustitutivo del ojo clínico. Ahora se habla de “pericia clínica” como método para hacer un buen juicio clínico, entendido como un proceso de toma de decisiones en ausencia de reglas explícitas, que no se fundamenta solo en la experiencia, sino también en la observación y el estudio continuados, el rigor en la obtención de datos y el sentido común⁶², y que debe com-

61 Véanse las sentencias inglesas y americanas autorizando la cesárea que cita SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Rechazo de tratamientos médicos”, en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 479 y 480.

62 GUDIOL MUNTÉ, F., “Ojo clínico y evidencia

binarse con las expectativas, preferencias y deseos del paciente. Empero, a pesar de los enormes avances científicos, la realidad hoy por hoy es que la ciencia médica no puede asegurar la curación del paciente, incluso en diversos casos ni tan siquiera su mejoría; como mucho puede evitar su sufrimiento físico.

Con el anterior relato pretendo significar que, en la medida en que el médico no puede garantizar la curación del paciente y que el paciente desea y espera curarse confiando en exceso en la ciencia médica, la relación entre ambos no es fácil. En este contexto, el paulatino protagonismo que el principio de autonomía de la voluntad está adquiriendo en la relación médico-paciente, tradicionalmente presidida por la confianza y pasividad del paciente, ha dado pie al tránsito hacia una relación médico-paciente en la que, en ocasiones, ante las exigencias o el recelo del paciente, la relación de confianza se sustituye por parte del médico por una relación estrictamente profesional presidida por una medicina defensiva en la que la información al paciente y la obtención de su consentimiento se burocratizan a través de los impresos de información y obtención del consentimiento, muchas veces de difícil comprensión por el paciente, sustituyéndose así la obligada información oral y continuada que permite el diálogo y el consenso y que da lugar a la relación de confianza, por una información escrita y estática, u oral pero escasa, que dificulta la confianza mutua. El médico huye de entablar una relación paternalista benéfica basada en la confianza y persigue la seguridad jurídica ante posibles exigencias de responsabilidad por parte del paciente o de sus familiares. El médico busca eximir su responsabilidad haciendo que las decisiones las tome exclusivamente el paciente en soledad. El resultado es el deterioro de la relación médico-paciente con todas las consecuencias negativas que arrastra.

A la vista de esta negativa evolución, se ha dicho que el médico ha de cuidar de que el paciente decida correctamente sobre las opciones relativas a su salud, y que para ello no sirve un posicionamiento paternalista que hurte al paciente su ámbito de decisión, pero tampoco una posición neutral que deja en soledad al paciente para que decida, una vez cumplida la obligación legal de informar. El profesional sanitario ha de acompañar al paciente en la toma de la decisión, asegurándose que lo que termine decidiendo es adecuado, razonable o, en todo caso, entroncado con sus valores y trayectoria vital. Este “nuevo paternalismo”, que reivindica las tareas de guarda y cuidado tradi-

cionales del profesional sanitario, armonizándolas con la capacidad de autodeterminación del paciente, debe encontrar, se dice, una nueva definición legal que no atienda tanto a la articulación de las competencias en la determinación del juicio clínico de indicación, como a la garantía de la mejor solución clínica, en condiciones de equidad, y vistos todos los factores, para el paciente⁶³. En fin, se reivindica, hoy más que nunca, una mayor presencia en la relación médico-enfermo de los principios de beneficencia y de justicia, sin olvidar la indispensable protección de la autonomía del paciente⁶⁴.

En todo caso, parece algo fuera de discusión que ni el paternalismo ni la autonomía de la voluntad por sí solos están en condiciones de garantizar una buena prestación clínica. La ciencia médica en su praxis ha de tener muy presentes los valores, sentimientos, emociones y expectativas del paciente al que se asiste, pues es el camino para que el saber médico se concrete en una buena asistencia. Por otra parte, el paciente, en la generalidad de ocasiones, más que un ejercicio en soledad de su autonomía de la voluntad, lo que desea es depositar su confianza en el médico, en su criterio científico, y en adoptar conjuntamente, una vez informado suficientemente, la decisión más adecuada para su salud. Es un hecho que no necesita mayor demostración que la generalidad de los pacientes, a pesar de poder ser calificados de pacientes inteligentes (cultos e informados), confían más en el diagnóstico y plan terapéutico propuesto por el médico que en su propia capacidad de valoración y de decisión en soledad, pues la enfermedad hace vulnerable a la persona debilitándola física e intelectualmente. En cualquier caso, el consejo médico y el respeto por la capacidad de decisión del paciente deben ir de la mano. Dada la vulnerabilidad física e intelectual en la que se encuentra la persona enferma, un paternalismo moderado bien entendido parece aconsejable.

No puede obviarse, además, que por causa del envejecimiento de la población, estamos transitando de una asistencia a enfermos agudos donde priman los aspectos técnico-médicos a una asistencia a enfermos crónicos con pluripatologías, que precisan

63 BRAVO ESCUDERO, E., “Los límites de la autonomía del paciente. Autonomía o paternalismo”, en *Debática. Revista de la Sociedad Andaluza de Bioética*, vol. 1, núm. 2, 2012, p. 5.

64 Así, entre nosotros, SEOANE, J. A., “La relación clínica en el siglo XXI: cuestiones médicas, éticas y jurídicas”, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 16, núm. 1, 2008, pp. 1 a 28; PUYOL, A., “Hay bioética más allá de la autonomía”, en *Revista de bioética y Derecho*, núm. 25, 2012, pp. 45 a 58.

científica”, en *Educación médica*, vol. 9, supl.1, 2006, p. 21.

de una asistencia sociosanitaria en la que tienen la misma o más importancia los aspectos sociales y humanos.

En este contexto, como alternativa a la polaridad o enfrentamiento entre la autonomía de la voluntad del paciente y el paternalismo médico, algunos autores (PELLEGRINO Y THOMASMA) han propuesto el nuevo modelo de “beneficencia fiduciaria” (beneficence-in-trust.) que pretende arrinconar el paternalismo clásico, de manera que ya no se trate de decidir por el paciente amparándose en la presunta superioridad del criterio médico, sino de decidir con el paciente. Se basa en que las creencias, los valores morales y las actitudes ante la vida del enfermo, particularmente del crónico, han de ser bien conocidos por el profesional sanitario, al que este le confía una cierta capacidad de gestión sobre ellos. Este modelo de relación clínica ha de cimentarse en una intensa relación humana entre paciente y médico estableciéndose un compromiso basado en la confianza para la gestión de los valores y la toma conjunta de decisiones⁶⁵. Es más importante para los pacientes que el médico muestre una adecuada conducta en relación con sus valores, miedos, expectativas y demandas, a que se limite a darle un diagnóstico, un pronóstico y un plan terapéutico para que decida en soledad⁶⁶. La confianza ha de ser siempre el valor fundamental de la relación clínica.

En fin, una buena relación exige por parte del médico transparencia en su actuación facilitando al paciente toda la información posible y dialogando con él, y por parte del paciente madurez, equilibrio y responsabilidad en sus decisiones. Solo así se consigue una buena relación médico-paciente basada en la mutua confianza y un mejor resultado clínico. Pero un problema para esta nueva “relación consensual”⁶⁷ es la falta de formación de los médicos. GRACIA⁶⁸ ha subrayado la falta de formación de los médicos en humanidades y en habilidades de relación con el paciente. Por parte de la generalidad de pacientes es evidente su falta de educación sanitaria.

65 CASADO A. *Bioética para legos. Una introducción a la ética asistencial*, CSIC-P y V Editores, 2009, p. 137.

66 MÉNDEZ SARDINA, G., “La aparición de un nuevo tipo de paciente en la relación terapéutica y el neopaternalismo médico”, en *Bioética&debat*, mayo 2013, trabajo disponible en <http://www.bioetica-debat.org/article.php?storyid=863>

67 BINETTI, P., “Más allá del consentimiento informado: la relación consensual”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. 22, núm. 76, 2011, pp. 509 a 516.

68 *Como arqueros al blanco. Estudios de bioética*, Triacastela, 2004, p. 329. Trascorridos diez años desde esta apreciación puede afirmarse que esa falta de formación se ha subsanado poco.

4. El principio de justicia frente a los de autonomía de la voluntad y beneficencia.

Como hemos visto, la Bioética y el Derecho biomédico están íntimamente ligados en su nacimiento y devenir al principio de autonomía del paciente, que ha puesto en un segundo plano a los demás, particularmente al principio de justicia. Pues bien, ante las evidencias que aportan la investigación epidemiológica sobre los determinantes sociales de la salud y la constatación del mantenimiento e, incluso, incremento de injustas por evitables desigualdades sociales en salud, se está postulando⁶⁹ que la justicia releve a la autonomía en las prioridades de la Bioética.

En esta misma línea de pensamiento, algo parecido se puede predicar del Derecho biomédico, en el que el principio de justicia distributiva ha jugado hasta hoy un papel marginal. La legislación sanitaria ha establecido un loable pero genérico mandato a los poderes públicos para que promuevan la disminución de las desigualdades sociales en salud, para que procuren la equidad en salud, pero este mandato pocas veces se ha concretado en el diseño y puesta en práctica de planes y programas bien dotados presupuestariamente dirigidos a la prevención y promoción de la salud y que incidan en los determinantes sociales de salud.

No obstante, obligado es citar aquí la reciente Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, cuyo norte y eje conductor no es la autonomía del paciente, sino la justicia social y distributiva, propiciando políticas que incidan en los determinantes sociales en salud al objeto de superar las desigualdades de salud, esto es, al objeto de propiciar una mayor equidad en salud. En la Ley General de Salud Pública el protagonista no es la persona, es la colectividad, la población. Empero, también es obligado decirlo, la Ley es bastante deficitaria en establecer garantías para la efectividad de las intervenciones de salud pública que se han de instrumentar⁷⁰.

69 PUYOL, Á., “Ética, equidad y determinantes sociales de la salud”, en *Gaceta Sanitaria*, vol. 26, núm. 2, 2012, p. 180. Según DANIELS, catedrático de Ética y Salud Pública de la Universidad de Harvard, el interés de la Bioética reside más en sus implicaciones en la salud de la comunidad y en la política, que en analizar las relaciones entre médicos y pacientes o los dilemas éticos que puede suponer el avance de la ciencia. Por tanto, para este experto parece que el principio de justicia es el más relevante. Véase *Diario Médico* de 16 de diciembre de 2013.

70 Las garantías que aparecían en los primeros borradores paulatinamente fueron desapareciendo.

Por lo demás, al margen de la Ley General de Salud Pública de factura muy reciente, solo en determinados ámbitos el legislador ha hecho prevalecer el principio de justicia sobre los principios de autonomía de la voluntad y de beneficencia, como, por ejemplo, en la regulación de las incapacidades temporales, donde la libertad clínica del médico y los deseos del trabajador enfermo están muy condicionados por unas normas que velan primordialmente por el interés y la equidad social en razón del alto coste económico de las incapacidades temporales, y en exceptuar el libre consentimiento del trabajador en los supuestos que ya he descrito antes, haciendo prevalecer el principio de justicia sobre el de autonomía y beneficencia (artículo 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales).

Descendiendo a la concreta relación médico-paciente, cabe señalar que en los casos que he relatado en el apartado anterior y otros de ese tenor, se produce, además, un enfrentamiento de los principios de autonomía y beneficencia con el principio de justicia distributiva. Los costes económicos asociados a una cesárea, a una hospitalización, a una determinada intervención exigida por razones religiosas o de otro orden, etc., son en la mayoría de los casos superiores a la intervención indicada medicamente según la *lex artis*. Pues bien, conforme al principio de justicia distributiva, la sociedad no debe asumir el mayor coste que se derivaría de la decisión o elección del paciente⁷¹, incluso aunque esta pudiera entroncarse dentro de la *lex artis*. El principio de justicia distributiva exige al personal sanitario ser buen gestor y administrador de los limitados recursos y servicios sanitarios, que deben utilizar de una forma efectiva y eficiente, evitando actuaciones sanitarias inadecuadas. En consecuencia, en estos casos es plausible afirmar que el principio de justicia distributiva ha de prevalecer sobre el de autonomía de la voluntad del paciente e, incluso, sobre el de beneficencia.

V. EL REFLEJO DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA EN EL SISTEMA SANITARIO.

1. Principio de justicia *versus* regresiones en el nivel asistencial alcanzado normativamente.

a) *En torno a la reversibilidad de las prestaciones en un Estado social de Derecho.*

⁷¹ En este sentido, STS de 14 de abril de 1993 -RJ/1993/3338-.

Tomando como punto de partida la teorización alemana sobre la posible irreversibilidad de las conquistas sociales, nuestra doctrina ha ensayado también una interpretación de la cláusula del Estado social en su vertiente de vinculación jurídica del Estado al mantenimiento de un determinado nivel de prestaciones ya reconocidas y consolidadas⁷². Aunque la doctrina no es totalmente coincidente en las interpretaciones hechas, sí hay unanimidad en el rechazo de la idea de que las conquistas o beneficios sociales alcanzados a nivel legislativo resulten irreversibles en cualquier circunstancia en virtud de la cláusula del Estado social. Las divergencias aparecen en la valoración del alcance que puede tener dicha cláusula frente al legislador para la delimitación legislativa de los derechos sociales. MUÑOZ MACHADO⁷³ que ha estudiado este tema y, además, en directa relación a las prestaciones sanitarias, admite que puede darse de una forma constitucionalmente legítima una legislación nueva que se limite a suprimir o a rebajar el contenido de algunas prestaciones de carácter social, sin que necesariamente tengan que ser sustituidas por una política social diferente, si resulta razonablemente imposible atendidas las circunstancias económicas sobrevenidas, si bien con la salvedad de que, en todo caso, es constitucionalmente obligado mantener una política social efectiva que salvaguarde los valores del Estado social. Salvado esto, considera que, en todo caso, es inconstitucionalmente insostenible que el Estado tenga que soportar cargas que su sistema de financiación es incapaz de alimentar, si bien se cuida de afirmar también que una decisión legislativa de restricción sería, sin embargo, difícilmente aceptable en términos constitucionales si los parámetros económicos no han variado. Incluso advierte que no es cierto que las obligaciones del Estado en materia económica y social puedan definirse por el legislador con absoluta libertad⁷⁴.

⁷² Pueden verse los estudios de PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública* Civitas, 1983, pp. 53 a 55; COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, IVAP, 1988, p. 173 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Tomo I, 1988, p. 232; APARICIO, J., *La Seguridad Social y la Protección de la Salud*, Civitas, 1989, pp. 97 a 104; PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 84; MUÑOZ MACHADO, S., "La organización de los sistemas de salud", en el libro de ponencias del I Congreso de Derecho y Salud, 1993, pp. 82 a 89 y *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, 1995, pp. 146 a 159.

⁷³ "La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos" Alianza Editorial, 1995, pp. 146 a 150.

⁷⁴ En su prólogo al estudio de DE LORA y ZUÑIGA *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías*

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado afirmando que las conquistas sociales no son irreversibles y que el Estado dispone de un amplio margen de maniobra para determinar las prestaciones que en cada momento integran nuestro Estado social.

En suma, a la vista de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que se han manejado dentro de nuestro marco constitucional, no parece existir inconveniente para diseñar y ensayar, siempre que ésta sea razonablemente coherente con una determinada situación económica, una política legislativa que fije unos niveles de prestaciones menores a los alcanzados y reconocidos legalmente en un momento dado, pues no cabe duda de que la actuación de los poderes públicos está condicionada inexorablemente por las posibilidades económicas.

b) El núcleo esencial del derecho a la protección de la salud.

No obstante, hemos de preguntarnos si el legislador ordinario tiene una libertad total para fijar cualquier contenido del derecho, o tiene algún límite constitucional que ha de respetar sea cual sea la situación económica.

Los Pactos y Convenios internacionales firmados por el Estado español, lo han conformado materialmente como un derecho fundamental, y, por supuesto, la propia Constitución incorpora el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1) y encomienda a los poderes públicos tutelar la salud a través de las prestaciones y servicios necesarios (artículo 43.2). Pues bien, todo derecho ha de tener un contenido mínimo o esencial que ha de respetarse para que no se desnaturalice. Refiriéndose a los derechos en general, ha dicho el Tribunal Constitucional que por contenido esencial de un derecho ha de entenderse aquella parte de un derecho sin la cual este pierde su peculiaridad, haciéndolo irrecognoscible como tal derecho y que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos⁷⁵ (STC 11/1981, de 8 de abril, reiterada en muchas posteriores).

de la justicia distributiva, Iustel, 2009, p. 12.

⁷⁵ En el fundamento 8 de la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, dijo que “Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos

Pero supuesto lo anterior, la siguiente pregunta es ¿cuál es el contenido o núcleo esencial del derecho a la protección de la salud que ha de respetar el legislador ordinario conforme a nuestra Constitución y a los Pactos y Convenios internacionales? PEMÁN GAVÍN⁷⁶, analizando la jurisprudencia constitucional comparada, hace referencia a dos sentencias, la del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, de 5 de julio de 2002, y la del Tribunal Constitucional de Colombia, de 31 de julio de 2008, que, en lo que aquí importa, vienen a reconocer la existencia de un núcleo mínimo del derecho a la protección de la salud, de un núcleo esencial que debe ser garantizado a todas las personas, que deriva para el Estado del derecho a la protección de la salud sancionado en sus respectivas Constituciones y en la suscripción de Convenios in-

subjetivos sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el «nomen» y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse.”

⁷⁶ “El derecho a la protección de la salud. Perspectivas internacional y comparada”, en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 32 a 50.

ternacionales. Empero, respecto de nuestro país, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado respecto de un contenido mínimo o núcleo esencial del derecho que nos ocupa, o respecto de la constitucionalidad de regresiones en el contenido del derecho ya alcanzado y reconocido por normativa anterior⁷⁷.

A falta de un pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional al respecto, no obstante, creo que de nuestro ordenamiento jurídico es plausible inferir ese núcleo esencial, según lo que seguidamente razono.

El Estado liberal decimonónico puso el acento en la protección de la salud colectiva, y, salvo la atención sanitaria individualizada que prestaba la beneficencia pública, desatendió la enfermedad de la persona cuando esta no tenía relevancia para la comunidad por afectar a la salud pública, entendiendo que era un problema del individuo, no de la sociedad. Pero esta posición liberal decimonónica fue sobradamente superada en el siglo XX con el advenimiento del Estado Social y la paulatina constitucionalización de los derechos sociales de prestación, lo que obligó a los Estados a abandonar su posición abstencionista y asumir como propia una función social. Se elaboró un concepto de ciudadanía basado en la igualdad del ser humano y en su pertenencia a una comunidad, y se instauró el Estado del bienestar que, si bien admitía la existencia fáctica de diferencias de clase en razón de los desiguales niveles de renta resultantes de una economía de mercado, garantizaba una política social con enfoque redistribuidor de la riqueza apoyada en los principios de necesidad y solidaridad. Esa política social se sustentó, como es conocido, por un lado, en un sistema fiscal progresivo, y, por otro, en un sistema de prestaciones sociales, siendo elemento inherente y articulador de esa política el principio de universalidad entendido como el derecho que se reconoce a toda persona de acceder a aquellos bienes indispensables para una vida digna y una libertad real, y el deber del Estado social de procurárselos⁷⁸. Así, en lo que hace a la salud, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de

10 de diciembre de 1948, dice que “**toda persona tiene derecho** a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.”, y el artículo 12.1 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, dispone que los Estados Partes “reconocen **el derecho de toda persona** al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

El fundamento de la universalidad de la asistencia sanitaria pública se encuentra, por tanto, en el concepto filosófico y jurídico de persona, en la dignidad que le es inherente por el solo hecho de tener la cualidad de humano, en su derecho a vivir, y en la inteligencia de que la salud, por ser el bien máspreciado del ser humano, es algo básico y esencial en su devenir, esto es, en la percepción de que le es algo imprescindible para su pleno desarrollo como ser humano libre y consciente, y para poder ejercer su capacidad de actuar y de autorrealizarse. En efecto, si se asume como un dogma que toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física por su mera condición de ser humano, así como al libre y pleno desarrollo de su personalidad y de sus capacidades, la salud resulta ser una cualidad esencial en la persona, es su bien máspreciado, y, por ende, pasa a ser un atributo a proteger en cuanto necesario en la vida de la persona, incluso imprescindible para tener una vida de calidad y para el adecuado desenvolvimiento y desarrollo de las potencialidades como ser humano.

De ahí que, actualmente, todas las Constituciones y las declaraciones internacionales de derechos humanos del mundo accidental, así como la UE a través de la Carta de Derechos Fundamentales, hayan proclamado el derecho a la protección de la salud como un derecho propio de toda persona en razón de su cualidad de ser humano, no en su condición de persona socialmente activa y productiva, derecho que comprende, además de la protección de la salud colectiva, la protección de la salud individual mediante acciones dirigidas tanto a prevenir las causas de enfermar como a la restauración de la salud en los casos en que se pierde. Es más, el derecho internacional lo conforma materialmente como un derecho fundamental.

En nuestra Constitución, el derecho a la protección de la salud (art. 43) tiene una íntima conexión con el derecho a la vida e integridad física (art. 15), con el derecho a la libertad real (art. 17) pues la salud

77 PEMÁN GAVÍN, J. M., *ibidem*, p. 57., justifica esta ausencia de pronunciamiento señalando que en los países desarrollados el papel que desempeña el derecho a la protección de la salud en el nivel de la justicia constitucional es bien modesto, pues los problemas se resuelven por la jurisdicción ordinaria casuísticamente y sin pronunciamientos globales.

78 FORSTHOFF, E., definió el Estado social diciendo que es un Estado que garantiza la subsistencia y, por tanto, es Estado de prestaciones y de redistribución de riqueza. “Problemas constitucionales del Estado social” en *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 49.

es condición material necesaria para ejercerla, con el Estado Social (art. 1.1), y con la dignidad de la persona (art. 10.1), y en razón de estas conexiones ha de calificarse la salud como una necesidad básica del ser humano y, por ende, el derecho a la protección de la salud, desde la óptica axiológica, materialmente como un derecho fundamental y universal. En este orden de cosas, no puede obviarse que el establecimiento normativo de barreras legales o económicas al acceso a la asistencia o a determinadas prestaciones sanitarias, impidiendo o dificultando seriamente un efectivo tratamiento médico o farmacéutico con la consecuencia de que de esa desatención sanitaria se derive para la persona desatendida un empeoramiento de su salud, supone una directa vulneración de su derecho a la integridad física, y recuérdese que el art. 15 CE establece que **todos** tienen derecho a la integridad física.

A todo lo anterior, hay que añadir que el alto o máximo valor que ha de otorgarse al bien salud ha tenido en nuestro país un buen reflejo en el Derecho autonómico. En efecto, como ha subrayado GARRIDO CUENCA⁷⁹, las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía caminan abiertamente en esta dirección⁸⁰, y la mayoría de las Comunidades Autónomas, a través de su propia normativa, han culminado para el ámbito de su Comunidad Autónoma el proceso de universalización de la asistencia sanitaria pública⁸¹.

Así pues, sea cual sea el modelo político por el que se opte en un futuro, intervencionista o abstencionista, social o liberal, hay cuestiones que, por existir consenso general por parte de las sociedades y organismos científicos en que son pilares básicos en el mantenimiento y desarrollo de toda sociedad humana y de cualquier sistema socio-político, resultan irrenunciables por parte de los poderes públicos. En-

79 “El derecho a la protección de la salud en los Estatutos de Autonomía: propuestas para un derecho prestacional universal de nueva generación”, en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 130.

80 Los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de Andalucía han incorporado en su última reforma unos contenidos del derecho a la protección de la salud, si bien en general centrados en enumerar derechos de los usuarios más que a describir prestaciones asistenciales, que funcionarían como un contenido mínimo indisponible por el legislador ordinario de esas Comunidades Autónomas.

81 Pues verse este proceso en BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales”, en *Derecho y Salud en la Unión Europea*, (Dirección: Pérez Gálvez y Barranco Vela), Editorial Comares, 2013, pp. 130 a 132.

tre ellas, en mi criterio, se sitúa la plena universalización de la asistencia sanitaria pública en lo subjetivo y en lo sustantivo.

En fin, como ha dicho el Tribunal Constitucional, se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Por consiguiente, en razón de lo expuesto, en mi criterio, ese núcleo esencial intocable comprendería en el ámbito subjetivo, cuando menos, la asistencia de colectivos necesitados de especial protección, y la asistencia sanitaria completa (ordinaria y urgente) y gratuita a todas aquellas personas que estén en nuestro país, tengan o no la condición de residentes, y que carezcan de los medios económicos suficientes para sufragar sin empobrecerse una asistencia sanitaria privada o una pública a través de copagos. Cuando recibir asistencia sanitaria comporte empobrecerse, tal evento implica dificultar el ejercicio del derecho más allá de lo razonable, cuando no hacerlo impracticable.

Es más, sin perjuicio de ese núcleo esencial indisponible, por lo razonado antes, entiendo que el derecho a la asistencia sanitaria pública, corolario lógico del derecho a la protección de la salud, lo detenta todo ser humano por ser la salud un bien básico e imprescindible para ejercer su libertad y para desarrollarse y realizarse como ser humano. Se es titular del derecho simplemente por tener la cualidad de ser humano. A lo anterior cabe añadir que la sanidad pública se financia en nuestro país exclusivamente a través de impuestos, no a través de cuotas a la Seguridad Social, y las personas con rentas altas no afiliadas a la Seguridad Social pagan impuestos, y si pagan impuestos también financian la sanidad pública. Si todo esto es así, como lo es, todas las personas que de hecho residan en nuestro país, con independencia de su capacidad económica y su situación administrativa, tienen derecho a la asistencia sanitaria pública en igualdad de condiciones. Por tanto, resulta obligada la universalidad de la asistencia sanitaria pública. Hoy es un axioma defendido sin fisuras por la generalidad de la doctrina científica.

c) Regresión en la universalización de la asistencia sanitaria pública.

En lo que hace a la equidad en el acceso al sistema sanitario, la paulatina evolución hacia la universalidad de la asistencia sanitaria propiciada por la

Ley General de Sanidad y continuada por la Ley de Cohesión y Calidad del SNS, así como por los Estatutos y diversa normativa autonómica, acaba de sufrir un fuerte y regresivo golpe en toda su línea de flotación. En efecto, los profundos cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, han desconocido y violentado seriamente el principio de justicia en su vertiente de acceso equitativo al sistema, de manera que el sistema sanitario preste los cuidados necesarios y posibles que cada persona precisa en cada momento para la protección y, en su caso, restauración de su salud, sin que ello le signifique un empobrecimiento. Las medidas regresivas que se han instaurado afectan de una forma muy negativa a las personas desfavorecidas económicamente dificultándoles de una manera significativa el acceso al sistema sanitario y a sus prestaciones, aumentando así la brecha social entre ricos y pobres en términos de salud. Es más, en mi criterio, violentando el contenido mínimo o núcleo esencial irreversible del sistema sanitario.

En efecto, se han redefinido los requisitos para ser titular del derecho a la asistencia sanitaria pública. Se pasa de la condición de ciudadano a la de asegurado. La rúbrica del nuevo art. 3 de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS cambia de “*Titulares de los derechos*” a “*De la condición de asegurado*”. Ya no se habla de personas o ciudadanos, sino de asegurados y beneficiarios, y se da un paso atrás en la universalización de la asistencia sanitaria al excluir diversos colectivos, particularmente a los inmigrantes en situación administrativa irregular⁸². Como es bien conocido, quedan fuera del sistema de aseguramiento los siguientes colectivos: a) los españoles a partir de los 26 años de edad que dejan de ser beneficiarios, salvo que acrediten no superar el límite de ingresos determinado reglamentariamente⁸³; b) los religiosos, los funcionarios y exfuncionarios jubilados de Navarra acogidos al uso especial, etc., que no cotizan a la

Seguridad Social; c) los inmigrantes en situación administrativa irregular, aunque estén empadronados, a los que no se les reconoce el derecho a la asistencia sanitaria salvo en los casos enumerados en el nuevo artículo 3 ter de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS, d) y en virtud de las modificaciones hechas con vigencia indefinida en la letra d) del número 2 del artículo 3 de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS y en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social a través de la incorporación de la disposición adicional sexagésima, por sendas disposiciones finales de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, pierden el derecho a la asistencia sanitaria los españoles desempleados sin subsidios no residentes en España, lo que ocurrirá cuando la persona esté más de 90 días fuera del territorio español.

Además, puede observarse una evidente contradicción en la pretendida justificación económica de esa restrictiva medida, pues, de un lado, pretende ahorrar y racionalizar el gasto excluyendo a los inmigrantes en situación administrativa irregular, y, de otro, a través de la normativa de desarrollo (Real Decreto 1192/2012), amplía la cobertura de la asistencia sanitaria pública a los mayores de 26 años no cotizantes que perciban unas ingresos anuales de hasta 100.000 euros; medidas estas poco compatibles con el concepto de justicia social y distributiva pues, de un lado, se excluye de la asistencia sanitaria pública a los más desfavorecidos económicamente, y de otro, se incluye como beneficiarios de la asistencia sanitaria pública a personas que no son asegurados ni beneficiarios con bastante poder adquisitivo.

En suma, la actual ordenación sanitaria resultante de las medidas regresivas introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, no garantiza la equidad en el acceso a la asistencia sanitaria en términos de igualdad⁸⁴.

d) Regresión en la gratuidad de las prestaciones sanitarias.

Una de las novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, es diferenciar la Cartera común básica, exenta de participación económica de los usuarios, la Cartera común suplementaria, que recoge las prestaciones sujetas a portación del usuario (prestaciones farmacéuticas,

82 La prestigiosa revista británica *The Lancet*, Volume 382, ussue 9909, page 1977, 14 december 2013, publica un artículo titulado “Erosion of universal health coverage in Spain” en el que sus firmantes rechazan la retirada de la tarjeta sanitaria a 873.000 personas, en su mayoría inmigrantes administrativamente irregulares, por ser una decisión que va en sentido contrario a los dictado por las resoluciones de la ONU que insta a los gobiernos a “acelerar el progreso hacia el acceso universal a servicios sanitarios asequibles”. Ello, unido a los recortes presupuestarios (13,7% en 2012 y 16,2% en 2013) y a los incrementos en el copago farmacéutico, consideran está poniendo en riesgo la salud colectiva y erosionando el derecho subjetivo a la protección de la salud.

83 El Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, extendió la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

84 Véase el documento “El principio de justicia en el sistema sanitario” elaborado por el Comité de Bioética de Catalunya en junio de 2013.

ortoprotésicas y productos dietéticos), y la Cartera de servicios accesorios, que recoge las actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y respecto de las que se dispone la aportación económica de los usuarios o el reembolso. El nuevo sistema de copago farmacéutico establecido por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, se compadece muy mal con el principio de justicia social y distributiva, ya que muchas personas que no encajan en alguno de los supuestos de exención establecidos por la referida norma, y que, por tanto, deben realizar la aportación económica que les corresponde según su nivel de renta (40% en caso de renta inferior a 18.000 euros y sin poder disfrutar del tope máximo de 8,26⁸⁵ euros mensuales por no ser pensionistas con tratamientos de larga duración), sin embargo, tienen serias dificultades para hacer esa aportación económica del 40% del coste de los medicamentos, e, incluso, no pueden hacerla, al carecer de ingresos propios y no percibir ayuda o prestación económica alguna por parte de las Administraciones públicas. En el caso de estas personas, la carga económica de tener que abonar el 40% del precio de los medicamentos, carga que no pueden asumir con la consecuencia de que no pueden tomar la medicación indicada, entraña o puede entrañar tanto una lesión de su derecho constitucional a la protección de la salud como de su derecho a la integridad física.

Además de copago en las prestaciones farmacéuticas, que incluso se ha extendido a los medicamentos de dispensación hospitalaria, también se ha establecido en otras prestaciones, como prótesis y productos dietoterápicos.

El copago sanitario tiene dos objetivos: el recaudatorio y el de servir de regulador de los flujos de los pacientes evitando supuestos usos abusivos, y dos modalidades: el copago que implica abonar parte del coste de la prestación recibida, y el ticket moderador concebido como un peaje por utilizar un servicio. Análisis empíricos de los resultados en países en que se han implantado modalidades de copago concluyen que la capacidad recaudatoria queda neutralizada por los gastos de implementación y administración, y que al copago siempre acompaña una disminución en el uso adecuado de los servicios sanitarios principalmente por los débiles económicamente, lo que promueve la inequidad. También aprecian que el copago no tiene capacidad para contener el gasto sanitario a medio y largo plazo, ya que reduce vistas médi-

cas necesarias, perjudicando a los ancianos y demás personas económicamente débiles, pero termina alargando las estancias hospitalarias cuando, finalmente, necesitan ser atendidos, lo que resulta mucho más caro⁸⁶. En cualquier caso, ninguno de los dos objetivos que persigue el copago sirven para garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario, y, además, no armonizan, como es preciso, con los principios de justicia y equidad pues empobrece a las personas.

Por otra parte, cabe señalar que la aplicación del tipo general del 21 % de IVA para los productos sanitarios perjudicará a los pacientes crónicos y dependientes. Para estos enfermos debería establecerse un IVA reducido del 10%, asimilable al tratamiento que tienen los productos sanitarios destinados a las personas con discapacidad.

e) Regresión en el quantum prestacional.

El *quantum* prestacional es uno de los elementos clave para la determinación del efectivo contenido del derecho a la protección de la salud en su vertiente de derecho a la asistencia sanitaria. Respecto a las prestaciones sanitarias cabe preguntarse si es legítimo exigir todo para todos. Si los recursos son escasos, parece lícito poner un techo limitando el número de prestaciones sanitarias que facilita el sistema público, tanto gratuitas como sometidas a copago. Pero, aceptado esto y atendiendo a los principios de justicia y de equidad ¿qué prestaciones han de excluirse de las Carteras común básica y suplementaria y respecto de quiénes?

El quantum viene determinado por el Catálogo de Prestaciones Sanitarias y la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud (Ley de Cohesión y Calidad del SNS y Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre), además de por las prestaciones complementarias que puedan establecer cada Comunidad Autónoma con cargo a sus propios fondos. Dispone el artículo 20 de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS que en la elaboración del contenido de la Cartera se tendrá en cuenta la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas,

⁸⁶ Véase al respecto, BENACH, J., TARAFÁ, G. Y MUNTANER, C., "El copago sanitario y la desigualdad: ciencia y política." en *Gaceta Sanitaria*, Volumen. 26. nº 1, enero-febrero 2012, pp. 80 a 82; "Copago. Conclusiones desde la evidencia científica." Semfyc-Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, 2010, Documento nº 29; REPULLO LABRADOR, J. R. "Copago sí, copago no: revisando modalidades y efectos de los costes compartidos en el contexto sanitario europeo" en *AMF (Actualización en Medicina de Familia)*, volumen 5, nº 11, 2009, pp. 625 a 632.

⁸⁵ Resolución de 18 de diciembre de 2013 (BOE de 30 de diciembre de 2013).

así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, así como su impacto económico y organizativo, y que, en cualquier caso, no se incluirán en la Cartera común de servicios aquellas técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento no esté suficientemente probada. A su vez, el artículo 21.5 establece que la exclusión de una técnica, tecnología o procedimiento actualmente incluido en la Cartera de servicios se llevará a cabo cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) evidenciarse su falta de eficacia, efectividad o eficiencia, o que el balance entre beneficio y riesgo sea significativamente desfavorable; b) haber perdido su interés sanitario como consecuencia del desarrollo tecnológico y científico; c) dejar de cumplir los requisitos establecidos por la legislación vigente.

Analizando el contenido de las Carteras común básica y suplementaria de prestaciones sanitarias, cabe apreciar quiebras del principio de justicia social y distributiva, de la equidad, de un lado, por la histórica no inclusión de determinadas prestaciones dirigidas para colectivos muy vulnerables y con acusada debilidad económica (por ejemplo, prótesis bucodentales para ancianos, etc.), ignorando el criterio establecido en el artículo 20 de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS de que en la elaboración de la Cartera habrá de considerarse “el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales”, y, de otro lado, por las recientes exclusiones⁸⁷ de determinadas prestaciones y servicios, así como de un buen número de medicamentos (417), que dejan desprotegido a un amplio sector de población con escasos recursos económicos para poder asumir el coste íntegro -precio comercial- de los medicamentos excluidos, pues, aunque no sean esenciales, bastantes de ellos son necesarios para la disminución del dolor y el sufrimiento, siendo de mucha prescripción por los médicos de atención primaria⁸⁸. En cualquier caso, la expulsión de la mayoría de estos medicamentos de la Cartera no encaja en ninguno de los motivos

de exclusión del citado artículo 25.1. Además, estas exclusiones, por afectar indiscriminadamente a toda la población, incrementarán las desigualdades sociales en salud.

f) En torno a la financiación del sistema sanitario público.

En las inequidades e iniquidades que acabo de describir subyace el problema de financiación del sistema sanitario público. Estas medidas regresivas se tratan de justificar aduciendo que el actual sistema sanitario público es insostenible económicamente y que, por ello, es imprescindible su racionalización reduciendo la oferta (disminución de la Cartera de servicios) y reduciendo la demanda (exclusión de colectivos de personas del sistema sanitario público e incentivos al no consumo tipo el copago de prestaciones y productos sanitarios, particularmente de prestaciones farmacéuticas, de manera que la pretendida racionalización se concreta en meros recortes del gasto sanitario en lugar de procurar una mayor eficiencia en la gestión que contenga el gasto.

Empero, frente al tópico de que el sistema sanitario público es insostenible económicamente porque los recursos son finitos y se imponen los recortes y la privatización o la gestión privada de servicios sanitarios (externalización de servicios) como únicos medios de contención y reducción del gasto, cabe oponer que más bien es un problema de priorización del gasto público en atención a la naturaleza de cada servicio a financiar, y hay consenso general en afirmar la *esencialidad* del servicio público dirigido a hacer efectivo el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos. Y si bien es del todo cierto que los presupuestos públicos son limitados, finitos, en su conjunto, también es cierto que puede aumentarse la cantidad destinada al gasto sanitario disminuyendo las cantidades asignadas a otros gastos discrecionales, como el militar, y suprimiendo partidas presupuestarias destinadas a gastos superfluos (gabinetes de altos cargos, por ejemplo). Creo oportuno citar aquí las palabras pronunciadas por Teresa LÓPEZ LÓPEZ, Presidente del Comité de Bioética de España, en su intervención en las XIII Jornadas de la Asociación de Bioética de la Comunidad de Madrid, tituladas “Justicia Distributiva y Sanidad”, celebradas el 22 de mayo de 2013, donde dijo que “no es que no haya dinero, que no lo hay, es que lo que hay está mal distribuido” añadiendo que “hay cientos y cientos de partidas presupuestarias de las

⁸⁷ Resolución de 2 de agosto de 2012 (BOE de 17 de agosto de 2012).

⁸⁸ Entre las exclusiones aparecen principios activos que tienen efectividad demostrada y que son necesarios para tratar síntomas de diversas enfermedades, algunas de ellas graves, tanto agudas como crónicas. También aparecen algunos, como la acetilcisteína, que están recogidos en la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud.

que se podría prescindir”⁸⁹. A mayor abundamiento, cabe recordar que conforme al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, ratificado por nuestro Estado el 27 de abril de 1977, España está obligada a procurar la mayor efectividad del derecho a la protección de la salud **hasta el máximo de los recursos económicos de que disponga**. Como ha subrayado CANTERO MARTÍNEZ⁹⁰, de la firma por España del Pacto se deriva una obligación de prioridad de gasto sanitario al adoptar decisiones sobre el gasto público respecto de otras partidas discrecionales. En fin, preciso es traer a colación que el gasto sanitario en España en el año 2011 rondaba el 9,3% de su PIB mientras que el de la zona euros se sitúa en el 12%⁹¹. Afirma NAVARRO⁹² que todos los indicadores permiten llegar a la conclusión de que el gasto público sanitario es más bajo de lo que debería ser por el desarrollo económico que tiene España. A lo anterior ha de añadirse que nuestro problema presupuestario no es tanto de gasto excesivo como de falta de ingresos (fiscalidad). Baste recordar que el año 2011 los ingresos del Estado español fueron el 34,5% de su PIB, mientras que los de la eurozona fueron el 44,4% de su PIB.

Frente al incremento del presupuesto sanitario se objeta que la demanda de servicios sanitarios es potencialmente infinita y que podría terminar absorbiendo todas las partidas presupuestarias. Pero esto no es algo fuera de control e inevitable⁹³, pues, en todo caso, es inimaginable que un Estado termine dedicando el cien por cien del presupuesto a gasto sanitario. En definitiva, difícilmente puede sostenerse que universalizar totalmente nuestro sistema sanitario público y garantizar un *quantum* prestacional adecuado sea algo insostenible económicamente.

No obstante, también es cierto que estos últimos

89 Véase Diario Médico de 27 de mayo de 2013.

90 “Las políticas sanitarias de carácter regresivo ¿qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico?”, en *Revista Derecho y Salud*, Volumen, 23, núm. 2, julio-diciembre de 2013, p. 122.

91 Informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

92 NAVARRO, V., “El error de las políticas de austeridad, recortes incluidos, en la sanidad pública”, en *Gaceta Sanitaria*, vol. 26, núm. 2, 2012, p. 174.

93 CASADO, A., *Bioética para legos. Una introducción a la ética asistencial*, CSIC-P y V, 2009, p. 117, cita al economista Oppenheimer, quien tras estudiar la situación en Gran Bretaña, concluyó que la demanda de servicios sanitarios no es tan infinita como se piensa ya que “la cantidad de demanda de un servicio gratuito se estabiliza en el punto en que los clientes no ven beneficios adicionales en recurrir una vez más al servicio en cuestión.”

años el gasto público sanitario está por encima del presupuestado, lo que conlleva un déficit que va acumulándose cada año, y es obvio que presupuesto y gasto han de estar parejos. Ello exige ajustes y una mayor racionalización del gasto. En este aspecto queda mucho por trabajar para hacer nuestro sistema sanitario eficaz y eficiente en términos económicos⁹⁴. El Tribunal Constitucional, en su Auto 96/2011, de 21 de junio, ya dijo que la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponible y favorecer un uso racional del sistema sanitario. Por ejemplo, una adecuada dotación económica y programación de la prevención y promoción de la salud (acciones de salud pública) y de la atención primaria, reducen significativamente los futuros costes del sistema sanitario. Sin embargo, puede afirmarse sin riesgo de exagerar que la promoción y la prevención de la salud han sido acciones tradicionalmente postergadas e, incluso, desdeñadas por los políticos responsables de la sanidad.

2. El principio de justicia en la programación de la salud comunitaria y en la gestión de la asistencia sanitaria.

a) Equidad en salud. Acciones de salud comunitaria.

Como ya he descrito antes, la equidad en salud exige, de un lado, la ausencia de diferencias injustas y evitables en salud entre personas o grupos de personas, actuando para ello sobre determinantes sociales de salud con políticas intervencionistas efectivas y bien dotadas para disminuir la morbi-mortalidad de las personas y colectivos más necesitados, así como para reducir las desigualdades sociales relacionadas con la prevalencia de determinadas enfermedades.

En mayo de 2010, se elaboró el documento “*Avanzando hacia la equidad: propuesta de políti-*

94 Sobre estas cuestiones, PALOMAR OLMEDA, A., “El modelo de sanidad pública: algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial”, en *Tratado de Derecho Sanitario*, Tomo I, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 86 a 101, desarrolla una interesantes consideraciones en torno a los retos actuales para la sostenibilidad del modelo sanitario. Véase también VIDA FERNÁNDEZ, J., “Sostenibilidad del sistema sanitario. Crisis económica, prestaciones sanitarias y medidas de ahorro.”, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011, pp. 13 a 34.

cas e intervenciones para reducir las desigualdades sociales en salud en España”⁹⁵. Conforme a este documento, las actuaciones para avanzar en la equidad en salud tienen especial aplicación en la atención primaria por ser la puerta de entrada al sistema. Sin embargo, la realidad es que la atención primaria apenas desarrolla acciones comunitarias pues, de un lado, se encuentra totalmente desbordada por la demanda cotidiana de asistencia sanitaria, y de otro, los profesionales sanitarios de atención primaria tienen una deficiente preparación en acciones de salud comunitaria⁹⁶. En este importante ámbito falta equilibrar las intervenciones clínicas con las intervenciones comunitarias sobre los determinantes sociales de salud.

La reciente Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, cuyo eje conductor es la justicia social y distributiva en salud, patrocina políticas que incidan en los determinantes sociales de salud al objeto de superar las desigualdades en salud, esto es, al objeto de propiciar una mayor equidad en salud. Esta Ley ha incorporado decididamente el principio de salud en todas las políticas públicas. Empero, se ha dicho⁹⁷ que la sola mención de políticas y acciones en la Ley no basta pues su efectividad requiere cambios estructurales a nivel institucional, una implicación de la ciudadanía, así como una dotación presupuestaria explícita. Sin embargo, obligado es decirlo, la Ley es bastante deficitaria en establecer garantías para la efectividad de las intervenciones de salud pública que se han de instrumentar⁹⁸, y su puesta en práctica, salvo en el tema de la desigualdades en salud de género, es mínima. Las dotaciones presupuestarias son prácticamente inexistentes, incluso a partir de la entrada en vigor de la Ley.

b) Equidad en el acceso a la asistencia sanitaria y a determinadas prestaciones. Desigualdades.

95 Ministerio de Sanidad y Política Social 2010. Disponible en <http://www.mspsi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/promocion/desigualdadSalud/docs/Propuesta.Politicas.Reducir.Desigualdades.pdf>.

96 Véase al respecto “Las desigualdades sociales en salud y la atención primaria. Informe SESPAS 2012”, en *Gaceta Sanitaria*, Informe SESPAS 2012, vol. 26, monográfico 1, 2012, pp. 6 a 13.

97 Grupo de Salud Pública. Seminario de Investigación en Bioética. Facultad de Medicina. Universidad Complutense de Madrid, “Principios inspiradores en materia de salud pública” en *Retos en Salud Pública*, Fundación Salud 2000, Editorial Comares, 2011, p. 142.

98 Las garantías que aparecían en los primeros borradores paulatinamente fueron desapareciendo.

Analizando la asistencia sanitaria del sector público y del privado conjuntamente, se observa una quiebra del principio justicia respecto a las consultas de atención especializada y las hospitalizaciones no urgentes, pues las personas con mediano o mayor poder adquisitivo suelen disponer de seguros médicos privados que les da acceso a los especialistas y a la hospitalización no urgente de forma directa y rápida, sin sufrir listas de espera, así como a algunas prestaciones no cubiertas por el sistema público, lo que se traduce en una desigualdad en el acceso y utilización del conjunto de servicios sanitarios y en acceso a algunas prestaciones no cubiertas por el sistema público, difícilmente justificable desde la óptica del principio de justicia en un Estado social.

Obviamente, esta desigualdad es constitucionalmente válida desde la óptica de la economía de mercado, pero no se compadece bien con el principio de justicia en cuanto lo que está en juego es el valor o bien básico de la salud. No es equitativo que la capacidad de pago de las personas condicione una mejor o una peor cobertura sanitaria permitiéndose que para los mismos servicios y prestaciones sanitarias exista un sistema público gratuito y uno privado de pago, esto es, posibilitando que las personas de rentas altas tengan una mejor y más rápida asistencia sanitaria. A medio y largo plazo este régimen termina generando una desigualdad en salud⁹⁹.

99 Esta desigualdad se ha tratado de evitar en Canadá mediante un sistema sanitario público universal financiado con fondos estatales, que persigue que los residentes en Canadá tengan un acceso razonable a los servicios hospitalarios y médicos esenciales sin tener que pagar directamente por ellos. Este sistema prohíbe contratar seguros privados para cubrir servicios que se encuentren dentro de los prestados por el sistema público. Fuera de los servicios identificados como médicamente necesarios, las aseguradoras privadas pueden ofertar libremente servicios complementarios, pero no los incluidos en la cartera pública. Este régimen se fundamenta en el objetivo de proteger un sistema sanitario público universal disociado del consumo. Lo que se pretende, en definitiva, es instaurar un servicio público fuerte cuyas coberturas no dependan de la capacidad de pago de los usuarios.

Este sistema ha sido objeto de controversia judicial. La cuestión era: ¿suponen las disposiciones legales que prohíben suscribir seguros que permitan obtener del sector privado servicios de salud ya dispensados por el sistema público (obligándoles por tanto a soportar las listas de espera que en él existen) un atentado contra el derecho fundamental a la vida y la integridad de las personas? En caso afirmativo, ¿es este atentado justificable de acuerdo con las correspondientes disposiciones constitucionales?

La Corte de Apelación de Quebec, reunida en Montreal el 22 de abril de 2002, ratificó la sentencia de instancia, entendiendo de nuevo que el sistema sanitario público no hacía sino reflejar una opción legítima de la sociedad primando los intereses colectivos en materia sanitaria sobre los individuales, y sin que hubiese quedado probado en ningún momento que la prohibición de suscribir seguros privados para los servicios prestados por el sistema público supusiera un peligro real e

c) *Equidad en la asistencia sanitaria. Discriminaciones varias. Tres ejemplos.*

- En atención al principio de justicia puede afirmarse que hoy se sigue estigmatizando y discriminando a los enfermos mentales, siendo un colectivo de pacientes respecto de los que los Servicios Sanitarios no invierten lo suficiente en recursos asistenciales. El proceso de reforma de la asistencia psiquiátrica nunca ha sido prioritario en los planes de salud y actualmente está ralentizado, cuando no bloqueado, en diversas Comunidades Autónomas por falta de decisión política y, principalmente, por falta de medios económicos. Áreas en las que la escasez de recursos asistenciales es especialmente llamativa son la rehabilitación psiquiátrica (falta de estructuras intermedias y de reinserción social, de alojamientos alternativos, etc.) y la asistencia a los problemas de salud mental para niños y adolescentes¹⁰⁰.

- Las enfermedades raras son objeto de una deficiente atención asistencial fundamentalmente por falta de terapias y de productos farmacéuticos para tratarlas. Su alta complejidad y baja prevalencia (se consideran las que afectan a menos de 5 personas por cada 10.000) las hace muy poco atractivas para la investigación biomédica privada. El desarrollo de terapias y fármacos para tratar estas enfermedades requiere un decidido apoyo público que haga atractiva la investigación y el desarrollo de medicamentos. Hoy por hoy este apoyo es prácticamente inexistente; es más simbólico que real¹⁰¹.

- LARIOS RISCO¹⁰² ha evidenciado las inequidades que puede generar el actual régimen jurídico de la obtención, almacenamiento y uso de las células

inminente para la vida de las personas. Sin embargo, la Corte Suprema de Canadá, en una controvertida sentencia de 9 de junio de 2005 y en ajustadísima mayoría, decidió invalidar la prohibición de suscribir seguros privados para los cuidados médicos ofertados por el sistema público sanitario, porque los retrasos debidos a las listas de espera aumentan el riesgo de mortalidad de los pacientes y/o la gravedad de sus heridas, al menos para ciertas personas y en ciertas circunstancias, y este atentado no resulta justificable. Véase, BOTO ÁLVAREZ, A., "La estructura del sistema sanitario canadiense y el debate sobre los derechos de acceso en Quebec" en *Revista de Administración Pública*, núm. 184, 2011, pp. 307 a323.

100 Sobre esta deficiencias, SANTANDER, F. Y HERNANZ, M. "Conflictos y dilemas éticos en la atención psiquiátrica", en *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria*, vol.1, núm. 2, 2001, p. 134.

101 El año 2013 fue declarado el año español de las enfermedades raras, pero no pasó de esa mera declaración.

102 "Régimen jurídico de la utilización terapéutica de la sangre del cordón umbilical", en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 1058 a 1063.

madre del cordón umbilical, por la posibilidad derivada del almacenamiento privado de la sangre del cordón umbilical para un hipotético beneficio individual o familiar, y respecto al acceso a los trasplantes de progenitores hematopoyéticos de la sangre del cordón umbilical.

d) *Equidad en la asistencia sanitaria. Criterio de responsabilidad.*

Atendiendo al principio de justicia distributiva, se postula que es de justicia implementar políticas públicas que exijan a las personas que actúan libremente, pero con imprudencia (corredores en los encierros de San Fermín, practicantes de deportes de riesgo, etc.) y que sufren daños físicos con ocasión de esa actividad, que suscriban un seguro médico o que retribuyan a los servicios públicos sanitario los costos de los recursos sanitarios que se han utilizado para atender las lesiones provocadas por sus imprudencias y de las que ha de tenerseles por responsables. Se entiende que la sanidad pública no debe permitirse el lujo de financiar los antojos recreativos o deportivos de estas personas¹⁰³. Para personas cotidianamente irresponsables con su salud (fumadores, alcohólicos, drogadictos, obesos, etc.) se postula una suerte de copago (primas o impuestos específicos)¹⁰⁴. En suma, el criterio de la responsabilidad del paciente debe ser un componente en la justa distribución y asignación de recursos.

e) *Equidad en la asistencia sanitaria. Priorización de pacientes.*

Conforme a la llamada ética de costes en un contexto de escasez de recursos, los economistas de la salud se han planteado si existe obligación en justicia de facilitar todo tipo de asistencia sanitaria y de atender con todos los recursos a todos los enfermos. Se ha dicho que la justicia distributiva debe regirse por la relación coste-beneficio, y que no es ético derrochar recursos con los que se podrían lograr mayores bene-

103 En este sentido, ZÚÑIGA FAJURI, A., "Autonomía, salud y responsabilidad: ¿se puede responsabilizar al enfermo «culpable» de su enfermedad", en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 841. Igualmente, DE LORA, P. y ZÚÑIGA FAJURI, A., *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Iustel, 2009, p. 292.

104 DE LORA, P. y ZÚÑIGA FAJURI, A., *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Iustel, 2009, p. 309.

ficios sanitarios¹⁰⁵. Se postula que hay que establecer prioridades asistenciales persiguiendo la mayor utilidad posible en relación con los limitados recursos económicos, humanos y técnicos disponibles¹⁰⁶. Así, caben preguntas como a) si hay que priorizar la edad (jóvenes frente a ancianos), particularmente en áreas como los trasplantes; b) si ha de valorarse la conducta individual (fumadores, alcohólicos, drogadictos, acciones imprudentes); c) si hay que postergar tratamientos a personas graves que mejoran muy poco en favor de tratamientos a personas menos graves que mejoran notablemente; etc.

En definitiva, el principio de justicia social y distributiva exige a los responsables de la organización de los servicios sanitarios y al personal sanitario velar por la equidad y ser buenos gestores y administradores de los recursos y de los servicios, que deberán programar y utilizar de una forma efectiva y eficiente, evitando actuaciones sanitarias inadecuadas, para lo que, entre otras cosas, hay que establecer criterios de priorización de pacientes¹⁰⁷.

Ejemplos en el ámbito de la programación de actividades sanitario-asistenciales:

- La gestión de las listas de espera está muy condicionada por el principio de justicia distributiva a efectos de fijación de prioridades. Los criterios de justicia a seguir para organizar y gestionar una lista de espera pueden ser de dos tipos: igualitarios, que no tienen en cuenta las características individuales de las personas y sus circunstancias clínicas y sociales, y utilitaristas, que las tienen en cuenta. Así, los criterios normalmente utilizados en la gestión de listas de espera son los siguientes: a) criterios relacionados con la carga de la enfermedad para el paciente: dependencia de otras personas, gravedad de la enfermedad; b) criterios relacionados con la carga de la enfermedad para el sistema sanitario y el social: utilización de los servicios sanitarios durante la

espera, bajas laborales; c) criterios relacionados con el beneficio médico neto: efectividad de la asistencia, beneficios que excedan de los riesgos; d) criterios relacionadas con las características personales y sociales: edad, particularidades físicas, estilos de vida o conductas de riesgo, nivel socioeconómico, nivel ocupacional, cargas familiares, residencia; e) criterios relacionados con el coste del procedimiento o de la enfermedad: pauta de necesidad: priorizar a quienes se encuentran en una situación inicial peor y, si no acceden a la asistencia, quedarán en peor situación, pauta utilitarista: priorizar en razón de incrementos de bienestar: no se prioriza a quien parte de la peor situación, sino a quien más puede ganar con la asistencia; f) criterios relacionados con la carga de la lista de espera: orden de entrada en la lista, volumen de espera, tiempo de espera, tiempo de resolución, demanda social¹⁰⁸. Suelen combinarse varios de estos criterios mediante sistema de puntos en función de variables clínicas y preferencias sociales. Normalmente, los criterios de priorización de pacientes los establecen los profesionales sanitarios y no son de general conocimiento. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, anunció en septiembre de 2013 que está preparando un Real Decreto con el objetivo de establecer prioridades y unificar los criterios clínicos que las Comunidades Autónomas deben seguir para atender a los pacientes que tienen en lista de espera, tanto para la realización de pruebas diagnósticas como para intervenciones quirúrgicas. Informa el Ministerio que establecerá criterios de priorización en intervenciones y pruebas diagnósticas, como la gravedad, el impacto en la salud futura, criterios clínicos y funcionales. En cualquier caso, en razón de características personales, circunstancias sociales, grado o nivel de la enfermedad padecida, urgencia, etc., se fijan prioridades en las listas de espera, de manera que no se trata a todos por igual. Quizás, sea

105 CABASES HITTA, J. M., "La sanidad en España. Marco conceptual. Análisis de situación y recomendaciones en la perspectiva del 2020", en *Sanidad 2020. Un futuro incierto*. Circulo de Sanidad, 2013, p. 68.

106 SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., ABELLÁN PERPIÑAN, J. M., MARTÍNEZ PÉREZ, J. E., "¿Cómo se deben establecer y evaluar las prioridades en salud y servicios de salud? Métodos de priorización y disparidades regionales.", en *Gaceta Sanitaria*, vol. 22, suplemento 1, 2008, pp. 126 a 136.

107 SÁNCHEZ CARO, J., "Configuración actual de la relación clínica", en *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, Vol. 2, núm. 3, 2004, p. 451 ha subrayado la necesidad inexcusable de establecer criterios de priorización aunque sea un asunto delicado y espinoso por las discriminaciones que conlleva.

108 Véase entre otros trabajos, ADAM, P, ALOMAR S, ESPALLARGUES M, HERDMAN M, SANZ L, SOLA-MORALES O, TEBÉ C., "Priorización entre procedimientos quirúrgicos electivos con lista de espera del sistema sanitario público en Catalunya." Agencia de Información, Evaluación y Calidad en Salud. Servicio Catalán de la Salud. Departamento de Salud. Generalitat de Catalunya; 2010; CABASES HITTA, J. M., SÁNCHEZ IRISO, E, SAN MIGUEL INZA, F., "Instrumentos económicos para la priorización de pacientes en lista de espera: Los modelos de elección discreta.", en *Gaceta Sanitaria*, vol. 22, núm. 2, 2008, pp. 90 a 97; ABAD ROMERO, P, ÁLVAREZ GARCÍA, B, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, E, RODRÍGUEZ SAMPAYO, A., "Preferencias sociales en las decisiones públicas: Priorización de pacientes en listas de espera quirúrgicas", *Revista de Economía Pública*, Instituto de Estudios Fiscales, 179, 4/2006, pp. 113 a 134; ALLEPUZ, A., ESPALLARGUES, M., MARTÍNEZ, O., "Criterios para priorizar a pacientes en listas de espera para procedimientos quirúrgicos en el SNS", *Revista de Calidad Asistencial*, vol. 24, núm. 5, 2009, pp. 185 a 191.

bueno que normativamente se fijen unos criterios comunes de priorización transparentes y estables.

- Desde la óptica de justicia distributiva, ¿es equitativo que, por razones de ahorro económico, en la organización de la asistencia sanitaria continuada y urgente de las Zonas Básicas de Salud se disponga el cierre nocturno de puntos de atención continuada de determinadas zonas rurales, dejando desprotegidos a ancianos, que son un colectivo muy significativo en los ámbitos rurales donde predomina la población envejecida, y con especiales dificultades para los desplazamientos? ¿Es argumento válido que son muy pocas las personas a atender y que el costo económico resulta desproporcionado?

- En el programa de trasplantes de órganos se plantea un serio problema desde la óptica del principio de justicia distributiva para decidir quiénes deben ser los beneficiarios del trasplante. Así, informa la Organización Nacional de Trasplantes que con el fin de garantizar los principios de igualdad y equidad los criterios se establecen teniendo en cuenta dos aspectos fundamentales: aspectos territoriales y aspectos clínicos. Los criterios territoriales permiten que los órganos generados en un determinado área o zona, puedan trasplantarse en esa misma zona, para disminuir al máximo el tiempo de isquemia (que es el tiempo máximo que puede transcurrir entre la obtención del órgano y su implante en el receptor). En los criterios clínicos se contemplan la compatibilidad donante/receptor y la gravedad del paciente. Existe un criterio clínico que está por encima de los criterios territoriales, la “urgencia 0” (paciente que no puede esperar más pues el riesgo de muerte es inminente). Un paciente en “urgencia 0” tiene prioridad absoluta en todo el territorio nacional. Si no hay “urgencia 0”, los órganos se asignan respetando los criterios territoriales. El equipo de trasplante decide, dentro de su lista de espera, qué paciente es el más indicado para recibir el órgano, siguiendo criterios clínicos: compatibilidad del grupo sanguíneo, características antropométricas, la gravedad del paciente, etc. En este contexto, ¿es ético discriminar por razones de circunstancias personales como la edad¹⁰⁹ o ser alcohólico? ¿Debe priorizarse a un joven sobre un anciano en un trasplante de pulmón o debe negarse un trasplante de hígado a un alcohólico? En fin, subraya

DE LORA¹¹⁰ que los trasplantes de órganos convocan muchas reflexiones interesantes para la teoría de la justicia distributiva, como las relativas a qué criterios de reparto entre potenciales candidatos debemos emplear; si, por ejemplo, la responsabilidad individual o la edad son los factores relevantes. En la ponderación de estos criterios se manejan dos posturas diferentes: una ética utilitarista que busca optimizar los beneficios y la utilidad, lo que justificaría discriminaciones, y una ética deontológica que da prioridad a la equidad e igualdad de acceso de todos por encima de la optimización de los resultados, lo que proscribiera discriminaciones.

- En lo que hace a discriminaciones por edad también cabe citar, por ejemplo, la denuncia de la Sociedad de Cardiología¹¹¹ basada en el estudio Pegaso, publicado en *Journal of Internal Medicine* del mes de diciembre de 2013, en el que se analiza el tratamiento recibido por 928 pacientes octogenarios con estenosis aórtica. Según concluye el estudio, más de la mitad de pacientes octogenarios con estenosis aórtica severa son tratados con terapia conservadora, un tratamiento paliativo que no mejora su pronóstico, cuando, aunque no son aptos para recibir cirugía convencional, sí podrían beneficiarse del remplazo valvular por vía percutánea (TAVI), que actualmente sólo están recibiendo un cuarto de estos pacientes mayores en España. El presidente de la sección de Cardiología Geriátrica de la Sociedad Española de Cardiología, afirma que “se trata de una discriminación clara por razón de edad, porque nadie podría llegar a plantearse una terapia conservadora paliativa en un paciente joven, teniendo en cuenta que la terapia paliativa significa que el 40 por ciento muere antes de un año y que una intervención como la TAVI permite una supervivencia del 75 por ciento”.

DE LORA y ZÚÑIGA FAJURI¹¹² describen los argumentos que se manejan para postergar a los ancianos en favor de niños o jóvenes: a) criterio de necesidad: la persona que va a morir habiendo tenido menos vida en el momento de morir es la más necesitada de vida biológica y de proyecto de vida a realizar (parece más trágico que en un accidente muera un adolescente que un anciano); b) criterio economista: los más necesitados, los jóvenes si son aten-

109 Por ejemplo, en trasplantes hepáticos a niños sobre adultos: según datos de la ONT, en el año 2012 el tiempo en lista de espera de receptores adultos ha sido de una media de 132 días, mientras que el tiempo de espera de los receptores infantiles ha sido de 97 días.

110 DE LORA, P., “Justicia y distribución de recursos. El caso de los trasplantes de órganos y tejidos”, en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 1015.

111 Diario Médico de 13 de diciembre de 2013.

112 *Ibidem*, pp. 276 a 279.

didados sanitariamente, garantizan un mejor resultado (la vida tendría una utilidad marginal decreciente); c) criterio de reparto justo: usando los recursos que se podrían gastar en prolongar la vida de los ancianos para tratar a pacientes jóvenes, se incrementan las opciones de que cada uno pueda vivir un “tiempo de vida normal” (las políticas sanitarias no serían injustas si tratan a jóvenes y ancianos de modo diferente, en la medida en que cada persona es atendida del mismo modo en el curso del tiempo de una vida). De estos criterios, los utilitaristas infieren que, suponiendo las condiciones apropiadas de escasez de recursos, el racionamiento basado en la edad parece moralmente justificado.

f) Principio de igualdad y discriminaciones por circunstancias personales.

Ciertamente, el artículo 14 de nuestra Constitución proscribe discriminaciones por circunstancias personales, si bien, el Tribunal Constitucional ha insistido en que la igualdad jurídica que predica el referido art. 14 no implica en todos los casos un tratamiento igual. Afirma el Tribunal Constitucional que la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 no puede ser entendida de un modo tan rígido que las circunstancias personales no puedan ser tomadas nunca en consideración cuando tales circunstancias son relevantes para la finalidad legítima perseguida (STC 69/1991, de 8 de abril). Así, por ejemplo, ha considerado no contraria a la Constitución una norma que excluía del acceso a determinado puesto de trabajo a quienes excedieran de determinada edad (STC 75/1983), y ha considerado legítima la diferenciación salarial conectada con la diferencia de edad cuando la edad es simplemente un signo de heterogeneidad en la naturaleza del trabajo, o en su valor (STC 31/1984). La legitimidad de un trato desigual por circunstancias personales está condicionada al concurso o no de causas justificativas del trato desigual, y una causa justificativa puede ser vincular el trato desigual a medidas de política sanitaria¹¹³. En todo caso, los criterios que deben cumplirse para que una diferenciación de trato por circunstancias personales o sociales no sea discriminatoria son, por un lado, la existencia de una justificación objetiva y razonable,

y por otro, que la diferencia de trato esté relacionada con la finalidad y efectos que se persiguen con la medida (STC 126/1997, de 3 de julio).

Pues bien, en aplicación de la ética de costes, que exige establecer prioridades asistenciales persiguiendo la mayor utilidad posible en relación con los limitados recursos económicos y humanos disponibles, ¿cabe considerar como objetivas y razonables discriminaciones en razón de la edad, por ser alcohólico o tener mayores cargas familiares, por ejemplo? Puede afirmarse que la vida de un anciano y la de un niño, la de una persona soltera y la de una persona con muchas cargas familiares, la de una persona drogadicta y la de una persona no drogadicta, son igualmente valiosas y que, por ello, merecen la misma consideración asistencial, o puede sostenerse que esas circunstancias personales, en el marco de la ética de costes en un mapa de recursos escasos, permiten discriminaciones, como darles prioridades bajas en las listas de espera (ancianos, drogadictos, tratamientos que reportan escasa utilidad, etc.) o prioridades altas (niños, personas con mayores cargas familiares, etc.) o excluirles de determinados programas asistenciales (trasplantes de órganos).

Desde una posición utilitarista se entiende moralmente justificado discriminar fijando criterios de priorización de pacientes en base a razones de eficiencia y maximización de utilidades, empero, se imputa al utilitarismo sacrificar derechos de las personas en favor de una concepción impersonal del bienestar colectivo. Desde un criterio igualitarista se defiende la igualdad para todos según la necesidad de cada uno, esto es, removiendo las desigualdades motivadas por circunstancias ajenas a cada uno (se trata de contrarrestar la lotería natural), por encima de los intentos de optimizar la utilidad social de las intervenciones. En opinión de DE LORA y ZÚÑIGA FAJURI¹¹⁴ razones de justicia distributiva exigen dar cabida a los juicios de eficiencia en el caso en que, ante igual necesidad y urgencia, existan diferencias significativas en los resultados. Entienden que la ordenación de criterios distributivos más justa es la que combina equidad, eficiencia y responsabilidad.

Es muy difícil, si no imposible, alcanzar un consenso social en torno a estas cuestiones, pues siempre habrá distintas sensibilidades contrapuestas. ¿La situación de enfermedad, sean cuales sean las circunstancias concurrentes, merece la misma consideración desde la óptica asistencial cuando los recursos son

¹¹³ Por ejemplo, el art. 6 de la Directiva 2000/78, de 27 noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, rubricado “Justificación de diferencias de trato por motivos de edad”, considera que no existe discriminación por razón de edad cuando el distinto trato esté justificado objetiva y razonablemente por una finalidad legítima, como puede ser la política de empleo, el mercado de trabajo y la formación profesional.

¹¹⁴ Ibidem, pp. 301, 304 y 306.

limitados, teniendo presente que detrás de la enfermedad está la vida o la esperanza de vida y, cuando menos, una determinada calidad de vida? ¿Ante circunstancias distintas (edad, responsabilidad, cargas familiares, etc.), deben tener la enfermedad y la consecuente esperanza y calidad de vida una diferente consideración en función de esas circunstancias? ¿Debe la norma solucionar estos conflictos éticos fijando, de estimarse pertinente, criterios generales de prioridad, o es preferible dejarlo, como hasta ahora, a su resolución casuística en manos de los Comités de Ética, de los gestores sanitarios, de los médicos, o de los jueces? ¿Deben dejarse estas decisiones exclusivamente en manos de expertos o también debe facilitarse la participación ciudadana en Áreas de Salud a través de asociaciones de vecinos o de pacientes o de comités locales de ciudadanos, a pesar de su tendencia innata a proponer criterios de priorización algunas veces odiosos?¹¹⁵

VI. EPÍLOGO

Las disciplinas de la Bioética y el Derecho biomédico se complementan y se necesitan mutuamente. Ambas, en estrecha colaboración, tratan de dar respuestas ético-jurídicas a los muchos dilemas que se presentan a los gestores del sistema sanitario y a los participantes en la relación asistencial con ocasión de la aplicación de la ciencia médica (investigación, asistencia, etc.) a la vida del ser humano desde su inicio hasta su final; dilemas que surgen particularmente en razón de los avances científicos de la biomedicina. Esas respuestas ético-jurídicas son reflejo de los valores morales dominantes en la sociedad.

Tanto las disciplinas de la Bioética como del Derecho biomédico disponen de unos principios informantes comunes que cimentan su estructura y conducen su respectivo discurso. Los principios informantes, traducidos en reglas jurídicas en el Derecho

biomédico, se enfrentan con relativa frecuencia en su aplicación a los concretos casos que recurrentemente surgen en la práctica clínica. A veces, la solución del conflicto se encuentra directamente en la norma en cuanto establece claras prevalencias de un principio o regla jurídica sobre el otro en conflicto. Otras veces, la norma por sí sola no es suficiente pues las leyes no pueden ser muy casuísticas, y es preciso instrumentar una deliberación entre las partes implicadas al objeto de realizar una adecuada ponderación de los valores en juego y tratar de armonizarlos o, en su caso, determinar el valor o regla jurídica que ha de prevalecer en el caso.

No es una tarea fácil. Además, en general, tanto los profesionales sanitarios como los pacientes carecen de la preparación y cultura suficiente para abordar con éxito la deliberación y confrontación de pareceres que exige encontrar respuestas adecuadas a los múltiples dilemas y conflictos de valores morales a los que se enfrentan, para desde ahí poder resolver acertadamente en términos éticos y jurídicos la enorme casuística a la que nos enfrentamos todos los días. Los médicos necesitan una buena formación en Bioética y Derecho biomédico y los ciudadanos deben ser educados sanitariamente para ser responsables de su salud y para hacer un uso libre, pero responsable, de su derecho a la autonomía de la voluntad.

Es preciso un profundo debate para armonizar o complementar los principios de autonomía de la voluntad del paciente con los de beneficencia y no maleficencia y con el de justicia. Aunque el principio de autonomía de la voluntad ya tiene establecidos límites, hoy sigue siendo un *prius*, lo que aconsejaría estudiar posibles normas que, sin limitarlo indebidamente, lo compatibilicen mejor con el resto de principios. Hay que dibujar bien un nuevo paternalismo médico compatible con el principio de autonomía de la voluntad. Para ello es imprescindible educar al médico en humanidades y habilidades de relación con el paciente, y a este procurarle una mejor educación sanitaria.

El principio de justicia está sufriendo mucho con las regresiones introducidas recientemente en nuestro ordenamiento jurídico sanitario. Sin embargo, los márgenes de libertad que tienen los poderes públicos para construir y ordenar el sistema sanitario público están limitados por la constitucionalización del derecho a la protección de la salud en el modelo de Estado Social en el que se inserta, y por los diferentes Tratados, Convenios y Declaraciones internacionales suscritas y ratificadas por el Estado español, que ma-

115 DE LORA, P. y ZÚÑIGA FAJURI, A., *ibidem*, pp. 218 y 219, relatan los criterios de selección para la administración de hemodiálisis que se decidió en el *Artificial Kidney Center* de Seattle: un comité compuesto por vecinos de la zona y médicos resolvió que, como forma de rendir tributo al ideal de la solidaridad comunitaria, solo los residentes del Estado serían beneficiarios de la hemodiálisis. Además, como el comité otorgaba un gran valor a la institución familiar, eran privilegiados quienes estuvieran casados o fueran dependientes por relación paterno-filial. Un miembro consideró que las opciones de volver a casarse de una viuda debían ser tenidas en cuenta, y otros estimaron que el “buen carácter” también, entendiéndolo por tal el compromiso activo con la parroquia, o la dirección de un grupo de *boy scouts*, o el trabajo de voluntariado en la Cruz Roja, entre otros.

terialmente lo consideran un derecho fundamental. Hay un núcleo esencial del derecho que no debe ser invadido por el legislador ordinario, menos por razones meramente económicas. Sin embargo, el límite ha sido ilícita e injustamente traspasado.

Conforme al reparto de poderes en un Estado democrático y de Derecho, no parece oportuno que sea el poder judicial el que a golpe de sentencias fije un núcleo esencial irreversible en el ámbito de la salud, pues no le corresponde hacer legislación positiva. Parece más oportuno que ese núcleo esencial irreversible quedase fijado en la propia Constitución o por el Derecho de la Unión Europea.

Finalmente, entiendo que en la distribución de recursos sanitarios escasos es moralmente justo establecer criterios de priorización de pacientes basados en razones de eficiencia, si bien combinados con razones o criterios de equidad y responsabilidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., *Derecho Biomédico y bioética*, Editorial Comares, 1998.
- AAVV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Editorial Comares, 2011, dos volúmenes.
- AAVV., *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirano lo Blanch, 2011.
- AAVV., *Tratado de Derecho Sanitario*, Thomson-Reuters-Aranzadi, dos volúmenes, 2013.
- AAVV., *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2013.
- AAVV., *Derecho y Salud en la Unión Europea*, Editorial Comares, 2013.
- ABAD ROMERO, P., ÁLVAREZ GARCÍA, B., RODRÍGUEZ MÍGUEZ, E., RODRÍGUEZ SAMPAYO, A., “Preferencias sociales en las decisiones públicas: Priorización de pacientes en listas de espera quirúrgicas”, *Revista de Economía Pública*, Instituto de Estudios Fiscales, 179, 4/2006.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALLEPUZ, A., ESPALLARGUES, M., MARTÍNEZ, O., “Criterios para priorizar a pacientes en listas de espera para procedimientos quirúrgicos en el SNS”, *Revista de Calidad Asistencial*, vol. 24, núm. 5, 2009.
- BEAUCHAMP, T L, CHILDRESS, J F., *Principios de ética biomédica*, Masson, S.A, Barcelona, 1999.
- BINETTI, P., “Más allá del consentimiento informado: la relación consensual”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. 22, núm. 76, 2011.
- BOTO ÁLVAREZ, A., “La estructura del sistema sanitario canadiense y el debate sobre los derechos de acceso en Quebec” en *Revista de Administración Pública*, núm. 184, 2011.
- BRAVO ESCUDERO, E., “Los límites de la autonomía del paciente. Autonomía o paternalismo”, en *Debática. Revista de la Sociedad Andaluza de Bioética*, vol. 1, núm. 2, 2012.
- CABASES HITTA, J. M., “La sanidad en España. Marco conceptual. Análisis de situación y recomendaciones en la perspectiva del 2020”, en *Sanidad 2020. Un futuro incierto*. Circulo de Sanidad, 2013.
- CABASÉS HITTA, J. M., SÁNCHEZ IRISO, E, SAN MIGUEL INZA, F., “Instrumentos económicos para la priorización de pacientes en lista de espera: Los modelos de elección discreta.”, en *Gaceta Sanitaria*, vol. 22, núm. 2, 2008.
- CASADO DA ROCHA, A., *Bioética para legos. Una introducción a la ética asistencial*, CSIC-P y V Editores, 2009.
- CASADO GONZÁLEZ, M. “Los derechos humanos como marco para el bioderecho y la bioética”, en *Derecho biomédico y bioética*, Romeo Casabona (coord.), Editorial Comares, 1998.
- CIERCO SEIRA, C., *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Editorial Comares, 2006.
- COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, IVAP, 1988.

- DE LORA y ZÚÑIGA, *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Iustel, 2009.
- GONZÁLEZ MORÁN, L., *De la Bioética al Bioderecho: libertad, vida y muerte*, Universidad Pontificia de Comillas-Dykinson, S.L., 2006.
- GRACIA, D., *Fundamentos de bioética*, Editorial Triacastela, 2ª edición, 2008.
- *Como arqueros al blanco. Estudios de bioética*, Triacastela, 2004.
- GUDIOL MUNTÉ, F., “Ojo clínico y evidencia científica”, en *Educación médica*, vol. 9, supl.1, 2006.
- MACKLIN, R., “Dignity is a useless concept. It means no more than respect for persons or their autonomy”, en *British Medical Journal*, vol. 327, London, 2003.
- MARTÍN MATEO, R., *Bioética y Derecho*, Ariel, 1986.
- MARTÍN MARTÍN, J. J., “Autonomía y desigualdades en salud”, en *Revista de Gestión Clínica y Sanitaria*, vol. 9, núm. 4, 2007.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, 1995.
- “*La organización de los sistemas de salud*”, en el libro de ponencias del I Congreso de Derecho y Salud, 1993.
- NAVARRO, V., “El error de las políticas de austeridad, recortes incluidos, en la sanidad pública”, en *Gaceta Sanitaria*, vol. 26, núm. 2, 2012.
- PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- PUYOL, Á., “Ética, equidad y determinantes sociales de la salud”, en *Gaceta Sanitaria*, vol. 26, núm. 2, 2012.
- REQUENA MEANA., “Dignidad y autonomía en la bioética norteamericana”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 66, vol. XIX, núm. 2, 2008.
- REPULLO LABRADOR, J. R. “Copago sí, copago no: revisando modalidades y efectos de los costes compartidos en el contexto sanitario europeo” en *AMF (Actualización en Medicina de Familia)*, volumen 5, nº 11, 2009.
- ROMEO CASABONA, C., *Derecho biomédico y bioética*, Editorial Comares, 1998.
- SÁNCHEZ CARO, J., “Configuración actual de la relación clínica”, en *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, Vol. 2, núm. 3, 2004.
- SANCHEZ CARO, J. y ABELLAN, F., *Instrucciones previas en España (Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos)*, Editorial Comares, 2008.
- SANTANDER, F. Y HERNANZ, M. “Conflictos y dilemas éticos en la atención psiquiátrica”, en *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria*, vol.1, núm. 2, 2001.
- SEOANE, J. A., “La relación clínica en el siglo XXI: cuestiones médicas, éticas y jurídicas”, en *Derecho y Salud*, Vol. 16, núm. 1, enero-junio de 2008.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, 2000.
- “Nuevas y viejas formas de paternalismo: algunas consideraciones generales y el derecho a rechazar tratamientos médicos.”, en *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Procuradora General del Principado de Asturias, colección PROCURA, nº. 1, 2011.
- VIDA FERNÁNDEZ, J., “Sostenibilidad del sistema sanitario. Crisis económica, prestaciones sanitarias y medidas de ahorro.”, en *Revista Derecho y Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011.

LA BIOÉTICA Y EL DERECHO SANITARIO: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

Javier Sánchez-Caro

*Profesor Honorario de la Escuela Nacional de Sanidad
Académico correspondiente. Real Academia Nacional de Medicina*

SUMARIO: 1. **Introducción: el mundo del Derecho y el mundo de la Ética.** 2. **Moral y derecho: Diferencias.** 3. **La bioética.** 4. **La bioética como ética aplicada.** 5. **El principialismo en bioética.** 5.1. El principio de autonomía. 5.2. El principio de beneficencia. 5.3. El principio de no maleficencia. 5.4. El principio de justicia. 6. **El papel de la bioética en la integración y aplicación del derecho.** 7. **Encuentros y desencuentros concretos.** 7.1.- Donde el derecho no llega y tiene que llegar la bioética: el ejemplo de la información al paciente oncológico con pronóstico infausto. 7.2.- Donde el derecho y la bioética no acaban de llegar a un encuentro definitivo en cuanto a los valores dominantes: El caso de los testigos de Jehová. 7.3. Donde el buen criterio bioético no puede secundado por el derecho por afectar a un derecho constitucional como es el de no declarar contra sí mismo.

1. INTRODUCCIÓN: EL MUNDO DEL DERECHO Y EL MUNDO DE LA ÉTICA.

Para un hombre educado en el mundo del derecho, la ley constituye el elemento primordial de reflexión sobre el que se desarrolla la mayor parte de su función profesional. Con la norma se persigue un ideal importante, difícil, a veces casi inalcanzable, pero siempre necesario. El derecho es, antes de nada, un camino para la búsqueda de una norma que garantice la convivencia; una forma, la más noble, de buscar la paz social siempre tan anhelada y, en último extremo, la posibilidad de armonizar los conflictos de intereses en la sociedad.

Inevitablemente, el hecho de reflexionar con asiduidad sobre las normas obliga a plantearse la legitimidad de los mandatos normativos. Más aún, cuál es el fundamento en virtud del que hay que obedecer lo previsto en la ley y como deben ser las relaciones entre la moral y el derecho, es decir, se abre la puerta imprescindible para plantearse las cuestiones éticas que tantas veces parecen ocultas en el derecho puramente aplicativo.

De entrada, merece la pena destacar que usamos dos palabras que no tienen siempre el mismo significado: ética y moral¹.

Etimológicamente las dos palabras significan lo mismo y son intercambiables, ya que ambas tienen el significado de carácter o costumbre. Ahora bien, la palabra carácter no debe ser entendida en el sentido psicológico, que es tanto como la personalidad de un individuo, sino en sentido moral, esto es, la disposición fundamental de una persona ante la vida que, en virtud de la libertad, elige ser de una determinada manera.

Hoy, sin embargo, se suelen distinguir entre sí. Por moral se entiende aquel conjunto de normas y creencias que determinan lo que las personas o los pueblos consideran que es correcto o incorrecto, bueno o malo, en las acciones humanas y hacen referencia a los códigos concretos que rigen en una determi-

1 V. El libro *Enfermería y paciente, cuestiones prácticas de Bioética y Derecho Sanitario*, Sánchez-Caro, J. y Abellán, F. Editorial Comares, Granada 2007.

nada sociedad. En tal sentido, se ha podido decir que la moral forma parte de la vida cotidiana de las sociedades y los individuos y no la han inventado los filósofos. Dicha moral tiene apellidos, tales como “*moral cristiana*” o “*moral islámica*”. Por el contrario, la ética es un saber filosófico. Puede definirse como el análisis sistemático, crítico y formal de la conducta humana, para discernir lo que es correcto incorrecto, bueno o malo; o también, el estudio sistemático del comportamiento humano en función de una escala de valores. De nuevo, se ha dicho que es la ciencia de la moral y tiene apellidos filosóficos, como *aristotélica*, *estoica* o *kantiana*.²

La experiencia que se tiene en relación con la aplicación del derecho nos lleva a afirmar que existe, a veces, una importante dificultad de las leyes para abarcar o aprehender la totalidad de la realidad social. Un ejemplo es el que el profesor DE CASTRO utilizaba en sus clases y recogía en su compendio de Derecho Civil³. Preguntaba el maestro a un alumno si había que devolver las cosas a su dueño y cuando se le respondía lo obvio, es decir, que naturalmente había que devolverlas a quien fuera su propietario, preguntaba entonces si había que devolver también el puñal al homicida. Naturalmente en este último caso no parece que haya que entregar el arma al asesino, lo que no hacía sino poner de relieve las dificultades con las que el juez, el jurista y el interprete se van inevitablemente a encontrar lo largo de su ejercicio profesional. Esta cuestión plantea, a su vez, la importante pregunta de si la bioética tiene algún papel que cumplir en la integración y aplicación del derecho, lo que analizaremos posteriormente.

2. MORAL Y DERECHO: DIFERENCIAS.

Las relaciones entre la moral y el derecho constituyen una de las cuestiones más importante y complejas de la filosofía del derecho, sobre todo si se tiene en cuenta que afectan al concepto del derecho, a su aplicación, a las relaciones entre lo que es legal y lo que es justo, o al espinoso tema de la obediencia al derecho.

La moral y el derecho hacen referencia a un parte importante del comportamiento humano y se expre-

² V. “El ámbito de la moralidad: Ética y Moral”, Carlos Gómez, en el libro *La aventura de la moralidad (Paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*. Alianza Editorial, Madrid 2007, páginas 21 y siguientes.

³ Federico de Castro y Bravo, *Compendio de Derecho Civil*, segunda edición. Madrid 1964.

san, en gran medida, con los mismos términos (deber, obligación, culpa, responsabilidad). Se puede decir que el contenido del derecho tiene una clara dependencia de la moral social vigente, de la misma forma que toda moral social pretende contar con el refuerzo coactivo del derecho para sí lograr eficacia social.

Las teorías en relación con la moral y el derecho se pueden sintetizar de la siguiente manera: a) Confusión entre ambos conceptos; b) separación tajante, c) consideración de ambos conceptos como distintos, sin perjuicio de las conexiones entre ambos.

Se comparte la tesis que establece la necesaria distinción entre la moral y el derecho, acompañado de una serie de conexiones muy relevantes. Veamos a continuación los aspectos fundamentales de las diferentes teorías.

Hay que rechazar la tesis de la subordinación del derecho a la moral, que inspira los ordenamientos jurídicos de base autocrática, totalitaria, dictatorial o teocrática.

Tampoco se puede asumir la tesis de la separación absoluta, que sostiene que los criterios de moralidad e inmoralidad de una conducta son totalmente independientes de los criterios de legalidad e ilegalidad de la misma. Su mejor expresión se encuentra en la posición más radical (positivismo jurídico), que considera relativos todos los valores morales y de justicia, siendo objeto de crítica en cuanto que el ordenamiento jurídico siempre traduce valores y convicciones morales vigentes o aceptados socialmente con carácter predominante.

Parece, pues, más razonable la tesis que establece distinciones y conexiones, que afirma que hay un campo común a la moral y al derecho y es el que tiene que ver con las exigencias necesarias para una convivencia social estable y suficientemente justa. En consecuencia, un derecho que se pretenda correcto ha de incluir en grado aceptable unos mínimos éticos. Ahora bien, no se confunden: Hay un campo de la moral que no tiene como objetivo transformarse en normas jurídicas (piénsese en la cantidad de acciones que dimanen del principio que señala que hay que hacer el bien) y un ámbito, dentro del derecho, que puede ser indiferente desde el punto de vista de la moral.

Fue KANT el que estableció una serie de criterios sistematizados e importantes sobre esta cuestión: Autonomía ética frente a heteronomía jurídica; el de-

ber ético frente a la obligación jurídica y la felicidad frente a la justicia y la seguridad.

En efecto, a partir del citado filósofo, la moral se presenta como autónoma en cuanto que su origen y fundamento radican en el imperativo categórico de la conciencia y el derecho como heterónimo, en cuanto que procede de una decisión de la autoridad investida de un poder coactivo.

En el caso del deber ético se obra por imperativo de la conciencia o por estímulo del deber, mientras que en el supuesto de una obligación jurídica porque una ley así lo ordena o establece. En la ética hay, pues, una obligación interna hacia la norma. En cambio el derecho queda realizado con la obligación externa, aunque se disienta interiormente. Debe dejarse constancia de que, tratándose de los sistemas democráticos, puede entenderse que hay razones éticas a favor de la obediencia al derecho, debido a los procedimientos y valores que caracterizan a los mencionados sistemas, sin perjuicio de la necesidad imprescindible de la crítica, bajo sus diferentes formas y del reconocimiento, en su caso, de la objeción de conciencia.

En fin, la dignidad y la felicidad, serían fines y valores priorizados, respectivamente, por las filosofías deontológicas o teleológicas, que tendrían que ver con la ética. En cambio, el fin de derecho sería dotar a una colectividad de la suficiente garantía de la libertad y de una cierta seguridad, aunque no, desde luego, cualquier seguridad o cualquier orden u organización, sino una seguridad que se entienda justa, con protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Los fines del derecho, por tanto, tendrían carácter temporal, frente a los fines últimos y radicales de perfección que corresponden a la ética. A pesar de todo se constatan las inevitables conexiones: Con un derecho injusto es más difícil establecer la dignidad ética, y una ética construida desde la libertad y la dignidad desemboca inevitablemente en la justicia.

En resumen, se puede decir que la moral es el orden de la persona, mientras que el derecho, es el orden de la sociedad. Más concretamente, lo anterior significa que, mientras que la bondad moral de los comportamientos humanos se deriva de su idoneidad para la consecución de los fines existenciales de la persona, el derecho regula los comportamientos humanos tan sólo desde el punto de vista de su repercusión social, de su relación con los demás.

3. LA BIOÉTICA.

De la ética se pasa a la bioética fácilmente, ya que esta última, literalmente, no es otra cosa que la ética de la vida, aunque este punto de partida, como es sabido, ha evolucionado modernamente, conquistando otros campos, hasta el extremo de que todavía no se sabe los ámbitos que está llamada a abarcar. De aquel primitivo origen se proyectó inmediatamente sobre la ética de las ciencias de la salud, expandiéndose hacia territorios ecológicos y ocupándose, incluso, de las generaciones futuras: ¿Qué planeta vamos a dejar a nuestros descendientes?

No es ahora el momento de hablar de la importante evolución que ha experimentado la bioética en los últimos tiempos, aunque debe quedar claro que sus objetivos van más allá de las éticas clásicas sanitarias.

Su origen conocido hay que referirlo a Estados Unidos en el siglo pasado (alrededor de 1970) al confluir diversos factores que hicieron necesario encontrar respuestas a los problemas que planteaban los progresos biomédicos y tecnológicos. Fueron determinantes, en tal sentido, las posibilidades de los investigadores de disponer de los medios adecuados para la investigación básica o la aplicación práctica de nuevas tecnologías; el surgimiento de los principios de autonomía y de igualdad, con importantes efectos para la solución de casos prácticos de mucha relevancia individual y social; por último, el papel de los medios de comunicación social en la difusión de los progresos, que despertaron el interés colectivo, con sus expectativas y temores, y los consiguientes debates con amplia repercusión pública.

La bioética lleva consigo la necesidad de diálogo entre científicos y humanistas, lo que pone de manifiesto el necesario carácter interdisciplinar que es preciso para el buen funcionamiento de esta ciencia (investigadores básicos, médicos, enfermeras, juristas, filósofos, estudiosos de las ciencias morales, participación de la sociedad, etc.).

En su pequeña historia se pueden señalar algunos hitos importantes. El primero de ellos el Código de Nürenberg, que en sus diez puntos estableció la experimentación médica permisible en seres humanos. En realidad pueden reducirse a tres: el consentimiento del sujeto como elemento esencial, la protección de los sujetos incluidos en el ensayo y la primacía del bien del sujeto sobre el interés de la ciencia, por lo que cabe decir que con el citado Código se introduce

el factor ético en la investigación con seres humanos, siendo el punto de partida de otros muchos documentos.

Posteriormente, con la finalidad de solucionar algunos problemas que habían quedado planteados en el Código de Nürenberg, la Asociación Médica Mundial dictó nuevas normas en 1964, lo que se conoce, como la Declaración de Helsinki, que fue modificada en Tokio en 1975 y revisada posteriormente en diversas ocasiones.

Sin embargo, el origen inmediato de la bioética se remonta al Informe BELMONT, que surge como consecuencia de la creación por parte del Congreso de los Estados Unidos de una Comisión Nacional encargada de identificar los principios éticos básicos que deberían regir la investigación con seres humanos, cuya causa inmediata fue el conocimiento de diversos abusos cometidos en el ámbito de la investigación con seres humanos.

En origen, el informe sancionó tres principios: El de autonomía o de respeto por las personas, por sus opiniones y elecciones; el de beneficencia, que se traduce en la obligación de no hacer daño y de extremar los beneficios y minimizar los riesgos y el de justicia o imparcialidad en la distribución de los riesgos y de los beneficios. No obstante, como es conocido, la expresión canónica de los principios se encuentra en el Libro escrito por BEAUCHAMP y CHILDRESS (principios de ética biomédica, 1979), en cuya obra se añade a los anteriores, el principio de no maleficencia, dando a todos estos principios una formulación lo suficientemente amplia como para que puedan regir no sólo en la experimentación con seres humanos, sino también en la práctica clínica y asistencial.

La internacionalización de la bioética en el momento actual se está llevando a cabo a través de documentos importantes transnacionales, tanto en el ámbito de la Unión Europea, como fuera de ella (el Convenio de Oviedo, el Tratado de Lisboa, o la declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos de LA UNESCO), serían ejemplos sin ánimo de exhaustividad⁴.

4 V. *La declaración universal de bioética y derechos humanos de la UNESCO*, Gross Espiell, H. y Gómez Sánchez, Y. (coordinadores). Granada 2006.

4. LA BIOÉTICA COMO ÉTICA APLICADA

La bioética es una de las llamadas “éticas aplicadas” (expresión que resulta un tanto redundante), que se dirigen al campo de determinadas profesiones (medicina, empresa, medios de comunicación etc.) y que tratan de resolver los problemas concretos y acuciantes que surgen en dichos ámbitos.

Para resolver las cuestiones planteadas no sirve, solamente, ni la ética de los principios ni la ética de las consecuencias, debiendo combinarse ambas y ser complementadas, además, por la teoría aristotélica de las virtudes (VICTORIA CAMPS)⁵.

Tales éticas proporcionan el bagaje intelectual para encuadrar el problema moral correspondiente, lo que supone siempre un horizonte mucho más amplio del que manejan habitualmente los profesionales (se trata de observarlo desde el punto de vista moral).

En la práctica, la bioética se ha escindido en dos escuelas distintas: el principialismo y la casuística. La primera, a la que nos referiremos después, es la más extendida en los ámbitos de las profesiones sanitarias y de la salud, se apoya en la ética kantiana y parte de unos principios desde los que enjuiciar los diferentes conflictos. En cambio, la casuística, consecuencialista, parte de los datos clínicos y no de los valores éticos, moviéndose en consecuencia en un terreno de mayor comodidad para los profesionales de la sanidad⁶.

El método adecuado para tratar los asuntos de las éticas aplicadas es la deliberación, y la virtud necesaria es la prudencia aristotélica. En resumen, es necesario partir de unos principios o normas universales para no caer en el relativismo cultural, pero es preciso, posteriormente, que sean asumidos como virtud por las personas que los tienen que llevar a cabo, valorándose además las consecuencias. La combinación de todos estos elementos, el kantiano, el utilitarista y el aristotélico, a través de la deliberación y de la prudencia, es el escenario en el que deben desarrollarse las éticas aplicadas, entendiéndose dicha prudencia como la responsabilidad que adquieren los profesionales respecto de la comunidad en la que desarrollan su trabajo.

5 V. *Breve historia de la ética*, RBA, Barcelona 2013. páginas 392.

6 V. R. Jonsen, A.; Siegler, M., Winslade, Willian, J., *Ética clínica, aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*. Ariel, Barcelona 2005.

5. EL PRINCIPIALISMO EN BIOÉTICA

La teoría angloamericana, conocida como “el principialismo” es la que más influencia y difusión ha tenido y cuyo modelo teórico se encuentra en la obra de los dos autores anteriormente mencionados, sirviendo en el ámbito de los médicos y otras profesiones sanitarias para fundamentar cualquiera de los conflictos en los que pudieran encontrarse.

Se entiende que los principios (beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia) se aplican “prima facie”, esto es, obligan siempre y cuando no entren en conflicto entre sí; en caso de conflicto, los principios se jerarquizan a la vista de la situación concreta; o, dicho de otra forma, no hay reglas previas que den prioridad a un principio sobre otro, y de ahí la necesidad de llegar a un consenso entre todos los implicados, lo que constituye el objeto fundamental de los comités de ética.

En el libro de BEAUCHAMP y CHILDRESS sus autores acuden al concepto de moral o moralidad común, que ellos definen como la moral compartida en común por los miembros de una sociedad, es decir, por el sentido común no filosófico y por la tradición, con la pretensión de evitar los extremismos, tanto deductivistas (considerar que los principios morales son absolutos y deben aplicarse automáticamente en todas las situaciones), como inductivistas (pensar que no hay más ética que la de cada caso). Según dichos autores, la moralidad común es más compleja, actuando unas veces de modo inductivo y otras de forma deductiva. Esta teoría basada en principios comparte con el utilitarismo y el kantismo el énfasis que pone en los principios de obligación, y poco más. En primer lugar, el utilitarismo y el Kantismo con teorías monistas: existe un solo principio supremo y absoluto que explica todas las pautas de acción del sistema. En cambio, como dicen en su libro los autores citados, las teorías de la moral común son pluralistas. El nivel general del argumento normativo está formado por dos o más principios no absolutos, haciendo énfasis, tal y como exponíamos anteriormente, en que la ética de la moral común basa gran parte de su contenido en las creencias habituales compartidas y no en la razón pura, el Derecho natural, el sentido moral especial o cuestiones similares.

A juicio de DIEGO GRACIA puede establecer alguna jerarquización de los principios que no dependa de la ponderación de las circunstancias de cada caso. La idea de la que parte es que esos cuatro prin-

cipios no tienen el mismo rango, precisamente porque su fundamentación es distinta:

“la no-maleficencia y la justicia se diferencian, dice, de la autonomía y la beneficencia en que obligan con independencia de la opinión y la voluntad de las personas implicadas, y por tanto tienen un rango superior a los otros dos”⁷.

En definitiva, entiende que entre unos y otros hay la diferencia que va entre el bien común y el bien particular, configurando los primeros una ética de mínimos y los segundos una ética de máximos:

“a los mínimos morales se nos puede obligar desde fuera, en tanto que la ética depende siempre del propio sistema de valores, es decir, del propio ideal de perfección y felicidad que nos hayamos marcado. Una es la ética del «deber» y otra es la ética de la «felicidad». También cabe decir que el primer nivel (el configurado por los principios de no maleficencia y justicia) es el propio de lo «correcto» (o incorrecto), en tanto que el segundo (el de los principios de autonomía y beneficencia) es el propio de lo «bueno» (o malo). Por eso el primero se corresponde con el derecho, y el segundo es el específico de la moral”.

La propuesta de este autor, esto es, su intento de jerarquización de los principios, ha sido objeto de crítica por MANUEL ATIENZA⁸:

“Por lo que se refiere a la propuesta de DIEGO GRACIA, su intento de jerarquización de los principios no me parece enteramente logrado. Es cierto, al menos tal y como yo veo las cosas, que las razones utilitaristas –las que están ligadas con la felicidad o con lo bueno- deben subordinarse a las razones de corrección – las que se vinculan con los fines últimos-, pero la división de los principios que él efectúa no la veo justificada. Por un lado, el fundamento de esa jerarquización (el hecho de que unos obligan con independencia de la opinión y la voluntad de los implicados pareceré envolver una suerte de *petición de principio*: si se acepta el criterio, entonces, obviamente, la autonomía ha de tener un rango subordinado, pero lo que no se ve es

7 V. Diego Gracia *Procedimientos de decisión en ética clínica*. Madrid, Eudema, 1991.

8 V. “Juridificar la bioética. Una propuesta metodológica”, en la obra *Entre el nacer y el morir*, Ascensión Cambrón (coord.). Editorial Comares, Granada 1998.

por qué ha de ser ese el criterio de la jerarquía, esto es, queda sin fundamentar por qué la opinión y la voluntad de los implicados – o sea, la autonomía- ha de subordinarse a alguna otra cosa, a algún otro valor. Por otro lado, GRACIA entiende que los principios del primer nivel «son expresión del principio general de que todos los hombres somos básicamente iguales y merecemos igual consideración y respeto» (pág. 128); pero si se acepta esto, no se entiende muy bien por qué la opinión y la voluntad de un individuo ha de contar menos que la de otro, esto es, no se entiende por qué la autonomía no es también expresión de ese principio general. Finalmente, la distinción entre esos dos niveles presupone dos ideas que no me parecen aceptables: Una es la tesis –no afirmada, creo explícitamente por GRACIA, pero implícita en su planteamiento- de que causar un daño a una persona es moralmente peor que no hacerle un bien (por ejemplo, que matar es peor que dejar morir); esto es lo que parece estar en el fondo de la prioridad que él atribuye al principio de no maleficencia sobre el de beneficencia, a pesar de que se esfuerza –pero en este punto su exposición no me parece clara- por no presentar estos dos últimos principios como el reverso y el anverso de una misma realidad, sino como una diferencia «entre el bien común y el bien particular», (pág. 129); en todo caso, su afirmación de que «no se puede hacer el bien a otro en contra de su voluntad, aunque sí estamos obligados a no hacerle mal» (pág. 129) carece, en mi opinión, de justificación, pues presupone que el «bien» de una persona es algo subjetivo (lo que él considera como tal), mientras que el «mal» podría ser determinado de acuerdo con criterios objetivos, esto es, con independencia de lo que considere como «malo para ella».

No obstante, DIEGO GRACIA ha matizado posteriormente su propuesta⁹, apostando por entender los conflictos de la ética como conflictos de valores, además de abandonar la rigidez mecánica y excesiva de la teoría principialista:

“Cada vez soy menos afecto a la teoría de los cuatro principios, que en la propuesta metódica que se halla al final de este libro todavía jugaban un papel fundamental. La experiencia me ha demostrado una y otra vez que simplifica en exce-

so la riqueza de la realidad moral y que, además, convierte con frecuencia el análisis en una mera contienda entre ellos. El asunto estaría en determinar el orden de prioridad en cada situación concreta. Se trataría de una cuestión a la postre mecánica, consistente en jerarquizar los principios y decidir según su importancia. Confieso que yo hice lo posible por contribuir a esta especie de ábaco intelectual, dividiéndolos en dos niveles jerárquicos, con los que el asunto parecía reducirse a determinar el nivel de los principios implicados y elegir el de mayor jerarquía”.

“Hoy veo las cosas de otro modo. Cada vez estoy más convencido de que el lenguaje originario de la ética no es el de los principios, ni tampoco el de los derechos sino el de los valores. La valoración es un fenómeno ineludible, que hacemos todos continuamente y de modo necesario. De nuevo hemos de volver al principio. La valoración es un mecanismo biológico. Para transformar el medio el ser humano necesita valorarlo, y el proceso de transformación tiene por objeto «añadir valor» a la naturaleza. Todo lo que el ser humano hace sobre la tierra es transformar los recursos naturales en posibilidades de vida, o lo que es lo mismo, valorar y transformar las cosas de acuerdo con esa valoración. De ese modo, convertimos la «naturaleza» en «cultura». La naturaleza, de existir como tal para el ser humano, sería el mundo de los «hechos» puros, en tanto que la cultura es el de los «valores». Los valores asientan sobre los hechos, pero no se identifican con ellos. Y los «deberes» consisten siempre en la realización de valores. Más que de principios, de los cuatro principios, hoy prefiero hablar de valores. Es un lenguaje más completo, pero también más rico y dúctil. No deja de ser importante que los principios y los derechos puedan ser traducidos fácilmente al lenguaje de los valores, pero no a la inversa. No todos los valores son derechos, ni tampoco principios. Hacer justicia al mundo de la ética obliga, pienso hoy, a utilizar un lenguaje más flexible que el de los principios o de los derechos. También me parece más ecológico”.

Indudablemente, no es posible aceptar una jerarquización absoluta de los cuatro principios al margen de la situación concreta donde se lleve a cabo la ponderación de los valores en conflicto. Un ejemplo actual en tal sentido sería el conflicto de valores paradigmático que se produce en el caso de los “Testigos de Jehová”. Se verá después que hay una tendencia

⁹ *Procedimientos de decisión en ética clínica*. Editorial Triacastela, Madrid 2007, segunda edición.

muy fuerte para dar valor a la libertad por encima de la vida, de conformidad con el cambio que, al parecer, se está produciendo en los estándares culturales de la sociedad española, nuevamente reinterpretados en clave constitucional.

Por otro lado, las interesantes matizaciones y rectificaciones efectuadas por este autor plantean, sin embargo, otras interrogantes. En particular, hasta qué punto es posible describir un hecho sin efectuar valoración alguna, pues el mero hecho de elegir distorsiona siempre la naturaleza, en virtud de tendencias estructurales ínsitas en los seres humanos. La libertad, como dijera ARANGUREN, “no reposa sobre sí misma, sino sobre la estructura inconclusa de las tendencias o «ferencias» que abren así, exigitivamente, el ámbito de las preferencias”¹⁰.

En cualquier caso, no es fácil separar los hechos y los valores en el seno de la relación clínica cuando se lleva a cabo la historia clínica del paciente, además de que, como es sabido, los hechos pueden determinar los valores y los valores los hechos. Sirva como muestra de lo expuesto lo que VICENTE ANDRÉS LUIS escribe en su trabajo “De los principios a los valores”:

“..... Hay hechos brutos, los que se dan a nuestra percepción; hechos científicos, una elaboración de aquellos y hechos históricos, resultado de elecciones, interpretaciones y sistematizaciones del historiador. Esto, y no otra cosa, es lo que acaba haciendo el médico cuando hace la historia clínica del paciente, en el transcurso del acto médico, del encuentro clínico. Vuelca en ella sus valores y los del enfermo; sus estimaciones. Somete a interpretación los hechos narrados por el paciente, los sistematiza y de todo ello extrae un juicio clínico. ¿Puede separar los hechos y los valores?. Podría destacar las apreciaciones del paciente, si es un hombre consciente de los valores del mismo, pero aún así será difícil que pudiera separar unas cosas y otras porque, con toda probabilidad, los hechos, algo que una vez definido y objetivado, podrá ser materia de estudio de otros, serán sometidos a la valoración del médico, inevitablemente. Por lo tanto, se pueden separar hechos y valores, tras un costoso esfuerzo por parte del que interpreta, lo que exigiría de éste un esfuerzo progresivo y

una formación ética cada vez más amplia y profunda, porque el intérprete no es capaz de agotar toda la realidad que ante él se presenta”¹¹.

Por seguir con el conocido ejemplo de los Testigos de Jehová, para unos los hechos serán interpretados como una preeminencia del valor de la vida, mientras que para otros, será la libertad el valor dominante, sin que se pueda separar el hecho del valor.

5.1. El principio de autonomía.

El principio de autonomía se basa en que las personas deben ser tratadas como entes autónomos y, en segundo lugar, que las personas cuya autonomía está disminuida, deben ser objeto de protección. Por tanto, una persona autónoma es capaz de deliberar sobre sus objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación y respetar la autonomía es, en consecuencia, dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, al menos que éstas produzcan un claro perjuicio a otros.

5.2. El principio de beneficencia.

El principio de beneficencia no es otra cosa que la virtud de hacer bien. Las personas son tratadas de una forma ética no sólo respetando sus decisiones y protegiéndolas del daño, sino también haciendo un esfuerzo para asegurar su bienestar. Sin embargo, el término beneficencia es a menudo entendido como un acto de bondad o caridad que va más allá de la estricta obligación. Ahora bien, aunque muchos actos de beneficencia son voluntarios, los autores del principialismo sostienen que existe una obligación general de ayudar a los demás a promover sus intereses legítimos e importantes, por lo que en algunos casos es obligatoria (por ejemplo, proteger y defender los derechos ajenos o prevenir los daños que podrían afectar a terceras personas).

Para diferenciar la beneficencia en general de los ideales morales, que son voluntarios y no obligatorios, se acude al principio de beneficencia específica, que supone obligaciones especiales con las personas con las que estamos vinculados singularmente, tales como cónyuges, padres, hijos, amigos o pacientes.

10 José Luis López Aranguren “La ética y la tarea de la moralización”, en el libro *Doce textos fundamentales de la Ética del Siglo XX*, Carlos Gómez (Ed.), Alianza Editorial, Madrid 2002.

11 Vicente Andrés Luis, en la obra *Cuadernos de Bioética, SESSCAM 2007*. Servicio de Salud de Castilla - La Mancha, 2007.

En el derecho español, desde el punto de vista penal, la diferencia entre la beneficencia obligatoria y el ideal moral -no obligatorio- lo encontramos en la descripción de los delitos de omisión del deber de socorro (artículo 195) y de denegación de auxilio (artículo 196)¹²

5.3. El principio de no maleficencia.

El principio de no maleficencia, relacionado con la máxima hipocrática del *primum non nocere*, conlleva la obligación de no hacer daño intencionalmente y constituye el fundamento o principio básico de todo el sistema moral (hacer el bien y evitar el mal). Según los autores del principialismo, como una consecuencia del principio de no maleficencia, se derivan la obligación de no matar, no causar dolor o sufrimiento, no causar discapacidad, no ofender y no privar a otras personas de los bienes de la vida.

5.4. El principio de justicia.

La justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, aquello que de alguna manera le pertenece o le corresponde. Ahora bien, en el ámbito bioético la clase de justicia que más interesa es la justicia que se refiere, en sentido amplio, a la distribución equitativa de los beneficios o de las cargas, esto es, a la imparcialidad en la distribución, dándose lugar a una injusticia cuando algún beneficio (por ejemplo, al que una persona tiene derecho), es denegado sin una buena razón para ello o cuando alguna carga se impone indebidamente.

Claro está que los problemas de distribución surgen porque los bienes son escasos y las necesidades múltiples.

Se suele distinguir entre un criterio de justicia formal y otro material. El criterio de justicia formal (Aristóteles) entiende que casos iguales se deben tratar igualmente y casos desiguales se deben tratar desigualmente. Obviamente se trata de un principio formal porque carece de contenidos concretos. Es por ello que suele completarse con los criterios materiales de justicia, que concretan la estructura formal vista anteriormente. En general, se suele admitir que las diferencias basadas en la experiencia, carencias, competencia, mérito y posición, en ocasiones constituyen criterios que justifican un tratamiento diferente para ciertos propósitos. Es necesario, entonces, explicar respecto a qué deben ser tratadas las personas igualitariamente, existiendo varias formulaciones ampliamente aceptadas acerca de la forma justa de distribuir cargas y beneficios: a cada persona una participación igual; a cada persona de acuerdo con sus necesidades individuales; a cada persona de acuerdo con sus esfuerzos individuales; a cada persona de acuerdo con su contribución social y a cada persona de acuerdo con sus méritos.

Ahora bien, además de especificar los principios (concretados, por ejemplo, en normas particulares concretas) es necesario efectuar una ponderación adecuada, con la finalidad de determinar qué principio prevalece, de hecho, en cada situación de conflicto concreto.

La especificación la definen los autores del principialismo como el proceso a través del cual se reduce la indeterminación de las normas abstractas y se las dota de contenidos aptos para guiar las acciones concretas (por ejemplo, el precepto que prohíbe hacer daño no es bastante para guiar u orientar nuestras decisiones morales en relación con el suicidio médicamente asistido o la eutanasia). En todo caso, la especificación debe estar indisolublemente unida con un modelo más amplio de coherencia, pues, los códigos y sistemas morales están formados por muchos factores y su validez depende de su grado de coherencia interna, es decir, de hasta qué punto los factores son mutuamente compatibles. Es necesario, por ejemplo, que nuestras actitudes morales reales sean compatibles con nuestros principios, debiendo el especialista en

12 El Art. 195 dice lo siguiente:

“1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.

2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.

3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió en auxilio, la pena será de prisión de seis meses a dieciocho meses y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años”.

El Art. 196 dice así:

“El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas de Art. precedente en su mitad superior, y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”.

bioética ocuparse tanto de la bioética normativa como de los principios metaéticos sobre las ciencias de la vida y de la salud.

Por último, ha de establecerse la ponderación en los casos de conflicto en las situaciones concretas. Sobre este particular, el principialismo utiliza criterios consecuencialistas para decidir cuál es el valor o norma preponderante en esa situación específica.

6. EL PAPEL DE LA BIOÉTICA EN LA INTEGRACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO.

La bioética y el derecho son ciencias independientes y como tales cada una de ellas debe respetar la autonomía de la otra. Lo dicho no impide que haya, por ejemplo, situaciones nuevas bajo la forma de conflicto de valores que no pueden ser objeto, por no previstas, de una regulación concreta de la norma. Debe, pues, admitirse la existencia de lagunas legales en el sentido de que no pueden preverse en la leyes en el momento en que éstas se dictaron (se trata de situaciones que no existían con anterioridad), aunque no de lagunas legales que no puedan integrarse mediante la aplicación de los principios y el ordenamiento jurídico en su conjunto, pues la Constitución (1978) no establece un esquema cerrado, sino que permite, dentro de ciertos límites, extraer nuevas interpretaciones acomodadas a los tiempos actuales dentro de su esquema de valores.

La bioética, en consecuencia, con su proceso deliberativo y su ejercicio de la responsabilidad prudente, puede prestar un servicio importante al derecho mediante la consolidación de interpretaciones que no sean contrarias a las leyes y que se acomoden en todo caso a la Carta Magna. Es decir, puede crear estados de opinión importantes en la sociedad que sean objeto de sanción en una norma futura, una vez tamizadas por el pluralismo social propio de una sociedad democrática. Más aún, mediante el mecanismo de la autorregulación, puede establecer códigos éticos en las diferentes profesiones y actividades, que no se limiten al recuerdo o reseña de los principios básicos o legales sino que establezcan formas de actuación razonables y prudentes que no tienen por qué estar reglamentadas jurídicamente.

Otra solución al problema de los valores nuevos emergentes puede venir por la remisión que hagan las leyes a los principios y códigos deontológicos, pues de esta manera se confiere a las normas un valor más actual, desde el momento en que dichos códigos pueden y deben innovarse más rápidamente que la propia ley, siempre, claro está, que los códigos o usos deontológicos tengan un refrendo legal y sean objeto de sanción por la autoridad correspondiente, siendo ésta, precisamente, una de las soluciones adoptadas por nuestro ordenamiento jurídico, tal y como exponemos a continuación.

Es suficiente demostración para lo que se ha expuesto la simple lectura de dos leyes importantes, como son el estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud (2003) y la ley de ordenación de las profesiones sanitarias del mismo año. Ésta última declara paladinamente (artículo 4.5. y 5. 1.a) que los profesionales están sujetos al... *cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normopraxis, o, en su caso, los usos generales propios de su profesión*, criterio que se repite con diferente terminología en el estatuto marco.

Se produce aquí un fenómeno parecido o semejante al que se conoce en el derecho administrativo como remisión normativa, esto es, cuando una ley reenvía a una norma ulterior, que ha de elaborar la Administración, la regulación de ciertos elementos que complementan la ordenación que la propia ley establece (GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, duodécima edición). Naturalmente, no se trata aquí de una remisión que permita completar un tipo delictivo en el marco del código penal, que responde a unas coordenadas técnicas diferentes de las expuestas.

7. ENCUENTROS Y DESENCUENTROS CONCRETOS.

Se exponen a continuación una serie de ejemplos a través de los cuales se ponen de manifiesto algunas posibilidades de encuentro y desencuentro entre la bioética y el derecho sanitario.

7.1. Donde el derecho no llega y tiene que llegar la bioética: el ejemplo de la información al paciente oncológico con pronóstico infausto.

Parece evidente que no es posible acercarse a una realidad como la descrita con el único instrumento que permite el articulado de la llamada ley de autonomía del paciente (2002), pues la norma únicamente regula los aspectos nucleares o básicos de la relación clínica, sin penetrar en la hondura de la misma o en las circunstancias difíciles en las que se encuentra el paciente en relación con el médico, los profesionales de enfermería o la familia. La ley se limita a la exigencia del consentimiento previa información; a la negativa al tratamiento; a reconocer el derecho del paciente sobre la información disponible; a que se respete su derecho a no ser informado con ciertas limitaciones; a la restricción de dicha información en razón de determinadas circunstancias concretas que el médico debe objetivar y que se conoce como necesidad terapéutica; a una serie de aspectos formales en cuanto al alcance del consentimiento escrito; en fin, a la regulación de las llamadas instrucciones previas (testamento vital o voluntades anticipadas según diferente terminología).

Pero la ley no habla, porque no puede hablar, de la irregular existencia de una especie de prohibición latente en estos casos: la de no mencionar la cuestión de la muerte al interesado, pues normalmente no se ve en ella más que un sufrimiento inútil, cuando es el momento más importante de nuestra vida y el acto ético final, definitorio y definitivo por excelencia. Añádase a lo dicho la dificultad que tienen los profesionales sanitarios para dar malas noticias a sus pacientes e identificar sus preocupaciones y prioridades, marginándolos, a veces, en cuanto personas.

Es verdad que es difícil establecer una comunicación franca con el enfermo en situación terminal y que el enfermo lo percibe como un abandono que impide, incluso, el control de los síntomas, ya que sin una comunicación eficaz es imposible.

Hay que señalar aquí el peligro de la deshumanización de la medicina, que es sustituida por las innovaciones tecnológicas, pero conviene recordar que sin información el enfermo carece de los elementos necesarios para poder

controlar su situación y su vida, de manera que mejore su estado psico-emocional y reaparezca la esperanza y la voluntad de vivir.

Normalmente se oculta la verdad al paciente en connivencia con la familia y se evita hablar de la cuestión de fondo, creándose un muro de silencio que separa al paciente de su familia, de manera que, en frase conocida “ambos se mienten pero posiblemente no se engañan”.

Al margen de la delicadeza de la mencionada relación, surgen innumerables cuestiones que no pueden ser resueltas mediante una ley: cuándo informar; cómo calibrar la gradualidad y la sensibilidad; cómo informar, sobre todo si se tiene en cuenta que sólo el 7% de la conversación es percibida como impacto verbal mientras que el 93% de la comunicación es lenguaje gestual o no verbal; en fin, quién debe dar la información, dónde y cómo mantener la esperanza.

Son interesantes a este respecto las conclusiones del congreso nacional de información al paciente oncológico (Albacete, 2014) que sucintamente y en extracto se recogen a continuación: es necesario un mayor esfuerzo en la formación del personal sanitario en habilidades de comunicación; como principio inicial se considera deseable facilitar al paciente una información completa, veraz y continuada sobre su proceso, aunque se considera indispensable respetar el derecho del paciente a no saber, si ese es su deseo; debe evitarse siempre que la información ocasione un daño sobreañadido que caiga en la maleficencia y respetar los tiempos necesarios marcados por el paciente, mantener en todo momento la verdad tolerable y no caer nunca en el encarnizamiento informativo; la comunicación ha de realizarse en un contexto multidisciplinar; la relación humana no puede ser anulada por el contexto tecnológico; es necesario facilitar al paciente una asistencia integral que incluya a la familia y es imprescindible un apoyo y cuidado esmerado al personal sanitario (cuidar al cuidador).

7.2. Donde el derecho y la bioética no acaban de llegar a un encuentro definitivo en cuanto a los valores dominantes: El caso de los testigos de Jehová.

La cuestión expuesta en el epígrafe plantea el alcance de la autonomía de la voluntad en su versión de libertad religiosa. Se trata de un asunto conocido y que hasta el momento no ha encontrado una solución definitiva en la ley ni en los tribunales de justicia. ¿Hasta dónde debe el médico respetar la voluntad del paciente?

Caben, desde el punto de vista teórico, dos alternativas. La primera, parte de la indisponibilidad e inviolabilidad del cuerpo humano y de la obligación médica de salvar vidas humanas en virtud de la finalidad general perseguida por la medicina. Según esta posición, la autonomía del paciente está limitada por la obligación de proporcionar asistencia a las personas expuestas a un grave peligro, en situaciones en las que no es posible el despliegue de la capacidad natural del juicio. Pero hay también una segunda posición para la que la libertad religiosa es determinante en la decisión del conflicto y que entiende, en el caso de los testigos de Jehová mayores y capaces, que el médico está obligado a respetar el rechazo de una transfusión sanguínea de necesidad vital, incluso si eso puede significar la muerte del paciente.

Por supuesto, para esta segunda posición se requieren diferentes requisitos: el paciente debe mantener expresa y reiteradamente su rechazo, después de haber sido informado de las consecuencias; el paciente ha tenido la posibilidad de intercambiar impresiones con el médico, de manera que su voluntad sea constatada en un ambiente sereno e independiente; el médico debe dejar constancia escrita y firmada por el paciente del rechazo, integrándolo en la historia clínica; finalmente, el paciente no puede estar aquejado de una patología psiquiátrica que perturbe su capacidad de juicio, debiendo comprender las consecuencias del citado rechazo.

La controversia entre el valor de la vida y el valor de la libertad religiosa, en el caso de los testigos de Jehová, no parece aún resuelta definitivamente por nuestro Tribunal Constitucional. El alto Tribunal se pronunció indirectamente sobre esta cuestión (1996) en un supuesto en el que se reclamaba por un testigo de Jehová los gastos efectuados como consecuencia de una intervención quirúrgica en un clínica privada, ante la negativa del médico del sistema público a realizarla sin transfusión sanguínea, tal y como exigía el paciente.

El alto tribunal dice lo siguiente:

“ el problema que plantea el recurrente no es de carencias o deficiencias de los servicios médicos de la Seguridad Social respecto del sistema o de los medios conforme a los cuales hayan de atenderse las prestaciones médico-quirúrgicas a los enfermos, sino que pide, en razón y por exigencia de sus creencias religiosas, que tales prestaciones se le dispensen sin que en ningún caso se utilice transfusión de sangre en la operación quirúrgica a que debía de someterse. No pide más de lo que la Seguridad Social tiene previsto para estas prestaciones, sino que se dispensen éstas prescindiendo de un remedio cuya utilización, por pertenecer a la lex artis del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas que, en cada caso, se presenten y se consideren necesarias para solventarlo. Las causas ajenas a la medicina por respetables que sean –como lo son en este caso– no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica”.

Un voto discrepante afirma, sin embargo,:

“ que se ha perdido la ocasión para determinar si es o no legítima constitucionalmente (arts. 15 y 16 CE) una asistencia médica coercitiva a quien no se halla en una relación de sujeción especial y, en los términos empleados por la STC. 120/1990 («Asumir el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta»), antes que violentar sus creencias religiosas”.

El predominio del derecho a la libertad religiosa sobre el derecho a la vida se ha recogido en alguna ocasión por los tribunales, amparándose en lo que, a su juicio, puede deducirse de nuestro Tribunal Constitucional (por ejemplo, la STC. 154/2002), en la que se efectúan repetidos pronunciamientos en cuanto al derecho que asiste a una persona a no someterse a actuaciones contrarias a sus creencias religiosas, derecho que no está cometido a más límites que los que imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente.

En todo caso, como ha quedado dicho, se está a falta de un pronunciamiento definitivo de la Ley o de nuestro Tribunal Constitucional, sin que sea posible establecer un criterio frente a

un supuesto concreto, por lo que la bioética y el derecho siguen contendiendo sin que haya un claro vencedor.

7.3. Donde el buen criterio bioético no puede secundado por el derecho por afectar a un derecho constitucional como es el de no declarar contra sí mismo.

La seguridad del paciente no es otra cosa que la ausencia, prevención o minimización de los daños producidos durante el proceso de atención sanitaria y para garantizarla cobra una especial relevancia el establecimiento de sistemas rigurosos y eficaces para la notificación de errores y sucesos adversos, con la finalidad de contribuir a mejorar dicha seguridad, aprendiendo de la experiencia ajena.

Casi todos los países desarrollados cuentan con sistemas obligatorios de notificación de eventos adversos en sectores determinados, sobre todo desde la publicación del Informe *“To err is human. Building a safer health system”* por el Instituto de Medicina norteamericano en el que se citaban los errores médicos como la séptima causa de muerte en los EE.UU. (1999). En definitiva, se pone el acento en no dañar, como primer paso para garantizar la calidad en la asistencia y disminución de costes.

Ahora bien, no cabe duda de que en determinados casos la posibilidad de conectar los sucesos adversos declarados con la actuación de un profesional concreto, es algo que puede afectar seriamente a su reputación profesional. En este sentido, hay que significar que incluso cuando el registro está concebido de forma anónima y confidencial, el conocimiento de la zona territorial, o de la unidad o servicio hospitalario de donde procede el suceso declarado, puede perjudicar sensiblemente al profesional.

Por tanto, hay mucho debate en orden a las decisiones que puedan o deban tomarse frente a peticiones de información realizadas por pacientes, profesionales, o terceros, incluidos jueces o Tribunales. Cuestión distinta, lógicamente, es el uso de la información que pueda hacerse por las entidades debidamente autorizadas para estudiar y sacar partido a dicha información, de manera que revierta en recomendaciones y medidas para la mejora de la seguridad de los pa-

cientes, que es el objetivo y la razón de ser de los registros.

En otras palabras, si no se establece por norma con rango de ley una excepción a la obligación genérica de colaboración con la Administración de Justicia (Art. 118 CE), no cabe duda de que la información almacenada no estará excluida de la misma y deberá ser transmitida a los órganos judiciales si éstos la requieren en el marco de un proceso judicial, con las implicaciones negativas que eso supone en orden a la confianza que el registro debe generar entre los profesionales, siendo ésta la situación de partida, desde luego, en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros países (Reino Unido, Dinamarca, Australia y otros) en los que la confesión del médico está despenalizada y no constituye, en principio, un instrumento dirigido a la responsabilización del profesional sanitario, garantizándose, en consecuencia, el anonimato.

En resumen, nada obstaría a que el derecho y la bioética, en la cuestión tratada, circularan en el mismo camino de la seguridad del paciente, siempre que la Ley garantizase la no utilización de la información notificada en perjuicio de los profesionales sanitarios, con vulneración del principio que ampara el derecho a no declarar contra sí mismo.

Mientras tanto, tal y como ha quedado enunciado en el epígrafe, la Ley no puede, en determinadas ocasiones, secundar el correcto juicio bioético, pues esto supondría la merma de las garantías constitucionales relacionadas con el derecho de defensa (Art. 24.2. CE).

EL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS¹

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL ARTÍCULO 156 BIS DEL CÓDIGO PENAL: ¿UN FUTURO EJEMPLO MÁS DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO?

Silvia Mendoza Calderón

*Profesora Contratada Doctora de Derecho penal
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas consideraciones en relación a los textos internacionales sobre el tráfico ilegal de órganos humanos. III. La obtención y utilización clínica de los órganos humanos destinados al trasplante y sus requisitos de calidad y seguridad. IV. La introducción del delito de tráfico de órganos en el Código Penal español. 1. El bien jurídico protegido en el artículo 156 bis CP. 2. Elementos típicos del delito previsto en el art. 156 bis CP. 2.1 Tipo objetivo. a) La exclusión del ámbito típico de la figura del donante de órganos. b) La promoción, favorecimiento, facilitación o publicidad de la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos. c) La controvertida punición del receptor de los órganos. 2.2 Tipo subjetivo. 3. Grados de ejecución delictiva. Autoría y participación. 4. Relaciones concursales. **V. Conclusiones. VI. Bibliografía.**

RESUMEN

El presente trabajo analiza la expresa introducción en el Código penal de las conductas relativas al tráfico de órganos en el art. 156 bis CP. Se realiza una primera aproximación al estudio de sus principales elementos típicos, en una reflexión sobre la adecuación de la descripción legal a la compleja realidad práctica que se pretende regular. Se cuestiona la eficacia del precepto, valorando si nos encontraríamos ante un caso más del denominado “Derecho penal simbólico”.

PALABRAS CLAVE

Tráfico de órganos, código penal, derecho penal simbólico.

ABSTRACT

This paper analyzes the explicit introduction into the Penal Code of conducts relating to organ trafficking in Article 156 bis. It is performed a first approach to the study of major typical elements, performing a reflection on the adequacy of the legal description to the complex practical reality which is purported to regulate. It is questioned the effectiveness of the provision, valuing if we would have a case more of so-called “Symbolic Criminal Law”.

KEYWORDS

Organ Trafficking, Penal Code, Symbolic Criminal.

¹ Esta investigación se ha llevado a cabo en el Marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad, DER2011-27473. Fecha de finalización del trabajo: 28 de enero 2014.

I. INTRODUCCIÓN

Según habrían confirmado los especialistas, al menos el 10% de los órganos que se trasplantan en el mundo procederían del tráfico ilegal. Normalmente, estos casos se producen cuando personas gravemente enfermas con recursos económicos no dudan en acudir a cualquier lugar del mundo, en busca de alguna persona capaz de entregar una parte de su cuerpo, a cambio de dinero. Este tráfico de órganos se asentaría fundamentalmente en países de Asia, como Pakistán, en zonas de América Latina, antiguos países de la República Soviética y también, en Extremo Oriente. Por otra parte, los receptores de dichos órganos se encontrarían generalmente en países desarrollados, fundamentalmente, Israel y Estados Unidos².

En el año 2011, se produjo la primera condena por tráfico ilegal de órganos en los Estados Unidos, a pesar de que desde 1984, existía una normativa al respecto. El acusado, I. L. *Rosenbaum*, se declaró culpable de tres cargos de tráfico de órganos y un cargo de conspiración en un tribunal federal de Nueva Jersey. La investigación encontró que el acusado pagaba dinero a personas en Israel dispuestas a donar sus órganos y una vez en Estados Unidos, se les mostraba una historia clínica falsa del paciente, que hacía parecer genuina la donación. Fue condenado a dos años y medio de prisión por trasplante ilegal de órganos y conspiración, debiendo cumplir una pena de 30 meses de cárcel, tres años de libertad condicional, pagar una multa de 5.000 dólares y devolver 420.000 dólares por los trasplantes negociados³.

En Europa, es desgraciadamente celebre lo sucedido en Kosovo. Por una parte, en mayo de 2013 se ha condenado por el Tribunal de Pristina (Kosovo) a los directores de una clínica y a distintos médicos y anestesistas a 20 años de prisión por tráfico de órganos, crimen organizado y fraude, entre otros delitos. Los acusados habían creado una red que reclutaba a sus víctimas en diferentes países y los trasladaba a su clínica para extraerles los órganos, que posteriormente, trasplantaban a otras personas a cambio de amplias sumas de dinero. Se producían desembolsos de hasta 130.000 euros por parte de los beneficiarios, mientras que las víctimas perdían sus órganos a veces, sin ni

siquiera recibir los pagos prometidos⁴. Sirva como ejemplo, el caso el bielorruso A. K. que en octubre de 2008 vio en Internet una oferta de 10.000 euros por un riñón. A. K. necesitaba dinero para pagarse los estudios y atender a su padre enfermo, por ello, accedió a vender un riñón a través de dos intermediarios, que le suministraron un primer pago de 6.100 euros y condicionaron el resto a que fuese capaz de encontrar a otros donantes. Al final, solo recibió 400 más y fue amenazado con sufrir “terribles consecuencias” si contaba lo ocurrido. Su riñón fue trasplantado a un ciudadano israelí en una clínica de Pristina⁵.

Asimismo, en el *Informe del Consejo de Europa sobre el tráfico ilegal de órganos humanos en Kosovo, de 12 de diciembre de 2010*, (Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos del Consejo de Europa) titulado «*Trato inhumano de personas y tráfico ilegal de órganos humanos en Kosovo*», resultado de una investigación de dos años, ya se hacía referencia a la extirpación y al tráfico ilegales de órganos humanos con presos como víctimas (sobre todo de origen serbio), al tráfico ilegal de armas y al tráfico de personas para explotación sexual o de otro tipo⁶.

En Asia, se ha señalado que de los 2.000 riñones que se trasplantan al año en Pakistán, dos terceras partes tendrían destinatarios extranjeros y provenirían de campesinos que viven en condiciones de

4 Cfr. EL PAÍS, en su edición de 4 de mayo de 2013. Se recoge que sería la primera sentencia en el mundo que condena a médicos por estas prácticas; había habido otras sentencias, pero nunca con médicos. Indica la publicación que este caso recuerda al destapado en 2011: una red de tráfico de órganos que operó tras el conflicto en Kosovo, entre 1999 y 2000. El caso, investigado por el Consejo de Europa, atribuía al Ejército de Liberación de Kosovo —principal fuerza rebelde frente a Serbia— el liderazgo de la organización. Los culpables extraían los órganos a prisioneros serbios y los mataban de un tiro al terminar. El Consejo de Europa estableció un nexo entre los dos episodios al considerar en 2011 que el caso investigado por Eulex demostraba que esas prácticas podían llegar hasta hoy. Asimismo, sobre la investigación abierta en el seno del Consejo de Europa, cfr. Euronews, “Los crímenes de Kosovo en el punto de mira de Estrasburgo”, (25/01/2011).

5 Cfr. EL PAÍS, en su edición de 4 de mayo de 2013.

6 E-000002/2011, 13 de enero de 2011 E-000002/2011. Pregunta con solicitud de respuesta escrita a la Comisión. Artículo 117 del Reglamento. Nikolaos Chountis (GUE/NGL). Asimismo, en el Proyecto de Convenio del Consejo de Europa contra la trata de Órganos Humanos conforme a la Recomendación 2009 (2013), se ha incluido la incorporación del principio de la no comercialización del cuerpo humano. Cfr. *Draft Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, Doc. 13338, 22 October 2013*. Cfr. igualmente, la *Resolución 1782 (2011) sobre la investigación del tráfico ilícito de órganos humanos en Kosovo*.

2 Cfr. La Vanguardia, en su edición de 27 de junio de 2013.

3 Cfr. La Voz de América, en su edición de 12 de julio de 2012.

insalubridad y pobreza extremas. Estas personas ganarían sueldos de miseria, una media de 15 dólares al mes, adquiriendo una gran cantidad de deudas. En algunos pueblos del Punjab (una región medio india, medio pakistaní), según habría indicado la prensa, casi todos sus habitantes habrían vendido un riñón. Su situación económica en cambio, no mejoraría porque lo que ganan, apenas les daría para saldar su deuda, y por otro lado, habría que valorar la considerable merma de su salud que podría implicar que dejaran de trabajar al no recibir asistencia médica en la fase de recuperación⁷.

Según el Registro Mundial de Trasplantes, España alcanzaría los treinta y dos donantes renales por millón de habitantes. A pesar de ser líder mundial en este campo, la cifra se quedaría pequeña si se tiene en cuenta que la lista de espera sería de cinco mil personas. Por otra parte, según el Informe *Organ Trafficking de la Organización Mundial de la Salud*, algunas asociaciones de consumidores en España, habrían denunciado en 2009 anuncios de españoles que ofrecían riñones a cambio de dinero (entre 15.000 y 100.000 euros) en Madrid, Castellón, Málaga y Sevilla⁸.

Asimismo, según algunos datos recogidos en Internet, existirían una serie de “tarifas” de órganos para trasplantes clandestinos: el precio más alto le correspondería a la médula ósea con 165.278,32 euros, seguida del corazón, hígado y pulmón con un precio de 150.253 euros. Un riñón podría alcanzar hasta los 102.172 euros⁹.

7 Cfr. EL PAIS, http://elpais.com/diario/2009/05/03/eps/1241332014_850215.html, consultada en octubre 2013.

8 Cfr. EL PAIS, en su edición de 31 de julio de 2011. Cfr. asimismo el estudio del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas “*Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*”, (2009). Cfr. Igualmente la 63^a Asamblea Mundial de la Salud, celebrada el 21 de mayo de 2010, en relación a los *principios rectores de la Organización Mundial de la Salud, sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos*. En Alemania, en 2012, un médico de Gotinga, fue acusado de recibir dinero a cambio de manipular listas de espera para trasplantes de órganos y en Baja Sajonia se sospecha que, entre los años 2004 y 2006, se manipuló la lista de espera para trasplantes de hígado con miras a introducir en un puesto privilegiado a 23 pacientes antes del momento que les correspondía. El médico al que se le atribuyen las manipulaciones en Gotinga también había trabajado en Ratisbona. Cfr. <http://www.dw.de/transplante-de-organos-crece-el-escandalo/a-16138977>, consultada en septiembre 2013

9 Cfr. www.kranzyinfo.com/trafico-de-organos-corrupcion, consultada en noviembre 2013.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN A LOS TEXTOS INTERNACIONALES SOBRE EL TRÁFICO ILEGAL DE ÓRGANOS HUMANOS

Conforme a la *Declaración de Estambul de 2 de mayo de 2008*¹⁰, sobre Tráfico de órganos, hay que distinguir entre las conductas de tráfico de órganos en sentido estricto, comercio de órganos y turismo para trasplante.

En relación al *tráfico de órganos*, se entendería la obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o de sus órganos, mediante una amenaza, el uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño o abuso de poder o de posición vulnerable, o la entrega o recepción de pagos o beneficios por parte de un tercero para obtener el traspaso de control sobre el donante potencial, dirigido a la explotación mediante la extracción de órganos para el trasplante¹¹.

Por otro lado, el “*comercio de órganos*” comprendería a aquella práctica en la cual un órgano sería tratado como un bien económico, que puede ser comprado, vendido o utilizado como mercancía.

El concepto de “*viaje para trasplante*” abarcaría aquel traslado de donantes de órganos, receptores o profesionales relacionados con trasplante que cruzan fronteras jurisdiccionales con el objetivo de realizar trasplantes. Dichos viajes se convertirían en “*turismo para trasplante*” si involucran tráfico de órganos y la comercialización de los mismos o de otros recursos como profesionales o centros de trasplante dedicados a entregar trasplantes a pacientes del extranjero, minando de esta manera la capacidad del país para entregar adecuados servicios de trasplante para su propia población¹².

10 *Participantes en la Cumbre internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos convocada por la Sociedad de trasplantes y la Sociedad internacional de nefrología en Estambul, Turquía, del 30 de abril al 2 de mayo de 2008.*

11 GARCIA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ALVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706. Citando el art. 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar el tráfico de personas, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

12 Cfr. Proyecto de Convenio del Consejo de Europa contra la trata de Órganos Humanos conforme a la Recomendación 2009 (2013), en su apartado 3.1.1 (*Draft Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, Doc. 13338, 22 October 2013*) donde se especifica que se ha rechazado en relación al tráfico de órganos una definición omnicompreensiva, prefiriéndose una enumeración singular de los actos criminales,

Como habría puesto de relieve PUENTE ABA reviste gran importancia la distinción entre el tráfico de órganos y el comercio de órganos, puesto que se trataría de dos fenómenos diferentes y existirían diversos intereses afectados. En ambas conductas se conculcarían los principios de gratuidad y altruismo en las donaciones de órganos pero presentando perspectivas diferentes. En el caso del tráfico de órganos, siempre existiría una víctima del tráfico o trata, es decir, una persona que habría sido forzada de varias formas posibles a ceder su órgano a otro. Se trataría de una extracción, no de una donación, de órganos. En cambio, en el comercio de órganos aunque tampoco se acomoda con el principio de gratuidad, estaríamos ante un acto voluntario, en el que una persona decide entregar un órgano propio a cambio de precio¹³.

En el ámbito europeo, la *Directiva 2010/53/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*, habría incidido en que la utilización de órganos en trasplantes conllevaría riesgos de transmisión de enfermedades, siendo necesaria una buena organización de los sistemas nacionales e internacionales de trasplante y la utilización de los mejores conocimientos, tecnologías y tratamientos médicos innovadores disponibles para reducir significativamente los riesgos asociados a los órganos trasplantados para los receptores.

Del mismo, habría manifestado que entre las prácticas inaceptables en materia de donación y trasplante de órganos se incluiría el tráfico de órganos, a veces vinculado a la trata de seres humanos con el fin de extraerles los órganos, que constituiría una violación grave de los derechos fundamentales y, en particular, de la dignidad humana y la integridad física¹⁴.

Se recalca sobre todo, que el altruismo sería un factor importante en la donación de órganos, ya que para garantizar la calidad y seguridad de los órganos,

debido a la complejidad que representa el fenómeno del tráfico de órganos.

13 Cfr. PUENTE ABA, “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, pp. 135-152. Asimismo señala que el concepto de tráfico de órganos abarcaría diversos supuestos que no podrían incardinarse en el fenómeno de la trata de seres humanos, como serían los supuestos de conductas relacionadas con la obtención de órganos de personas fallecidas.

14 Se señala en la mencionada normativa, que como principio general, el intercambio de órganos con terceros países debe ser supervisado por la autoridad competente y que dicho intercambio de órganos con terceros países únicamente deberá permitirse si se cumplen normas equivalentes a las establecidas en la Unión Europea.

los programas de trasplante de órganos se basarían en los principios de donación voluntaria y no retribuida. Cuando la donación no fuera voluntaria o se realizara con fines lucrativos, se señala que la calidad del proceso de donación podría quedar en entredicho, porque la mejora de la calidad de vida de una persona o la salvación de su vida no constituiría el objetivo principal o único. Si los donantes buscan un beneficio económico o están sometidos a cualquier forma de coerción, puede que la historia clínica obtenida del posible donante vivo o de los familiares del posible donante fallecido carezca de la precisión suficiente por lo que respecta a las condiciones y enfermedades potencialmente transmisibles del donante al receptor.

Respecto a la voluntariedad, en la Unión Europea coexistirían varios modelos de consentimiento para la donación, tanto sistemas de inclusión opcional, en los que el consentimiento para la donación de órganos *debe ser obtenido de forma explícita*, como sistemas de exclusión opcional, en los que la donación puede llevarse a cabo, *al menos que existan pruebas de objeción a la donación*¹⁵.

Asimismo, la Directiva europea establece que la donación en vida coexistiría con la donación tras el fallecimiento debiendo el donante vivo ser evaluado adecuadamente para determinar su idoneidad para la donación y minimizar el riesgo de transmisión de enfermedades al receptor. Dicho donante tiene que poder decidir libremente sobre la base de toda la información pertinente, y debe ser informado de antemano sobre la finalidad y la naturaleza de la donación, sus consecuencias y sus riesgos.

15 Cfr. VOIGHT, “Sistemas de donación de órganos”, en <http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=print&sid=2504>, consultada en septiembre de 2013, indica que en Austria, donde se consagra una versión estricta de la presunción de consentimiento, igualmente la familia puede ser tenida en cuenta; o en España, donde la extracción de órganos puede ser llevada a cabo por ley sin el consentimiento de la familia, los órganos coordinadores a cargo del proceso de donación no autorizan la extracción de órganos sin la aprobación explícita de la familia. Respecto a la legislación francesa, cfr. en relación al tráfico de órganos, células y tejidos humanos, señala el artículo L1272-1 del Código de la Salud Pública, que como se indica en el art. 511-2 del Código penal francés, el que obtenga de un individuo cualquiera de sus órganos a cambio de precio, se castigará con siete años de prisión y multa de cien mil euros. Con la misma pena se sanciona al que disponga de un órgano de una persona viva, aunque sea para fines terapéuticos, sin que el consentimiento se haya obtenido conforme a lo establecido en el artículo L1231-1 o sin las autorizaciones correspondientes. Vid. al respecto, BLOCKX., *Témoignage du corps humain et consentement éclairé: mens rea in corpore tacito?*, *Revue de droit de la santé*, núm. 3, 2002-2003, p. 161. Cfr. PROTHAUS, “Un droit penal per les besoins de la bioéthique”, *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, núm.1, 2000, pp. 39 ss., cuestionando la eficacia de la utilización de legislación penal especial en la materia.

III. LA OBTENCIÓN Y UTILIZACIÓN CLÍNICA DE LOS ÓRGANOS HUMANOS DESTINADOS AL TRASPLANTE Y SUS REQUISITOS DE CALIDAD Y SEGURIDAD

El *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre*, se aplica en España a la donación, la evaluación, la caracterización, la extracción, la preparación, la asignación, el transporte y el trasplante de órganos y su seguimiento, así como el intercambio de órganos humanos con otros países. Por supuesto, siempre que los órganos se vayan a utilizar con finalidad terapéutica, es decir, con el propósito de favorecer la salud o las condiciones de vida de su receptor, sin perjuicio de las investigaciones que puedan realizarse adicionalmente¹⁶.

En primer lugar, se establece que en la obtención y la utilización de órganos humanos se deberá respetar los derechos fundamentales de la persona y los postulados éticos que se aplican a la práctica clínica y a la investigación biomédica. De igual forma, deberán seguirse los principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad, de forma que no sea posible obtener compensación económica ni de ningún otro tipo por la donación de ninguna parte del cuerpo humano.

En este sentido, en el artículo 7 de este *Real Decreto 1723/2012* se recoge que no se podrá percibir gratificación alguna por la donación de órganos humanos por el donante, ni por cualquier otra persona física o jurídica. Tampoco se podrán ofrecer o entregar beneficios pecuniarios o de cualquier otro tipo en relación con la asignación de uno o varios órganos para trasplante, así como solicitarlos o aceptarlos.

Sin embargo, la realización de los procedimientos médicos relacionados con la obtención no puede ser, en ningún caso, gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido, ya que el principio de gratuidad no impide a los donantes vivos el resarcimiento de los gastos y la pérdida de ingresos directa-

mente relacionados con la donación. Se estima, que cuando dicha restitución resulte procedente, habrá de efectuarse necesariamente a través de los mecanismos que se puedan prever a tal efecto por las administraciones competentes.

Se prohíbe igualmente, hacer cualquier publicidad sobre la necesidad de un órgano o sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración. En ningún caso, se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado.

En relación a los requisitos para la obtención de los órganos debe distinguirse los supuestos de donantes vivos de aquellos casos en los que el donante es una persona que ha fallecido.

Para la obtención de órganos procedentes de *donantes vivos* para su ulterior trasplante deben cumplirse los siguientes requisitos: en primer lugar, el donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado; segundo, debe tratarse de un órgano, o parte de él, cuya obtención sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura; en tercer lugar, en todo caso, el donante habrá de ser informado previamente de las consecuencias de su decisión, de los riesgos, para sí mismo o para el receptor, así como de las posibles contraindicaciones, y de la forma de proceder prevista por el centro ante la contingencia de que una vez se hubiera extraído el órgano, no fuera posible su trasplante en el receptor al que iba destinado. El donante debe otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada.

Por otra parte, el donante no deberá padecer o presentar deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra condición por la que no pueda otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la obtención de órganos de menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.

El destino del órgano obtenido será su trasplante a una persona determinada con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida.

Se detalla que no se obtendrán ni se utilizarán órganos de donantes vivos si no se esperan suficientes posibilidades de éxito del trasplante, si existen sospechas de que se altera el libre consentimiento del do-

¹⁶ Quedan excluidos del ámbito de este real decreto: a) los órganos, cuando su extracción tenga como finalidad exclusiva la realización de estudios o análisis clínicos, u otros fines diagnósticos o terapéuticos; b) la sangre y sus derivados; c) los tejidos y células y sus derivados, a excepción de los tejidos compuestos vascularizados; d) los gametos; e) los embriones y fetos humanos; f) el pelo, las uñas, la placenta y otros productos humanos de desecho; g) la realización de autopsias clínicas, conforme a lo establecido en la Ley 29/1980, de 21 de junio, de autopsias clínicas, y en el Real Decreto 2230/1982, de 18 de junio, sobre autopsias clínicas; h) la donación del propio cuerpo para su utilización en estudios, docencia o investigación; i) el xenotrasplante. Cfr. igualmente la Ley 30/1979, de 28 de octubre sobre extracción y trasplante de órganos.

nante, o cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico, social, psicológico o de cualquier otro tipo.

En cualquier caso, para proceder a la obtención, será preceptivo disponer de un informe del Comité de Ética correspondiente.

Los donantes vivos se seleccionan sobre la base de su salud y sus antecedentes clínicos. El estado de salud físico y mental del donante deberá ser acreditado por un médico cualificado distinto de aquéllos que vayan a efectuar la extracción y el trasplante, que informará sobre los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional, así como de los beneficios que se esperan del trasplante y los riesgos potenciales para el receptor. De este modo, debe trasladarse al donante vivo la importancia que reviste la transmisión de sus antecedentes personales. A la luz del resultado de este examen, se podrá excluir a cualquier persona cuando la obtención pueda suponer un riesgo inaceptable para su salud, o el trasplante del órgano obtenido para la del receptor¹⁷.

17 Para proceder a la obtención de órganos de donante vivo, se precisará la presentación, ante el Juzgado de Primera Instancia de la localidad donde ha de realizarse la extracción o el trasplante, a elección del promotor, de una solicitud del donante o comunicación del Director del centro sanitario en que vaya a efectuarse, o la persona en quien delegue, en la que se expresarán las circunstancias personales y familiares del donante, el objeto de la donación, el centro sanitario en que ha de efectuarse la extracción, la identidad del médico responsable del trasplante y se acompañará el certificado médico sobre la salud mental y física del donante. El donante deberá otorgar su consentimiento expreso ante el Juez durante la comparecencia a celebrar en el expediente de Jurisdicción Voluntaria que se tramite, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y en presencia del médico al que se refiere el apartado 3 de este artículo, el médico responsable del trasplante y la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención, conforme al documento de autorización para la extracción de órganos concedida. El documento de cesión del órgano donde se manifiesta la conformidad del donante será extendido por el Juez y firmado por el donante, el médico que ha de ejecutar la extracción y los demás asistentes. Si alguno de los anteriores dudara de que el consentimiento para la obtención se hubiese otorgado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada, podrá oponerse eficazmente a la donación. De dicho documento de cesión se facilitará copia al donante. En ningún caso podrá efectuarse la obtención de órganos sin la firma previa de este documento. Entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización. La obtención de órganos procedentes de donantes vivos sólo podrá realizarse en los centros sanitarios expresamente autorizados para ello, debiendo informar del procedimiento a la autoridad competente responsable con anterioridad a su

Como ha resaltado MUÑOZ CONDE, a diferencia de lo que ocurre con la Ley alemana, que exigiría para el trasplante de órganos únicos de una persona viva a otra que “el trasplante sea entre parientes en primer y segundo grado, cónyuges, prometidos o personas ligadas por una reconocida vinculación personal especial con el donante”, la Ley española no exige ninguna vinculación entre el donante y el receptor. Por lo tanto, en el Derecho español no se daría la polémica que habría provocado el denominado *cross-over* o trasplante entre parejas que previamente no tienen ninguna relación¹⁸.

En estos casos, el marido quiere donar uno de sus riñones, pero tiene con la mujer una incompatibilidad sanguínea. En esta situación, puede encontrar otro matrimonio que tiene el mismo problema, pero que no tiene la incompatibilidad sanguínea que él tiene con su mujer y por lo tanto, puede donar un riñón que ella necesita, a cambio de que el haga lo mismo respecto a la otra mujer. La cuestión residiría en si se da la “especial vinculación personal” entre donante y receptor que exigiría la Ley alemana¹⁹.

SCHREIBER habría sostenido que la situación de necesidad en la que se encontrarían ambas parejas fundamentaría la especial vinculación personal que exige la ley alemana, y que en este caso, el trasplante sería legalmente admisible. En cambio, SCHROTH mantiene que en estas situaciones, el hecho de que se compartan sufrimiento, no fundamentaría todavía la existencia de una estrecha relación personal²⁰.

realización. Deberá proporcionarse al donante vivo asistencia sanitaria para su restablecimiento y se facilitará su seguimiento clínico en relación con la obtención del órgano.

18 MUÑOZ CONDE, “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, págs. 458 ss. Asimismo sobre el principio de subsidiariedad en la regulación alemana, de las donaciones de órganos de donantes vivos frente a las donaciones post-mortem, cfr. TAMBORNINO, “Organ Transplantation”, Marzo, 2010, p. 11, en <http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation>, consultada en octubre 2013. Se recoge que una donación de órganos de donantes vivos solamente es permisible cuando no están disponibles órganos de personas fallecidas en el momento de la extracción.

19 MUÑOZ CONDE, “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pp. 458 ss.

20 MUÑOZ CONDE, *ul.op.cit.*, pp. 458 ss.

La cuestión no carecería de trascendencia, porque en la Ley alemana se sanciona con pena la infracción de esta prohibición legal. En este sentido, SCHROTH habría sostenido una “reducción teleológica” de la prohibición contenida en la Ley alemana entendiendo que la vinculación personal exigible se daría cuando entre ellos existan sentimientos de afectividad y la relación tenga origen en sus respectivas biografías, siendo necesario el conocimiento público de la misma, bastando con que dicha situación sea patente para el médico²¹.

En España, no plantearían inconvenientes los trasplantes *cross-over*, pero de la polémica alemana puede concluirse como afirma MUÑOZ CONDE que la motivación de la exigencia de dicha vinculación especial se debería a que cuando no se dicha vinculación podría haber sospechado que la donación encubriese una operación económica²².

En el supuesto de donantes fallecidos es necesario: primero, que la persona fallecida de la que se pretende obtener órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la obtención de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos y será respetada. En segundo lugar, en el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

Por ello, siempre que se pretenda proceder a la obtención de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, el responsable de la coordinación hospitalaria de trasplantes deberá realizar determinadas comprobaciones pertinentes sobre la voluntad del fallecido: investigar si el donante hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares, o a los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en la historia clínica, o en los medios previstos en la legislación vigente; examinar la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo²³.

21 MUÑOZ CONDE, *ul.op.cit.*, págs. 458 ss. Cfr. igualmente, SCHROTH, en ROXIN, SCHROTH, *Medizinstrafrecht*, 2ª Edición, pp. 257 ss.

22 MUÑOZ CONDE, *ul.op.cit.*, pp. 458 ss.

23 La obtención de órganos de fallecidos sólo podrá hacerse previo diagnóstico y certificación de la muerte realizados con arreglo a lo establecido en este real decreto y en particular en el anexo I, las exigencias éticas, los avances científicos en la materia y la práctica médica generalmente aceptada. Los profesionales que diagnostiquen y certifiquen la muerte deberán ser médicos con la cualificación adecuada para esta finalidad, distintos de aquéllos que hayan de

Por otra parte, con el fin de proteger la salud de donantes vivos y receptores, se garantizará la trazabilidad de todos los órganos obtenidos, asignados, trasplantados o desestimados en España, implementándose un sistema de identificación de donantes y receptores que permita identificar cada donación y cada uno de los órganos y receptores asociados a ella²⁴.

En relación a las infracciones administrativas en el artículo 32 del *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre*, se contienen entre otras conductas, como infracciones muy graves la realización de cualquier actividad regulada sin respetar los principios de voluntariedad, altruismo, ausencia de ánimo de lucro o gratuidad; la publicidad sobre la necesidad o la disponibilidad de un órgano, ofreciendo o solicitando algún tipo de gratificación o remuneración; la obtención de órganos de donante vivo en ausencia de cumplimiento de cualquiera de los requisitos previos, como los relativos a la mayoría de edad, facultades mentales, estado de salud y consentimiento; y la obtención de órganos de donante fallecido en ausencia cualquiera de los requisitos previos establecidos, en

intervenir en la extracción o el trasplante y no estarán sujetos a las instrucciones de estos últimos. La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte. El cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un periodo apropiado de observación. Los criterios diagnósticos clínicos, los periodos de observación, así como las pruebas confirmatorias que se requieran según las circunstancias médicas, se ajustarán a los protocolos incluidos en el anexo I.

En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la obtención de órganos, será exigible la existencia de un certificado de muerte extendido por un médico diferente de aquel que interviene en la extracción o el trasplante. El cese irreversible de las funciones encefálicas, esto es, la constatación de coma arreactivo de etiología estructural conocida y carácter irreversible, se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un periodo apropiado de observación. En el supuesto expresado en el párrafo anterior, y a efectos de la certificación de muerte y de la obtención de órganos, será exigible la existencia de un certificado de muerte firmado por tres médicos, entre los que debe figurar un neurólogo o neurocirujano y el Jefe de Servicio de la unidad médica donde se encuentre ingresado, o su sustituto. En ningún caso dichos facultativos podrán formar parte del equipo extractor o trasplantador de los órganos. En los casos de muerte accidental, así como cuando medie una investigación judicial, antes de efectuarse la obtención de órganos deberá recabarse la autorización del juez que corresponda, el cual, previo informe del médico forense, deberá concederla siempre que no se obstaculice el resultado de la instrucción de las diligencias penales.

24 Cfr. Artículos 21 y 22 del *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre*.

particular, los relativos a la investigación sobre la voluntad del fallecido respecto a la donación de órganos y el diagnóstico y la certificación de la muerte.

Entre las infracciones graves se detallan asimismo la publicidad sobre la necesidad de órganos en beneficio de personas concretas, de centros sanitarios o instituciones, fundaciones o empresas determinadas, así como la publicidad engañosa que induzca a error sobre la obtención y la utilización clínica de órganos humanos; y entre las infracciones leves el incumplimiento de los requisitos de etiquetado y transporte de órganos humanos.

En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, se pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y no se seguirá el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte resolución firme que ponga fin al procedimiento. De no haberse estimado la existencia de delito, se continuará el expediente sancionador tomando como base los hechos que los Tribunales hayan considerado probados²⁵.

IV. LA INTRODUCCIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

En la *Exposición de Motivos de la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio*, se destacó que como respuesta al fenómeno cada vez más extendido de la compra-venta de órganos humanos y al llamamiento de diversos foros internacionales a abordar su punición, se habría incorporado como infracción penal la obtención o el tráfico ilícito de órganos humanos, así como el trasplante de los mismos. Se reconoce que aunque nuestro Código Penal ya contemplaba estas

conductas en el delito de lesiones, era necesario dar un tratamiento diferenciado a dichas actividades castigando a todos aquellos que promovieran, favorecieran o publicitaran la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o su trasplante. Por otra parte, se habría considerado preciso incriminar incluso a la figura del receptor de órganos que conociendo su origen ilícito, consintiera en la realización del trasplante.

Como ha puesto de manifiesto GARCIA ALBERO, tal novedosa figura delictiva no figuraba en el Anteproyecto de reforma del Código penal, pero fue incorporada al Proyecto a instancia del Ministerio de Sanidad y Política Social²⁶.

Actualmente, en el artículo 156 bis del Código penal se sanciona la conducta de los *que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos, que serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal*.

De igual forma, se añade que *si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable*.

En el art. 156.3 bis CP se establece que cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido y que atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Como habría sostenido GÓMEZ RIVERO, de una lectura conjunta de los distintos instrumentos internacionales que reflejan la preocupación por el tráfico ilegal de órganos se desprende el interés por asegurar de forma amplia la calidad y la seguridad de los órganos, tejidos y células humanas destinadas al trasplante, así como las condiciones de su realización en la secuencia que abarca desde sus extracción hasta

25 Las infracciones a que se refiere el artículo 33 serán sancionadas con multa de acuerdo con la graduación establecida en el artículo 58 de la *Ley 33/2011, de 4 de octubre, el artículo 45 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el artículo 36 de la Ley 14/1986, de 25 de abril*. En el art. 58 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre se establece que la comisión de infracciones en materia de salud pública dará lugar a la imposición de las siguientes sanciones, sin perjuicio de las que puedan establecer las comunidades autónomas y Entidades locales en el ámbito de sus competencias: a) en el caso de infracción muy grave: Multa de 60.001 hasta 600.000 euros, pudiendo rebasar esta cuantía hasta alcanzar el quintuple del valor de mercado de los productos o servicios objeto de la infracción; b) en el caso de las infracciones graves: Multa de 3.001 hasta 60.000 euros; c) en el supuesto de las infracciones leves: Multa de hasta 3.000 euros. Sin perjuicio de la sanción económica que pudiera corresponder, en los supuestos de infracciones muy graves, se podrá acordar por la autoridad competente el cierre temporal de los establecimientos o servicios por un plazo máximo de cinco años.

26 GARCIA ALBERO, "El nuevo delito de tráfico de órganos", en ALVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

la efectiva implantación en el receptor. El mensaje y la preocupación de estos instrumentos reclamarían una protección más amplia, que la otorgada por los delitos contra bienes jurídicos individuales²⁷.

1. El bien jurídico protegido en el artículo 156 bis CP.

Una de las cuestiones más debatidas por parte de la doctrina, ha sido la adecuada delimitación del bien jurídico protegido en el nuevo tipo delictivo. A pesar de reconocerse la necesidad de tipificación de esta serie de conductas, se habría señalado la opacidad del texto legal de la reforma, debido posiblemente a la ausencia de tradición en nuestro ordenamiento jurídico de un delito que tipificara expresamente las conductas relacionadas con el tráfico de órganos, (ya que hasta la reforma de 2010 su castigo solamente podía situarse con clásicos delitos que protegen bienes jurídicos individuales como lesiones, homicidio, libertad o integridad moral)²⁸.

Sin embargo, a nuestro juicio, una cuestión que merece ser abordada como paso previo al examen del concreto bien jurídico protegido en el tipo del art. 156 bis CP, sería el debate sobre si debería existir un “*mercado legal de tráfico de órganos*”, que habría sido planteada por algunos autores.

Recoge PUENTE ABA, que se habría sostenido una postura favorable a la creación de un mercado legal de órganos, cuando éste fuera articulado de tal forma que el donante enajenara un órgano propio al Estado o a una organización internacional a cambio de un precio fijado, para su posterior distribución por parte de estas entidades²⁹.

Los defensores de esta teoría la justificarían principalmente en tres motivos: en primer lugar, se alude a que de este modo podría desaparecer el “mercado negro” o no regulado de órganos, con ventas entre particulares o a profesionales que pueden enriquecerse con tal actividad. En segundo lugar, se considera que podría aumentar el número de órganos disponibles; y en tercer lugar, se estima que con estas conductas a la vez se generaría una posibilidad de actuación remunerada para personas sin recursos, sobre todo

teniendo en cuenta que no se prohíben otras actividades arriesgadas para la salud que se realizan con el fin de obtener ganancias patrimoniales³⁰.

Frente a estas posturas, estos argumentos habrían sido especialmente atacados por quienes se opondrían a la configuración de un mercado legal de órganos, aduciendo que de esta forma se estaría permitiendo una explotación de las personas con escasos recursos económicos (que no podrían tener otra forma de obtener ganancias patrimoniales), cuyo consentimiento por lo tanto no sería genuino y libre, y tampoco podrían ver eliminada su situación de pobreza por las ganancias obtenidas con la venta de un órgano. Del mismo modo, también se habría destacado como otro argumento en contra de la creación de este “mercado legal de órganos”, las importantes desigualdades económicas en el plano de los receptores, puesto que solo podrían acceder al mismo las personas de mejor condición económica, sumándose a este hecho las enormes dificultades para fijar un precio para los diferentes tipos de órganos y la problemática de la existencia de diversidad de precios según los países o la discutida compatibilidad de estas conductas con el respeto de la dignidad humana o los principios de gratuidad y altruismo, que habrían venido presidiendo la donación y el trasplante de órganos³¹.

Una vez delimitado este aspecto, en torno a la necesidad de su tipificación expresa, como habría afirmado MUÑOZ CONDE, a pesar de que *la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 5/2010*, señalaba que no era necesaria la tipificación del delito de tráfico de órganos, puede considerarse que esta afirmación sería verdad solo en parte, ya que aunque la extracción misma de un órgano pudiera ser constitutiva de un delito de mutilación de órganos principal o no principal, las conductas posteriores de tráfico o de trasplante del órgano, salvo que hubieran sido concertadas previamente a la intervención, podían quedar impunes o constituir un delito de encubrimiento, y tampoco se comprenderían las conductas anteriores o no directamente vinculadas con la extracción como la promoción del tráfico³².

27 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 117.

28 GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, p. 118.

29 PUENTE ABA, “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, pp. 135-152.

30 PUENTE ABA, “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, págs. 135-152. Citando (cfr. nota 21) MASON, LAURIE, *Law and Medical Ethics*, Oxford, 2011, pp. 545 s.

31 PUENTE ABA, “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, pp. 135-152.

32 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, pp. 122 ss. Cfr. igualmente, pp. 113 s y 121 donde se recoge que en el delito de lesiones se encuentra ya

En relación a cuál sería el concreto bien jurídico protegido en la norma penal, se habría esgrimido que las conductas de tráfico de órganos no afectarían únicamente a la salud personal, tanto del donante como del receptor, sino que también resultarían comprometidas la libertad y la dignidad del donante, en los casos en los que no se produjese una cesión del órgano en forma voluntaria, y asimismo, habría una dimensión lesiva de carácter supraindividual pues se comprometerían los principios de gratuidad y solidaridad que presiden la donación y el trasplante de órganos³³.

En este aspecto, siguiendo a GÓMEZ RIVERO, puede sintetizarse en relación a cuál sería el bien jurídico protegido en este tipo delictivo que se habrían

tipificados supuestos de mutilación de órganos. Asimismo, la regulación de tráfico de órganos prohibido expresamente la venta de órganos, por lo tanto en estos casos no es válido el consentimiento del donante, conforme a lo dispuesto en los artículos 155 y 156.1 CP. En el 156 CP el consentimiento en el caso de trasplante de órganos de la persona afectada es lo que realmente justifica estas intervenciones poniendo el legislador especial énfasis en que el consentimiento sea válido, es decir, que no se haya obtenido viciadamente mediante precio o recompensa o que el otorgante no sea menor de edad o incapaz. Fuera del ámbito de aplicación del art. 155 CP quedarían los supuestos de participación en una autolesión y la autolesión misma que serían conductas atípicas. En los casos de puesta en peligro por tercero con consentimiento del afectado lo que se plantearía es la posible responsabilidad del tercero por un delito de lesiones imprudentes del art. 152 CP.

33 PUENTE ABA, “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, pp. 135-152. Sobre la fundamentación de la prohibición penal del tráfico de órganos basada en la dignidad humana, MUÑOZ CONDE, “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pp. 462 ss., donde se recoge que si se admitiera que en el tráfico de órganos, el mismo ser humano o sus restos mortales serían objeto de intereses financieros y ello supondría tanto como instrumentalizarse en beneficio de terceros, argumenta que esta idea que puede explicar la prohibición del tráfico de órganos cuando el donante vivo recibe en vida una contraprestación económica a cambio de su donación, no puede trasladarse cuando el donante quiere que se pague a su familia después de la muerte. Ello explicaría, por qué antes de la *Ley orgánica 5/2010*, el tráfico de órganos solo podía constituir un delito de lesiones para terceros, (médicos, intermediarios o el propio receptor), pero no para el donante, que con su consentimiento todo lo mas que puede conseguir es que la pena del delito de lesiones que han cometido las terceras personas pudiera ser atenuada conforme a lo dispuesto en el art. 155 CP, ya que el efecto eximente del art. 156 CP sería con el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de trasplante de órganos. Se añade que si se sigue la teoría de la imputación objetiva de ROXIN, el consentimiento de la víctima en la propia lesión o en la puesta en peligro, excluiría la imputación a terceros del resultado lesivo. Si bien, ello plantearía inconvenientes con lo dispuesto en el parágrafo 226ª, del Código penal alemán, que excluye la eficacia eximente en el delito de lesiones cuando “éste es contrario a las buenas costumbres”.

producido dos corrientes diversas: por una parte, algunos autores habrían considerado que el delito toma como referente de su protección el interés individual de preservar la salud de las personas, básicamente del donante³⁴, y por otra, se habría defendido que se protegería un bien jurídico de dimensión colectiva que desbordaría la óptica individual de los sujetos en concreto afectados para preservar las condiciones de seguridad del tráfico de órganos, y en términos amplios, la salud pública³⁵.

En lo que respecta a la primera postura, se fundamentaría en la ubicación sistemática del precepto y en la atención prestada, en las concretas penas asignadas por el delito, ya que éstas se gradúan en función de que el órgano sobre el que recaigan las distintas conducta típicas sea o no principal, fijando el legislador el marco penal para cada uno de estos casos en correspondencia exacta con lo previsto para los delitos de lesiones recogidos en los artículos 149 y 150 CP³⁶.

GARCIA ALBERO habría resaltado que en el tráfico de órganos entendido en sentido amplio con inclusión del comercio y turismo, presentaría diversos perfiles de lesividad, de dimensión distinta (individual y colectiva). En la vertiente individual, el tráfico compromete en primer lugar a la integridad física y la salud del donante, bien por la conducta misma de extracción del órgano, bien por las condiciones en que pueda realizarse dicha extracción y la ausencia de controles sanitarios y cuidados posteriores en el donante. El éxito del trasplante no solo concierne a la salud del receptor sino también a la salud del donante vivo. En su modalidad de trata, (tráfico en sentido estricto), el tráfico atentaría adicionalmente contra la libertad y dignidad del donante, que es cosificado y tratado como mercancía al servicio de otros, el receptor. Pero la lesividad de estas conductas no se

34 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 118. Citando entre otros, GARCIA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC (coordinación), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, pp. 183 ss.; DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, “El delito de tráfico de órganos humanos”, en DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Director), *Estudios sobre las reformas del Código penal: (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011, pp. 279 s.

35 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 118, citando entre otros, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, Valencia, 2010, p. 132; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, parte especial*, Barcelona, 2010, p. 147.

36 GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, pp. 118 s.

limita al potencial donante-victima, sino que el uso terapéutico del trasplante no esta exento de riesgos básicamente de transmisión de enfermedades y de ahí la importancia del proceso de selección y evaluación de donantes y órganos³⁷.

Por ello, indica GARCIA ALBERO que no puede negarse que el tráfico de órganos presenta una dimensión lesiva supraindividual, al comprometer valores básicos como los principios de altruismo y solidaridad en la donación y equidad en el acceso a la terapia de trasplante. Asimismo, la conductas de turismo de trasplante, comprometerían la capacidad del sistema sanitario de determinaos países para ofrecer servicios a su propia población, atentando contra la equidad en el acceso de esta terapia. Sin embargo, añade que el legislador español habría prescindido de todos esos perfiles complejos, para situarse frente al solo plano de la protección de la salud e integridad física del donante. En consecuencia, solo se protegería la integridad y salud del donante vivo³⁸.

La segunda vertiente mencionada, en cambio, partiría de la interpretación que se desprendería de los documentos internacionales citados en *la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 5/2010*, cuya protección excedería de la preocupación por castigar puntualmente el tráfico de órganos conforme a un delito de lesiones, homicidio, contra la libertad o integridad moral. Desde este punto de vista, se estimaría que sería absurdo que el legislador español pretendiera dar respuesta a esta inquietud incorporando un tipo delictivo cuyo valor fuera solo redundante respecto a la protección ya otorgada por los clásicos delitos de lesiones, sin aportar nada más³⁹.

37 GARCIA ALBERO, "El nuevo delito de tráfico de órganos", en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

38 GARCIA ALBERO, "El nuevo delito de tráfico de órganos", en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706. FERNÁDEZ BAUTISTA, CORCOY BIDAOSLO, CARDENAL MONTRAVETA, MIR PUIG, BOLEA BORDÓN, GALLEGOS SOLER, GÓMEZ MARTÍN, SANTANA VEGA, MIR PUIG, HORTAL IBARRA, CARPIO BRIZ, ARZA, BESIO, *Comentarios al Código penal*, Valencia, 2011, TOL2.049.008. Se considera que los delitos previstos en el precepto son de naturaleza pluriofensiva. Por una parte, de la ubicación sistemática del precepto se deduce que es preciso que la conducta ponga en peligro la salud individual de alguna persona. Por otra, se atenta contra la salud pública, más concretamente contra el correcto funcionamiento del sistema de trasplantes. Esto última circunstancia excluye del tipo aquellos supuestos en los que los órganos provengan de donantes fallecidos.

39 GÓMEZ RIVERO, "El delito de tráfico ilegal de

En este sentido, MUÑOZ CONDE habría considerado que en el art. 156.1 bis CP se trataría más que de proteger la integridad física o la salud de la persona que en el caso concreto cede algún órgano, de evitar que dichos actos se conviertan en un negocio para terceras personas que se aprovechen de la necesidad del que para conseguir dinero ofrece uno de sus órganos para que se trasplante a otro. Por ello, el bien jurídico protegido sería más bien de carácter social que individual⁴⁰.

QUERALT habría sostenido que debería haberse considerado a este delito entre los delitos contra la salud pública, ya que no podría estimarse que se protege ni la salud del receptor ni la del donante, ya que por otra parte la lesión del donante ya encajaba en los tradicionales delitos de lesiones al margen de cuál fuera la concreta finalidad de la lesión⁴¹.

Asimismo, también se ha detallado que el delito de tráfico y trasplante ilegal de órganos sería un delito de lesión de un bien jurídico supraindividual, la salud pública, que utiliza como referente típico el peligro que se generaría para un interés individual, la salud del donante. La nueva incriminación se fundamentaría en la necesidad de proteger una de las condiciones que posibilitan la salud de la población, estimándose que todas las conductas descritas en el art.156 bis serían actos de debilitamiento de un elemento constitutivo de la salud pública, el funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, construido sobre la gratuidad, el altruismo así como la equidad en la selección y el acceso al trasplante. Sin embargo, para establecer el grado de afectación del bien jurídico supraindividual que pueda legitimar una pena tan importante y seleccionar así sólo las conductas más graves para la salud pública, el legislador habría introducido un referente individual, la salud del donante, que habría de ser puesta en peligro. Se estima que la ubicación sistemática del precepto sería un argumento decisivo en este sentido, entendiéndose que la conducta debería implicar un riesgo para la salud de alguna persona determinada. La consecuencia más importante de esta concepción del bien jurídico sería que quedan excluidas del tipo las actuaciones que tengan como objeto el trasplante de órganos provenientes de donantes fallecidos⁴².

órganos humanos", *Revista penal*, núm. 31, 2013, pp. 118 s.

40 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, pp. 122 ss.

41 QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte especial*, Barcelona, 2010, p. 147. PUENTE ABA, "La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español", *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, pp. 135-152.

42 VV. AA, "Delitos contra las personas. Tráfico de órganos", en http://www.individual.efl.es/ActumPublic/ActumG/MementoDoc/MPEN_07475_7485.pdf, consultada en

GÓMEZ RIVERO habría puesto de relieve que del tenor literal del art. 156 bis CP parece deducirse que se contemplaría las conductas que recaigan sobre órganos de donantes vivos y también el comercio ilegal de los extraídos de personas ya fallecidas, con lo que afirmar que en tales casos se trataría de preservar solo la integridad, la salud o incluso la vida del donante resultaría manifiestamente un sinsentido⁴³.

Asimismo, en relación al argumento de que las concretas penas asignadas por el delito se gradúan en función de que el órgano sobre el que recaigan las distintas conductas típicas, afirma que aun reconociendo la potencia formal de este argumento, cuando se razona desde una perspectiva material el objeto de protección es distinto del de los referidos delitos de lesiones. Primero, no podría entenderse que el legislador está pensando como único referente de la situación de peligro a que da paso el tráfico ilegal de órganos en las lesiones, desconociendo entonces el riesgo para la vida de las personas presente allí donde el órgano sea no solo principal, sino también vital. Segundo, porque si en el art. 156 bis CP se protegiera la salud e integridad física habría que entender que el legislador ha roto en relación con las lesiones que traen causa de un trasplante no solo las reglas generales de autoría y participación, sino también las que atienden a la fase *del iter criminis*. Debería asumirse entonces que la conducta preparatoria de ofertar un riñón se castigaría con una pena de hasta doce años de prisión como si de su pérdida efectiva se tratase, siendo una pena claramente desproporcionada a la prevista en el art. 151 CP para los actos preparatorios punibles de lesiones. Finalmente, en tercer lugar, recalca que si se atiende en exclusiva a la situación de peligro en que se encuentra el donante, habría que concluir afirmando que el legislador se ha desentendido de la situación de riesgo para la salud de la otra parte como es el receptor, respecto al que sin embargo, la clandestinidad del órganos puede determinar que se someta al implante fuera del circuito de centros garantizado⁴⁴.

Por ello, si realmente, el sentido del art. 156 bis CP⁴⁵ fuera dispensar protección a la salud, la única

diciembre 2013.

43 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 119.

44 GÓMEZ RIVERO, *ul.op.cit.*, p. 120.

45 En relación al Anteproyecto de Reforma del Código penal de octubre de 2012 y al Proyecto de 20 de septiembre de 2013, de Reforma del Código penal, se prevé en cuanto a la supresión de las faltas contra las personas que recogía el Título I del Libro III del Código Penal, que en su mayoría se trata

razón para que no le alcanzara las reglas del art. 155 CP⁴⁶ sería la de encontrarnos en un supuesto de pa-

de conductas tipificadas ya como delitos, que pueden incluirse en cada uno de ellos como subtipo atenuado aplicable a los supuestos en los que las circunstancias del hecho evidencian una menor gravedad. Así, desaparecen las faltas de lesiones, y con ello el problema de la distinción delito-falta por la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico. Las lesiones de menor gravedad, en atención al medio empleado y al resultado producido, se van a sancionar en el subtipo atenuado del artículo 147.2, aumentando el margen de apreciación para la imposición de la pena de tal forma que sea el Juez o Tribunal el que fije y gradúe la pena en función de la concreta gravedad. Se tipifica como delito leve “el que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión”, esto es, la falta del actual artículo 617.2, que se agrava en el caso de víctimas vulnerables por el artículo 153, al igual que las lesiones leves del artículo 147.2. En atención a la escasa gravedad de las lesiones y de los maltratos de obra, sólo van a ser perseguibles “mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”. Con ello se evita la situación actual, en la que un simple parte médico de lesiones de escasa entidad obliga al Juez de Instrucción a iniciar todo un proceso judicial y a citar al lesionado para que acuda obligatoriamente al Juzgado a fin de hacerle el ofrecimiento de acciones como perjudicado, con los inconvenientes que ello le ocasiona. Parece más adecuado que sólo se actúe cuando el perjudicado interponga denuncia.

Se añade que en cuando al homicidio y lesiones imprudentes, se estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (artículos 142 y 152 del Código Penal). No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos más graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad.

Las amenazas y coacciones de carácter leve se sancionan como subtipo atenuado en cada uno de los respectivos delitos, manteniéndose la exigencia de su persecución sólo a instancia de parte. En cambio, las injurias leves y las vejaciones injustas quedan al margen del ámbito penal, por tratarse de ofensas de carácter privado cuya reparación puede exigirse en la vía jurisdiccional civil o mediante los actos de conciliación. La intención, por tanto, es que sólo se deriven a la vía penal aquellas conductas que tengan verdadera entidad y relevancia, cuando además no existan medios alternativos para la solución del conflicto. De igual modo, se da un mejor tratamiento a la posible esterilización de las personas con discapacidad, que se circunscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. El nuevo artículo 156 se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas con discapacidad. En tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código.

46 En relación al Proyecto de 20 de septiembre de 2013, en el apartado centésimo cuarto, se modifica el artículo 156 CP: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo,

ternalismo extremo, difícilmente compatible con los esquemas que en general inspiran el Derecho penal, y sobre todo, con el protagonismo de la autonomía de la voluntad en materia de lesiones⁴⁷.

No obstante, se habría detallado que la elevación a objeto inmediato de tutela de un bien jurídico colectivo no impide reconocer que mediatamente estaría también en juego la protección de bienes individuales, como puede ser la preservación de la salud o la vida de los distintos individuos. La atención a los intereses de alcance individual se erigiría no en el fundamento del precepto, sino en su límite. El art. 156 bis CP requeriría la comprobación *de un injusto material de la conducta, más allá de la contravención administrativa, cifrado en que reporte un peligro, aun abstracto, para cualquiera de las partes afectadas*. Entre ellas se incluirían no solo al donante o al receptor, sino también a los potenciales destinatarios del órgano en situación de urgencia, que de este modo verían frustrada su intervención con la consiguiente situación de riesgo para su vida o la salud. Por estos motivos, GÓMEZ RIVERO reclama que habría sido más conveniente la ubicación de este delito dentro de los delitos contra la Salud Pública, en el Título que versa sobre los Delitos contra la Seguridad colectiva⁴⁸.

salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”. En el apartado centésimo quinto, se introduce un nuevo artículo 156 ter: “a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.”

47 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 121.

48 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, pp. 122 ss. Cfr. en relación a los derechos del receptor de los órganos, ROMEO CASABONA, “Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos”, en ROMEO CASABONA (Coordinador), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Granada, 2005, pp. 48 s., señala que en relación con los trasplantes están presentes de forma específica otros derechos de menor inteleción como serían los derechos de igualdad y equidad en el acceso al trasplante y en concreto, al órgano procedente de un cadáver, para lo que deben ser fijados previamente criterios objetivos generales de acceso. Se plantea la cuestión de la selección de los receptores y criterios para establecer la prioridad de unos frente otros. Sostiene que en cualquier caso debe acudir a criterios médicos estrictamente objetivos, tanto para la selección de los potenciales receptores

2. Elementos típicos del delito previsto en el art. 156 bis CP

2.1 Tipo objetivo

a) *La exclusión de responsabilidad penal de la figura del donante de órganos*⁴⁹

La conducta del titular del órgano que lo cede a cambio de una contraprestación económica queda impune, ya que el art. 156.1 bis CP se refiere a órganos humanos “ajenos”. Sin embargo, su consentimiento, viciado por la contraprestación económica carece de efectos eximentes para terceros, tratándose de un supuesto de autolesión o autopuesta en peligro en el que la víctima queda exenta de pena, pero no así el tercero que actúa contando con su consentimiento⁵⁰. MUÑOZ CONDE sostiene que este tipo de “paternalismo estatal moderado” en el que se protege a la víctima incluso en contra de su voluntad, se explica por las razones de necesidad económica en las que normalmente se encuentra el sujeto que ofrece sus órganos a cambio de una contraprestación económica⁵¹.

como para la prioridad ante el supuesto de concurrencia simultánea de varios candidatos. Se deben rechazar criterios sociales o económicos o morales ni como criterio de selección o de prioridad ni como criterio de exclusión del tratamiento.

49 Cfr. Proyecto de Convenio del Consejo de Europa contra la trata de Órganos Humanos conforme a la Recomendación 2009 (2013), en su apartado 3.1.1 donde se recoge la libertad de los Estados para penalizar o no penalizar a las figuras del donante y del receptor de órganos, si bien en cualquier caso siempre debe garantizarse que las sanciones serán justas y proporcionadas.

50 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, pp. 116 s., indica que en determinados casos de exposición voluntaria a actividades peligrosas no puede darse una relevancia plena al consentimiento cuando se debilita de protección de bienes jurídicos fundamentales como la vida o la salud de las personas que se encuentran en situación precaria. No solamente en los casos de trasplante ilegal de órganos existiría un supuesto de voluntad viciada, sino que existiría una práctica atentar a la dignidad humana o sumamente peligrosa para la vida. En este tipo de conductas no se debe exonerar de responsabilidad a los terceros que fomentan estas actividades o las explotan comercialmente aprovechándose de la necesidad económica de otro ser humano.

51 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, pp. 122 ss. Cfr. ALEMÁN LÓPEZ, “Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo art. 156 bis del Código penal”, *La Ley penal*, 94-95, Junio-Julio 2012, p. 7, que critica este aspecto de la falta de punición de la figura del donante (cuando no se trate de donante-víctima). Cita como ejemplo el parágrafo 18 de la *Transplantationsgesetz* alemana que prevé el castigo tanto del receptor como del donante de órganos.

En relación a la penalización de la conducta del donante, MUÑOZ CONDE habría destacado que éste constituye solo una especie de “participación necesaria” como es la colaboración de la víctima en otros muchos delitos, que precisamente se crean para proteger a la persona que colabora en su realización como en el antiguo delito de usura, o en el del abuso de menores, en los que la víctima a pesar de su contribución a la realización del delito queda impune. Ello, sin embargo, no excluiría la antijuricidad de la conducta del tercero que se fundamentaría en el hecho mismo del abuso de la situación de necesidad de la misma. En estos casos se podría hablar de un paternalismo jurídico penal indirecto, que es el paternalismo que ocurre cuando se pretende ayudar a la víctima de un daño potencial que colabora en su propio daño, dirigiendo la represión penal contra el tercero que se aprovecha de ella⁵².

Añade, que también habría que analizar aquellos casos en los que el donante no esté en dicha situación de necesidad, y que simplemente quiera el dinero que le ofrecen a cambio de alguno de sus órganos no vitales para comprarse un autor o una casa o para donarlo o para dejarlo en herencia. En estos casos, por ejemplo, el legislador alemán habría querido solucionar el problema castigando tanto al que compra el órgano como al donante del mismo, para evitar en forma general la explotación de personas que se encuentran en situación de necesidad, generalmente del tercer mundo. En este caso, el bien jurídico protegido sería de carácter social o universal, la protección de los necesitados y de los que en cualquier parte del mundo se ven obligados a vender sus órganos no vitales a cambio de prestaciones económicas. Sin embargo, habría que tener en cuenta que lo que no se puede hacer es utilizar este instrumento jurídico para llegar (hasta el punto que llega el legislador alemán) empleando el *direkter Strafrechtspaternalismus* (*paternalismo jurídico penal directo*) o un *harter Strafrechtspaternalismus* (*paternalismo jurídico penal duro o extremo*), cuando castigaría incluso a la persona que consiente a cambio de dinero en ceder sus órganos, al argumentarse contra este modelo su dudosa compatibilidad

con el derecho a la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad garantizados constitucionalmente, pues se utiliza el castigo del donante y con ello su propia persona como un medio con el que el Estado pretendería proteger un determinado orden moral o educar a terceras personas⁵³.

b) La promoción, favorecimiento, facilitación o publicidad de la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos

Como ha puesto de manifiesto GARCIA ALBERO, la descripción de la conducta típica del art. 156 bis CP, se realiza sobre el deliberadamente impreciso modelo incriminador propio del Derecho penal post-moderno, cuyo ejemplo señero sería el delito de tráfico de drogas. Cuando se trata de reprimir cualquier tráfico se añadiría automáticamente los verbos “promover, favorecer y facilitar”, fundiendo en una viscosa amalgama conductas de desigual significación, tanto desde la perspectiva del *iter criminis* como desde la perspectiva de autoría y participación⁵⁴.

La doctrina asimismo también ha destacado que en el art. 156 bis CP se configura un tipo mixto alternativo. Se castigaría cuatro comportamientos que se refieren a su vez a tres actividades distintas. Se sanciona las conductas de promover, favorecer, facilitar o publicitar, cuando recaen sobre las conductas de obtención, tráfico ilegal o trasplante de órganos. El trasplante se encarnaría como el referente del resto, en cuanto que representa la meta con la que debe realizarse la obtención y el tráfico⁵⁵.

QUERALT JIMÉNEZ sostiene que el tráfico de órganos consiste en llevar de un lugar a otro, es decir, des la fuente, el donante, a su destino, el receptor; por ello se incluyen los pasos de extracción u obtención, su transporte y su almacenamiento conservación y finalmente implantación. El tráfico consistiría en todas esas acciones o cualquier fase de las mismas, aunque no todas deban formar parte de un mismo plan cri-

52 MUÑOZ CONDE, “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pp. 463 ss. Cfr. sobre la necesidad de tipificación de un delito expreso de tráfico de órganos, Cfr. en relación a los derechos del receptor de los órganos, ROMEO CASABONA, “Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos”, en ROMEO CASABONA (Coordinador), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Granada, 2005, pp. 53 ss.

53 MUÑOZ CONDE, “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pp. 458 ss.

54 GARCIA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

55 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 124.

minal o de una misma organización, sino que puede ser parte de un mercado ilegal en el que cada sujeto aporta o detrae según sus necesidades⁵⁶.

Por *obtención* entenderíamos el proceso por el cual los órganos donados quedarían disponibles, abarcando tanto conductas de extracción como actos de adjudicación del órgano extraído de un tercero, bien sea con la finalidad de comercializar con él o bien sea con la de trasplantarlo al destinatario. Por *trasplante*, se abarcaría a la utilización terapéutica de los órganos humanos que consiste en sustituir un órgano enfermo o su función, por otro sano procedente de un donante vivo o de un donante fallecido⁵⁷.

Asimismo, por *tráfico ilegal*, sería necesario manejar un concepto amplio del mismo, comprensivo no solo de los supuestos en que media una contraprestación económica y la práctica se realiza con el consentimiento de las partes, sino en general de aquellos en los que se registra un incumplimiento de las condiciones de las que la respectiva normativa hace depender la legalidad del tráfico⁵⁸.

Se habría recalcado que el núcleo del delito estaría constituido por el tráfico, es decir, el pago por la donación de órganos, tanto al propio donante o a personas allegadas, como a intermediarios, médicos, personal sanitario, funcionarios que autorizan o toleran tales actividades, etc. Este tráfico podría ser tanto directo como encubierto: por ejemplo, muestras de gratitud que ocultan el pago acordado o el abono de cantidades astronómicas por la atención médica recibida. Se estima que serían atípicas, la promesa de reembolso de los gastos o las pérdidas de ingresos directamente derivados de la donación, así como la oferta de prestaciones médicas futuras, siempre que tengan relación con las secuelas de la extracción o los pactos para intercambiar órganos a causa de la falta de inmunocompatibilidad entre el donante y receptor originarios⁵⁹.

Por otra parte, se habría destacado que con el castigo de las conductas de *promover o facilitar* se comprendería la conducta de *publicitar* que el legislador

ha tipificado expresamente, posiblemente debido a la facilidad de esta práctica llevada a cabo a través de Internet⁶⁰.

En este sentido, se ha añadido que la redacción del precepto sería de tal amplitud que permitiría incluir conductas de muy diversa naturaleza, de manera que cualquier contribución a un acto de comercio con órganos humanos, siempre que se sea consciente de ello, será típico a título de autoría: reclutamiento y selección de donantes o receptores, organización de viajes a las clínicas extranjeras, revisiones médicas al posible donante, sufragio de la intervención (así en el caso de las aseguradoras). Se abarcarían a título de autoría, comportamientos previos a la realización del acto de tráfico concreto (así, la publicitación de ofertas) y posteriores, como la intervención en el trasplante conociendo el origen ilícito del órgano⁶¹.

GARCIA ALBERO resalta que la incriminación expresa de *la publicidad* constituiría una meditada decisión, ya que habría sido la escasez mundial de órganos, pero fundamentalmente las facilidades que ofrecería Internet, lo que habrían convertido al tráfico y al turismo de trasplantes en un problema global. Contactar con un cliente-paciente sería relativamente fácil al proliferar en la Red webs donde los intermediarios (que se autodenominan “*coordinadores internacionales de trasplantes*”) ofrecerían sus servicios. No obstante, también abundarían foros en los que particulares ofrecerían riñones a cambio de dinero. Afirma este autor, que de considerarse el bien jurídico protegido la integridad física individual, publicitar la oferta del propio órgano a cambio de precio no constituiría una conducta subsumible en el precepto, porque siendo impune la autoacusación de lesiones, *a fortiori* lo sería el acto preparatorio⁶².

Señala PUENTE ABA que el artículo 156 bis CP se refiere solo a órganos humanos, de modo que no tendrían cabida ni las células ni los tejidos humanos. En relación a si cabría incluir en el tipo penal a parte de un órgano, indica que cuando se trate de una parte muy sustancial (como puede ocurrir en trasplantes de hígado) si podría considerarse objeto material de este

56 QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2010, pp. 146 ss.

57 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, pp. 124 ss.

58 GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, pp. 124 ss.

59 VV. AA, “Delitos contra las personas. Tráfico de órganos”, en http://www.individual.efl.es/ActumPublic/ActumG/MementoDoc/MPEN_07475_7485.pdf, consultada en diciembre 2013.

60 GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, pp. 124 ss.

61 VV. AA, “Delitos contra las personas. Tráfico de órganos”, en http://www.individual.efl.es/ActumPublic/ActumG/MementoDoc/MPEN_07475_7485.pdf, consultada en diciembre 2013.

62 GARCIA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ALVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

delito una parte del órgano, pero no en aquellos casos de partes poco significativas⁶³.

GARCÍA ALBERO ha señalado que quedan excluidos del tipo la sangre y sus componentes, las células y los tejidos humanos, así como los órganos, los tejidos y las células de origen animal, sin perjuicio de que los trasplantes ilícitos de tejidos humanos (como médula ósea) podrían dar lugar a responsabilidad criminal por delito de lesiones⁶⁴.

Al margen del tipo previsto en el art. 156 bis CP quedan los casos de obtención, tráfico o trasplante que recaiga sobre los procedentes de animales, es decir, los casos de xenotrasplante o trasplante xenogénico. Por otra parte, también quedan fuera del ámbito típico la sangre y sus componentes⁶⁵.

Por órgano podrían estimarse los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar criterio puedan ser extraídos y trasplantados de acuerdo con los avances científico técnicos⁶⁶.

Recoge GARCÍA ALBERO, que el Tribunal Supremo, tras recordar que la distinción sería eminentemente valorativa, define al órgano principal como “aquel que posea actividad funcional independiente s relevante para la vida, para la salud o para el normal desenvolvimiento del individuo, independientemente de que se trate de órganos dobles en cuanto que la pérdida de uno de ellos se traduce en una minusvalía anatómica y fisiológica importante⁶⁷. Es decir, el riñón sería órgano principal al igual que el pulmón y el corazón, si bien, el tráfico de estos últimos, se situaría en el ámbito de las donaciones *postmortem* y con ello, fuera del precepto⁶⁸.

63 PUENTE ABA, “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, pp. 135-152.

64 GARCÍA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

65 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, pp. 127 s.

66 GÓMEZ RIVERO, *ul.op.cit.*, p. 128. A favor de la inclusión de miembros corporales como puede ser una mano o un pie, en tantos miembros corporales que desarrollen funciones autónomas.

67 Sobre delitos de lesiones relacionados con órganos principales, cfr. *Sentencia núm. 479/2013 de 2 junio, AP Madrid (Sección 29ª)*, *sentencia núm. 44/2013 de 26 abril, AP Madrid (Sección 23ª)*, *sentencia núm. 4/2013 de 18 enero*.

68 GARCÍA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de

Se ha especificado que los órganos normalmente susceptibles de tráfico (riñón e hígado) han venido siendo considerados órganos principales de forma constantes por la jurisprudencia. Sólo otros supuestos todavía poco usuales en materia de trasplantes, como el de bazo, podrán ser considerados órganos no principales⁶⁹.

En relación a la necesidad de que las conductas típicas sean “ilegales”, planteándonos la existencia de una norma penal en blanco, hace que deba plantearse la cuestión de si nos hallamos ante un modelo de accesoriedad extrema o de accesoriedad limitada⁷⁰. Esta cuestión tomaría importancia, sobre todo, a la hora de delimitar las conductas penalmente relevantes contenidas en el art. 156 bis CP de las meras infracciones administrativas recogidas en la normativa reguladora de extracción, donación y trasplante de órganos.

En este aspecto, la ilegalidad de la práctica no solamente requeriría una afectación genérica de las condiciones de calidad y seguridad del proceso de donación y trasplante de órganos sino que habrá que demostrarse como indica GÓMEZ RIVERO, que adicionalmente se descubra una vinculación con la preservación de las condiciones de seguridad de los implicados en la práctica, es decir, no solo en relación con el donante y el receptor sino con los potenciales destinatarios del órganos en cuestión, que se destina no a quien más lo necesita, sino al mejor postor. Por ello, como ilegal a efectos penales habrán de estimarse supuestos en los que medie entrega de dinero, extracción sin mediar consentimiento del donante por engaño, coacción, amenaza, o por tratarse de sujetos menores o incapaces, etc. Sin embargo,

órganos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706. No obstante, cfr. respecto al trasplante de pulmón, <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003010.htm>, consultada en noviembre 2013, donde se recoge que en los casos de trasplante de pulmón el donante generalmente debe ser alguien menor de 65 años con muerte cerebral, pero que aún permanece con soporte vital. Los tejidos del donante deben ser lo más compatibles posible con su tipo de tejido para reducir las probabilidades de que el cuerpo vaya a rechazar el pulmón trasplantado. No obstante se señala que un donante vivo también puede dar un pulmón, si bien se necesitan dos o más personas. Cada persona dona un segmento (lóbulo) de su pulmón para formar un pulmón entero para la persona que lo recibe.

69 VV. AA, “Delitos contra las personas. Tráfico de órganos”, en http://www.individual.efl.es/ActumPublic/ActumG/MementoDoc/MPEN_07475_7485.pdf, consultada en diciembre 2013.

70 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, pp. 126 ss.

habrá de sancionarse en el orden administrativo meras irregularidades administrativas o en su caso, por tipos penales genéricos, casos como por ejemplo la conculcación de la confidencialidad de la donación⁷¹.

QUERALT JIMÉNEZ habría puesto de relieve que en ninguno de los supuestos aparecería como elemento la necesidad de demostrar un ánimo de lucro, precio o beneficio. Por ello, sostiene que en estos casos habría que apreciar la existencia de una agravante genérica de precio recompensa o promesa⁷².

c) La controvertida punición del receptor de los órganos

A pesar de lo destacado en relación a la figura del donante, el tratamiento penal de la figura del receptor de órganos requeriría asimismo de una visión individualizada.

GARCIA ALBERO destaca que la opción legislativa por sancionar al receptor-cliente está en sintonía con la mayor parte del ordenamiento jurídico de nuestro entorno y resulta coherente tanto desde un delito articulado en torno a la idea de la represión del simple comercio, como desde la protección del bien jurídico salud e integridad del donante. En aquellos países donde se reprime el comercio de órganos y trasplantes como algo diferenciado de la trata de personas por un lado y del delito de lesiones por otro (caso alemán y suizo, o caso francés) es lógico el castigo no solo del cliente receptor sino también del donante cuando este no se ve compelido a ofrecer su órgano y actúa a cambio de una ventaja económica, es decir, en los casos de donante no víctima. En tales casos se señala que lo habitual es prever una cláusula bien de exoneración de la pena, bien de atenuación, o bien ambas cuando concurren determinadas circunstancias que mengüen la exigibilidad de la conducta en ambos (por ejemplo en el parágrafo 18.4 de la TFG alemana)⁷³.

En cualquier caso, en España la impunidad no alcanzaría al receptor del órgano, conforme a lo dispuesto en el art. 156.2 bis CP, siempre que “conozca su origen ilícito”, criticándose el que se castigue este

delito con la misma pena que para los traficantes, ya que en estos casos el receptor puede hallarse en una especie de estado de necesidad. De ahí que pueda rebajarse la pena “en atención a las circunstancias del hecho y del culpable”. Asimismo, si no existe una ilegalidad originaria en la extracción misma del órgano tampoco se daría el presupuesto de aplicación del apartado segundo, del conocimiento ilícito del órgano que se trasplanta⁷⁴.

ALEMÁN LÓPEZ ha puesto de relieve que no puede tildarse de sorpresiva esta punición si se sigue la evolución de los principios que rigen en materia de trasplante de órganos, así como las políticas y recomendaciones adoptadas tanto por la Unión Europea como por los distintos organismos internacionales del sector. La prohibición de la conducta del receptor que paga por la obtención del órgano, según las OMS se fundamenta en que el pago por células, tejidos y órganos tiende a aprovecharse de los grupos más vulnerables, socavando la donación altruista y alentando al lucro incontrolado y la trata de seres humanos⁷⁵.

Se señala que cuando el legislador utiliza el término receptor se debe entender al destinatario y al beneficiario directo del órgano que va a ser trasplantado, es decir, aquella persona que recibe el trasplante de un órgano con fines terapéuticos⁷⁶.

Esta definición resultaría a juicio de la doctrina esencial, en cuanto el sujeto activo del subtipo previsto en el apartado segundo del art. 156 bis CP será siempre una persona necesitada de un órgano para poder mantener unas mínimas condiciones de vida que permitan su supervivencia o bien, para facilitar una mejora de su salud o su calidad de vida⁷⁷.

Asimismo, se ha indicado que existirían motivos para poder apreciar en casos excepcionales la concurrencia de una eximente de responsabilidad penal amparada fundamentalmente en el principio de *no exigibilidad de un comportamiento distinto*, en el sentido de que el Derecho no puede exigir actuaciones heroicas ni sacrificios sobrehumanos. Se citan los supuestos de receptores enfermos terminales o en situación moribunda que se encuentren a la espera de

71 GÓMEZ RIVERO, *ul.op.cit.*, pp. 126 ss.

72 QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2010, pp. 146 ss.

73 GARCIA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

74 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013, pp. 122 ss.

75 ALEMÁN LÓPEZ, “Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo art. 156 bis del Código penal”, *La Ley penal*, 94-95, Junio-Julio 2012, p. 8.

76 ALEMÁN LÓPEZ, *ul.op.cit.*, p. 9.

77 ALEMÁN LÓPEZ, *ul.op.cit.*, p. 9.

un órgano y que decidan consentir el trasplante de un órgano vital a sabiendas de su origen al margen de la legalidad, que no necesariamente tienen que consistir en el pago u ofrecimiento de una retribución económica, pero constándole de manera indiscutible el consentimiento libre y voluntario prestado por un donante vivo no víctima⁷⁸.

En este sentido, algunos autores como FELIP I SABORIT habrían afirmado que los enfermos a la espera de un trasplante que les salve la vida se encuentran a menudo en una situación motivacional anormal similar al estado de necesidad exculpante o al miedo insuperable, aduciendo que aunque el legislador haya previsto la posibilidad de atenuar la pena en uno o dos grados, ello no sería obstáculo para que en algunas situaciones extremas les sean aplicables directamente al enfermo las eximentes completas previstas en el art. 20 CP⁷⁹.

No obstante, en cualquier caso se habría recalado que en todo caso habrá que cuestionar de este precepto, la excesiva pena prevista para el receptor del órgano y el carácter meramente facultativo atribuido al Juzgador para proceder a la rebaja punitiva, en lugar de la imposición de una pena atenuada con carácter preceptivo⁸⁰.

2.2 Tipo subjetivo

En cuanto al tipo subjetivo del delito, nos encontramos ante un tipo eminentemente doloso, no penalizándose su comisión imprudente. No solamente se requeriría el conocimiento y voluntad de traficar con órganos ajenos, sino que también deberá exigirse que el responsable actúe con conocimiento de que el destino de los órganos cuya extracción, tráfico o trasplante favorece es el trasplante a un tercero⁸¹.

78 ALEMAN LÓPEZ, *ul.op.cit.*, p. 10.

79 ALEMAN LÓPEZ, “Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo art. 156 bis del Código penal”, *La Ley penal*, 94-95, Junio-Julio 2012, p. 11. Citando FÉLIP I SABORIT, en CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal, parte especial*, Valencia, p. 160.

80 ALEMAN LÓPEZ, *ul.op.cit.*, p. 12. Señala que siendo coherentes con una reconocida disminución del grado de culpabilidad lo procedente hubiera sido prever para el receptor una pena atenuada respecto a la prevista en el apartado

81 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 133. Admite la realización de este delito con dolo eventual, citando como ejemplo el caso de un sicario al que se le encarga matar a una persona y entregar de inmediato su cuerpo a un equipo médico. Asimismo se indica, que en el caso español, al contrario

3. Grados de ejecución delictiva. Autoría y participación.

Desde esta perspectiva, GARCIA ALBERO habría puesto de relieve que la técnica de tipificación utilizada en el art. 156 bis CP genera problemática para localizar formas imperfectas de ejecución y conductas de simple complicidad. Tanto promueve, favorece o facilita el intermediario que pone en contacto a un paciente receptor con una clínica en el extranjero dedicada al turismo de trasplantes, como quien recluta al donante, quien lo traslada, quien practica la operación, quien pone el quirófano y el personal sanitario auxiliar, etc.⁸².

Por otra parte, se ha estimado que se trataría de un delito de mera actividad, que se conforma con una situación de peligrosidad abstracta que el legislador asocia a la realización de aquellas conductas⁸³.

El art. 156 bis CP contempla un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona que realice las conductas previstas. La doctrina ha considerado que el legislador ha empleado una fórmula tan amplia en su descripción, que cualquier contribución podría estimarse como autoría. Sin embargo, se detalla que al igual que ha sucedido en el caso del delito de tráfico de drogas, sea de esperar que la jurisprudencia realice una labor de cierta depuración de las contribuciones para permitir calificar como complicidad las conductas de menor entidad⁸⁴.

4. Relaciones concursales

En lo que respecta a las relaciones concursales GARCIA ALBERO sostiene que la ubicación sistemática del precepto así como el bien jurídico tutelado, (salud e integridad física individual), impedirían que pueda apreciarse un concurso de delitos, real o ideal, cuando efectivamente se ha llevado a cabo el trasplante o cuanto menos la extracción con un delito de lesiones consumado del 149 ó 150 CP⁸⁵.

que en la normativa alemana, no se precisa que la extracción, el comercio o el trasplante estén inspirados por la específica finalidad terapéutica. A juicio de la autora resultaría punible conforme al art. 156 bis CP la comisión de estos actos con finalidad experimental, de investigación o incluso cosmética.

82 GARCIA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

83 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 134.

84 GÓMEZ RIVERO, *ul.op.cit.*, p. 130.

85 GARCIA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC,

En cambio, GÓMEZ RIVERO afirma que el art. 156 bis CP habrá de entrar en todo caso, en relación de concurso de delito con el o los delitos de lesiones. La diferente dimensión a la que atenderían los tipos delictivos sería la respuesta. En este sentido, detalla que al tomar el art. 156 bis CP como punto de referencia un bien jurídico de alcance colectivo, quien fomenta la extracción de un órgano de un donante en condiciones ilegales, e igualmente contribuye a su tráfico e incluso al trasplante al receptor que ofrece un precio, no estaría cometiendo tantos delitos como modalidades recayesen sobre sujetos distintos, sino uno solo. A la misma conclusión habría que llegar si una misma modalidad afectara a una pluralidad de sujetos, (por ejemplo, diversas extracciones de órganos procedentes de personas distintas) casos en los que tanto las distintas acciones respondan a una misma unidad temporal, habrían de considerarse constitutivas de un solo delito del art. 156 bis CP. Asimismo, por ejemplo, una organización dedicada al tráfico de órganos que efectivamente hubiera extraído los de veinte personas, habría cometido tan solo un delito del art. 156 bis CP, mientras que lógicamente habrían de apreciarse tantos delitos de lesiones como extracciones no consentidas hubieran tenido lugar. La misma regla cuando el órgano fuera vital y se plantee el correspondiente delito con homicidio o incluso asesinato⁸⁶.

Asimismo, en los casos en los que se produzcan coacciones o amenazas, habrá de apreciarse un concurso de delitos en cuanto el empleo de la fuerza física o psíquica sería un elemento del injusto no previsto en el art. 156 bis CP. Esta regla solo podrá excluirse donde se aprecie un concurso de delitos entre el tráfico de órganos y la trata de seres humanos que tuviera por objeto a mayores de edad puesto que el injusto de este comprende el empleo de tales medios comisivos⁸⁷.

En relación con lo dispuesto en el art. 177 bis (trata de seres humanos), el propio precepto incorpora una regla concursal, por lo que no procedería aplicar concurso de leyes. Este criterio legal vendría a confirmar el adoptado por el *Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo* de 2 de febrero de 2008, en relación al concurso real entre el art. 318 bis CP y el art. 188 CP cuando

Comentarios a la reforma penal de 2010, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

86 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 136.

87 GÓMEZ RIVERO, *ul.op.cit.*, p. 137.

al tráfico ilegal le sigue la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución de la víctima⁸⁸.

V. CONCLUSIONES

A pesar de reconocerse, que tanto los principios y recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud como la normativa comunitaria abogaban por que los Estados establecieran prohibiciones incluso de naturaleza penal para todas aquellas conductas que implicasen tráfico o comercio de órganos humanos, la doctrina ha destacado que el art. 156 bis CP, aunque supondría un paso importante en lucha contra el tráfico ilegal de órganos humanos, no parecería haber respondido enteramente a las expectativas deseadas, quizás por una imprecisa e incompleta redacción del precepto⁸⁹.

Las críticas doctrinales en relación al art. 156 bis CP se centrarían fundamentalmente en torno a su ubicación sistemática, que condiciona notablemente la interpretación de cuál sería el bien jurídico protegido en el tipo delictivo; en la falta de precisión técnica en su tipificación; y asimismo, se cuestionaría la eficacia jurídico penal que podría conllevar este nuevo tipo delictivo en relación a la persecución de esta serie de conductas.

En este sentido, ROMEO CASABONA habría indicado que serían muchos los problemas dogmáticos que plantearía este nuevo precepto, dada la confusión y la oscuridad de su sentido. Destaca que ofrece numerosas reflexiones su acierto político-criminal, siendo cuestionable la falta eficacia de su incriminación una vez adoptada por el legislador la decisión de la sanción penal del tráfico de órganos⁹⁰.

Asimismo, GÓMEZ RIVERO habría resaltado las incoherencias que reflejan la ubicación del pre-

88 GARCIA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706. Igualmente, si bien indicando la opción de concurso de delitos, GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 137.

89 ALEMÁN LÓPEZ, “Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo art. 156 bis del Código penal”, *La Ley penal*, 94-95, Junio-Julio 2012, p. 6.

90 ROMEO CASABONA, “La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos. Art. 156 bis CP”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.7, 2010, p. 179 s.

cepto y su redacción típica, incidiendo acertadamente en el “*continuo balanceo entre el injusto del tráfico de órganos y las lesiones*” que presentaría la interpretación del tipo delictivo, debido a la ubicación del precepto entre los delitos que protegen la integridad física y la salud física y mental, en lugar de la sede relativa a los delitos contra la salud pública. A ello, se sumaría todavía la exclusión del ámbito típico de la actuación del donante, la limitación del objeto de la conducta a la extracción de órganos dejando fuera las células y tejidos y sobre todo, la equiparación de las penas de este precepto con los delitos de lesiones⁹¹.

Admite ROMEO CASABONA que este delito constituiría otra de las materias fallidas por el legislador, quien no debería olvidar que las leyes requieren una exquisitez en su redacción pues sus preceptos no serían compartimentos estancos, sino que se relacionan y complementan los unos con otros, pudiendo afectar incluso al contenido de otros preceptos que no han sido objeto de modificación formal. Ello sería especialmente relevante en materia penal, en la que siempre debe asegurarse el debido respeto al principio de taxatividad penal, con el fin de que los destinatarios primarios y secundarios de la norma puedan conocer con toda claridad el alcance de aquella, atendiendo así a las exigencias de seguridad jurídica⁹².

Desde nuestra perspectiva, concordamos plenamente con la doctrina cuando sostiene que la única explicación plausible de la incorporación al Código penal del delito de tráfico de órganos previsto en el art. 156 bis CP sería la tutela de un bien jurídico supraindividual, orientado a garantizar las condiciones de calidad y seguridad del trasplante de órganos con todas las implicaciones que ello conlleva⁹³.

Sin embargo, a nuestro juicio, del examen realizado puede surgir una serie de cuestiones que deben ser adecuadamente sopesadas para poner de manifiesto, como ha indicado la doctrina, las importantes deficiencias de técnica legislativa de las que adolece el precepto y que condicionaran su futura interpretación por parte de la jurisprudencia.

En primer lugar, no puede prescindirse de que a pesar de los numerosos instrumentos internacionales al respecto, tal figura delictiva no figuraba previamente en el Anteproyecto de reforma del Código pe-

nal, sino que fue incorporada al Proyecto a instancia del Ministerio de Sanidad y Política social, pudiendo haber influido en las deficiencias técnicas que se le critican el hecho de su apresurada incorporación.

En segundo lugar, a pesar de que se reconozca que el tráfico de órganos presentaría una dimensión lesiva supraindividual, la cuestión central a nuestro juicio, residiría en que el legislador español si se atiende solo a la ubicación sistemática del precepto, parecería que habría prescindido de todos esos múltiples perfiles para situarse frente al exclusivo plano de la protección de la salud e integridad física del donante, con lo cual, parecería que solo se protegería la integridad y salud del donante vivo, apartándose notablemente de la realidad práctica sobre la que pretende incidir, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los trasplantes de órganos en los supuestos de donación post-mortem⁹⁴ cuando en algunos países rige el principio de subsidiariedad de las donaciones de órganos de donantes vivos frente a las donaciones post-mortem, en el sentido de que una donación de órganos de donantes vivos solamente sería permisible cuando no estén disponibles órganos de personas fallecidas en el momento de la extracción⁹⁵.

Asimismo, de seguirse esta postura, como ha indicado la doctrina, parecería que el legislador español pretende dar respuesta a esta inquietud internacional, incorporando un tipo delictivo cuyo valor sería solo redundante respecto a la protección ya otorgada por los clásicos delitos de lesiones, sin aportar nada más⁹⁶.

A mayor abundamiento, el considerar al bien jurídico tutelado, la salud e integridad física individual, impedirían que pudiera apreciarse un concurso de delitos, real o ideal, cuando efectivamente se ha llevado a cabo el trasplante o cuanto menos la extracción con un delito de lesiones consumado del 149 ó 150 CP⁹⁷.

Por otra parte, el delito previsto en el art. 156 bis CP adolece de muchas de las deficiencias siempre

94 GARCIA ALBERO, *ul. op cit.*

95 cfr. TAMBORNINO, “Organ Transplantation”, Marzo, 2010, p. 11, en <http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation>, consultada en octubre 2013.

96 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 118 s.

97 GARCIA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.

91 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 138.

92 ROMEO CASABONA, *ul. op. cit.*, p. 179 s.

93 GÓMEZ RIVERO, *ul. op. cit.*, p. 138.

resaltadas por la doctrina en relación a las manifestaciones del “moderno Derecho penal”. Primero, nos encontramos con la eterna polémica sobre la correcta delimitación de los tipos delictivos en este campo para diferenciarlos adecuadamente de los injustos administrativos. Esta delimitación no siempre resulta clara ni precisa, teniendo que acudir, como no puede ser de otra forma, a reclamar para la infracción penal prevista en el art. 156 bis CP de la comprobación de un injusto material de la conducta, más allá de la contravención administrativa, cifrado en que reporte un peligro, aun abstracto, para cualquiera de las partes afectadas, entendiendo por tales no solo al donante o al receptor, sino también a los potenciales destinatarios del órgano en situación de urgencia, que verían frustrada su intervención con la consiguiente situación de riesgo para su vida o la salud⁹⁸.

Segundo, el tipo examinado sigue asimismo “el deliberadamente impreciso modelo incriminador” propio del Derecho penal postmoderno, al añadirse las conocidas formas de “promover, favorecer y facilitar”, que presentarían desigual significación, tanto desde la perspectiva del *iter criminis* como desde la perspectiva de autoría y participación⁹⁹, debiendo esperar a la delimitación que realice del tipo la jurisprudencia para valorar el alcance real de formas imperfectas de ejecución o de formas de mera complicidad en el delito.

Por otra parte, también debemos resaltar que existe una redacción típica del precepto alejada completamente de la realidad sobre la que se quiere proyectar, que sería mucho más compleja. Si con este delito se intenta dar respuesta a los compromisos obtenidos en los textos internacionales, frente a los tipos cualificados previstos en materia de salud pública en los que se prevén en algunos casos cualificaciones agravatorias en los supuestos de que la víctima sea menor de edad, que se haya empleado engaño o intimidación o que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional¹⁰⁰, estas circunstancias no están previstas en el delito contenido en el art. 156 bis CP, cuando qué duda cabe de que la conducta presentarían un mayor desvalor en los casos, por ejemplo, de que la víctima de la extracción ilegal del órgano fuera un menor de edad¹⁰¹, debiendo acudir a algunas de las

circunstancias previstas en el art. 177 bis CP cuando el tráfico de órganos se realice en un contexto de trata de seres humanos¹⁰².

En definitiva, creemos que habrá que valorar si la introducción del nuevo tipo delictivo previsto en el art. 156 bis CP no será finalmente otra forma más de expresión del denominado “Derecho penal simbólico” en el sentido de poder estimar la existencia de una “ley reactiva” como ejemplo de Ley en la que predominaría simplemente el objetivo de demostrar la rapidez de reflejos de acción del legislador ante la aparición de problemas nuevos o una “ley simplemente de *compromiso*” cuyo papel más significativo sería el de mostrar a las fuerzas políticas que las han impulsado el respeto de los acuerdos alcanzados¹⁰³.

102 Conforme a lo previsto en el art. 177 bis. 4 CP, se considera que se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima; la víctima sea menor de edad; la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. Si concurriera más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior. En el apartado 5 se dispone que se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriera además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

Asimismo se determina en el apartado 6 que se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 del art. 177 bis CP.

103 Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en Boletín Mexicano de Derecho comparado, núm. 130, 2011, en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>, consultado en octubre 2013. BARATTA pone de manifiesto que la progresiva expansión de la protección penal a favor de intereses colectivos y de funciones de la Administración pública, conduce a la pérdida de nitidez de los límites protectores del bien jurídico, favoreciéndose un concepto del mismo en el que prima su función promocional, con una administrativización del Derecho penal al transformarse el Estado moderno en un Estado de prevención. BARATTA, “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: Una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica”, en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, pp. 37 ss.

98 GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, pp. 122 ss.

99 GARCIA ALBERO, *ul. op. cit.*

100 Cfr. art. 361 bis CP.

101 Cfr. sobre la desaparición de niños en Mozambique, http://elpais.com/diario/2004/03/11/internacional/1078959605_850215.html, consultada en febrero 2013.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMAN LÓPEZ, “Una breve consideración sobre la excesiva penalidad establecida para el receptor de órganos humanos en el nuevo art. 156 bis del Código penal”, *La Ley penal*, 94-95, Junio-Julio 2012.
- BARATTA, “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: Una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica”, en *Pena y Estado*, núm. 1, 1991.
- BLOCKX., “Témoignage du corps humain et consentement éclairé: mens rea in corpore tacito?”, *Revue de droit de la santé*, núm. 3, 2002-2003.
- DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, “El delito de tráfico de órganos humanos”, en DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Director), *Estudios sobre las reformas del Código penal: (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero)*, 2011.
- DIEZ RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en Boletín Mexicano de Derecho comparado, núm. 130, 2011, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>, consultado en octubre 2013.
- FERNANDEZ BAUTISTA, CORCOY BIDAOSLO, CARDENAL MONTRAVETA, MIR PUIG, BOLEA BORDÓN, GALLEGRO SOLER, GÓME MARTÍN, SANTANA VEGA, MIR PUIG, HORTAL IBARRA, CARPIO BRIZ, ARZA, BESIO, *Comentarios al Código penal*, Valencia, 2011.
- GARCIA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, TOL1.951.706.
- GÓMEZ RIVERO, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 2013.
- MUÑOZ CONDE, “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en MUÑOZ CONDE (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008.
- PUENTE ABA, “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011.
- PROTHAUS, “Un droit penal per les besoins de la bioethique”, *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, núm.1, 2000.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, parte especial*, Barcelona, 2010.
- ROMEO CASABONA, “Los principios jurídicos aplicables a los trasplantes de órganos y tejidos”, en ROMEO CASABONA (Coordinador), *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Granada, 2005.
- ROMEO CASABONA, “La prohibición del tráfico ilegal y la exclusión de la comercialización de los órganos y tejidos. Art. 156 bis CP”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.7, 2010.
- SCHROTH, en ROXIN, SCHROTH, *Medizinstrafrecht*, 2ª Edición, 2005.
- TAMBORNINO, “Organ Transplantation”, Marzo, 2010, pág. 11, en <http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation>, consultada en octubre 2013.
- VOIGHT, “Sistemas de donación de órganos”, en <http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=print&sid=2504>, consultada en septiembre de 2013.

PUNTO GENERAL DE ENTRADA DE FACTURAS ELECTRÓNICAS

Alberto Palomar Olmeda

Magistrado de lo Contencioso-administrativo

Profesor titular de Derecho Administrativo

Javier Vázquez Garranzo

Jefe del Área Jurídica-Sanitaria de la Abogacía CAIB

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Punto de acceso general. 3. Punto general de entrada de facturas. 3.1. Funciones del punto general de entrada. 3.2. Publicidad. 4. Algunas cuestiones sin resolver. 4.1. Naturaleza jurídica. 4.2. Organización. 5. Régimen específico de la Adhesión al Punto General de Entrada de facturas electrónicas de la AGE. 5.1. FACe. 5.2. La disposición adicional quinta de la Ley.

RESUMEN

La Ley 25/2013 pretende modernizar la gestión pública y generaliza la facturación electrónica. El presente trabajo analiza la “puerta de entrada” a las Administraciones Públicas de las facturas electrónicas.

ABSTRACT

25/2013 law intends to make management in the public sector more modern and widespread electronic invoicing use. This work analyzes the “gateway” to the use of electronic invoices in the government and public sector environment.

factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, es la aparición del denominado “punto general de entrada de facturas electrónicas”. Como veremos, una de las características de la Ley 25/2013 es la de no pronunciarse sobre cuál es la naturaleza del punto general lo que ciertamente condiciona su eficacia jurídica. Desde nuestra perspectiva, y en esta introducción, es claro que, o bien se trata de un registro público, o es un sistema auxiliar que se conecta directamente con el respectivo registro público de forma que los aspectos jurídicos se entienden directamente trasladados a éste por el simple uso del punto común.

1. INTRODUCCIÓN¹.

Sin lugar a dudas una de las novedades de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la

Antes de esto cabe recordar que, como consecuencia de la Ley 25/2013, los proveedores presentarán y tramitarán electrónicamente las facturas en un punto general de entrada de facturas electrónicas que deberán tener todas las Administraciones. Por tanto, se establece la obligación de que haya un punto único de entrada de facturas electrónicas por cada Administración (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales), en el que se recibirán todas las

¹ Sobre el tema, más extensamente, nuestro trabajo “La factura electrónica en la actividad de las Administraciones públicas”, Aranzadi, 2014.

facturas de entidades, entes y organismos vinculados o dependientes de esa Administración².

Así, el punto general de entrada de facturas electrónicas es intermediario entre el proveedor que presenta la factura y la oficina contable competente para su registro. La obligación de facturación electrónica en la Administración, junto a la obligación de centralizar la recepción de facturas electrónicas en un punto único de entrada, permite simplificar el proceso de remisión de facturas a los proveedores, unificando en un único punto y con un formato determinado la presentación de la factura electrónica, lo que permite ahorrar costes y esfuerzo de integración, al tener que comunicarse únicamente con un único punto por Administración.

Ello refuerza la protección de los proveedores, al dejar constancia de fecha a efectos de devengo de intereses en caso de retrasos en el pago. Además, se agiliza la tramitación de las facturas, al incorporar las nuevas tecnologías, y se facilita su seguimiento para su pago posterior.

Las repercusiones que en el ámbito sanitario -caracterizado por tratarse de un sistema integrado por diversos órganos de gestión, muy descentralizado, y por una gran problemática derivada de la demora en los pagos a los proveedores- tiene la existencia de un punto único de entrada de todas las facturas electrónicas son muchas y el reto de su correcta implantación no puede considerarse menor.

Es lo cierto que el cambio que supone la Ley no puede calificarse de sencillo. En este sentido, CHAVES GARCÍA señala que *“se trata de una Ley básica revolucionaria en materia de contratación del sector público ya que comporta importantes cambios (en) el tristemente clásico sistema de facturación del empresario que contrataba con la Administración y que frecuentemente presentaba al cobro facturas cuando podía o cuando la Administración quería, y las rechazaba o incluso para poder cobrar o mantenerse como proveedor llegaba a retocarlas o refundirlas. Por su parte, la Administración como práctica tóxica podía*

² La página web del Mº de Hacienda y Administraciones Públicas http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/FAQ%20e_factura.pdf, accesible el 16 de enero, establece:

Los puntos operacionales actuales ¿servirían como registro de entrada de factura?

No, será el Punto general de entrada de facturas electrónicas el único punto de entrada (artículos 6 y 11 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público).

dejar aletargadas las facturas en un cajón o celebrar contratos en la sombra y posponer el pago hasta un futuro momento de “vacas gordas”. El resultado era doblemente peligroso y pagaban “justos por pecadores”: el empresario serio a veces no cobraba y el político ladino conseguía rédito electoral de servicios a la ciudadanía mientras la morosidad crecía exponencialmente”³.

No obstante, conviene empezar por distinguir el punto general de acceso, que se regula en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante, LAE), y el punto general de entrada, que se regula en la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, en la forma que a continuación se expone, ya que, aunque la filosofía pueda considerarse similar en sus objetivos finales, la operatividad real tiene claras diferencias.

2. PUNTO DE ACCESO GENERAL.

Al punto de acceso general de la Administración General del Estado se refiere el art. 8.2 LAE, que dispone que la Administración General del Estado garantizará el acceso de todos los ciudadanos a los servicios electrónicos proporcionados en su ámbito a través de un sistema de varios canales que cuente, al menos, con las oficinas de atención presencial, los puntos de acceso electrónico, y los servicios de atención telefónica. Según el anexo de definiciones de la LAE el punto de acceso electrónico es el «conjunto de páginas web agrupadas en un dominio de Internet cuyo objetivo es ofrecer al usuario, de forma fácil e integrada, el acceso a una serie de recursos y de servicios dirigidos a resolver necesidades específicas de un grupo de personas o el acceso a la información y servicios de una institución pública».

Respecto a los Puntos de acceso electrónico, consistentes –según refiere el propio artículo 8 LAE– en sedes electrónicas creadas y gestionadas por los departamentos y organismos públicos y disponibles para los ciudadanos a través de redes de comunicación, señala que se creará un “Punto de acceso general” a través del cual los ciudadanos puedan, en sus relaciones con la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, acceder a toda la infor-

³ En <http://contencioso.es/2013/12/28/mas-madera-la-ley-252013-de-factura-electronica-en-el-sector-publico/> Disponible el 7-1-2014.

mación y a los servicios disponibles. Este “Punto de acceso general” contendrá la relación de servicios a disposición de los ciudadanos y el acceso a los mismos, debiendo mantenerse coordinado, al menos, con los restantes puntos de acceso electrónico de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

Si bien una misma dirección electrónica puede ser al mismo tiempo punto de acceso y sede electrónica, no son conceptos, desde nuestra perspectiva, equivalentes en lo funcional. Así, puede señalarse que la sede electrónica, de acuerdo con el artículo 10 LAE, «es aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias» y las ventanillas únicas de atención al ciudadano⁴, que según el anexo de definiciones de la LAE son «modos o canales (oficinas integradas, atención telefónica, páginas en Internet y otros) a los que los ciudadanos pueden dirigirse para acceder a las informaciones, trámites y servicios públicos determinados por acuerdo entre varias Administraciones» y que de conformidad con el artículo 44 LAE forman parte de la Red integrada de Atención al Ciudadano y son espacios comunes para obtener la información prevista en el artículo 6.3⁵ LAE y para realizar los

trámites y procedimientos necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio. Para MARTÍN DELGADO el punto de acceso electrónico se trata “de una dirección electrónica que conduce a sedes electrónicas de órganos administrativos, de tal modo que uno y otro no son conceptos equivalentes ... Por su parte, las ventanillas únicas ni siquiera se limitan a los medios electrónicos, sino que van más allá al tratarse, tal y como las define el Anexo de la LAE, de canales a los que los ciudadanos pueden dirigirse para acceder a las informaciones, trámites y servicios públicos determinados por acuerdos entre varias Administraciones”⁶.

El desarrollo reglamentario, en el ámbito de la AGE, respecto a los Puntos de acceso electrónico, se encuentra en Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, de desarrollo parcial de la LAE. Con carácter general podemos decir que un elemento clave en la comunicación jurídica con los ciudadanos en soporte electrónico es el concepto de sede electrónica. En este punto el Real Decreto pretende reforzar la fiabilidad de estos puntos de encuentro mediante tres tipos de medidas:

1) Asegurar la plena identificación y diferenciación de estas direcciones como punto de prestación de servicios de comunicación con los interesados.

4 Asimismo, el artículo 18 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al regular la ventanilla única señala:

1. Los prestadores de servicios podrán acceder, electrónicamente y a distancia a través de una ventanilla única, tanto a la información sobre los procedimientos necesarios para el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, como a la realización de los trámites preceptivos para ello, incluyendo las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para obtener una autorización, así como las solicitudes de inscripción en registros, listas oficiales, asociaciones, colegios profesionales y consejos generales y autonómicos de colegios profesionales.

2. Las Administraciones Públicas garantizarán que los prestadores de servicios puedan, a través de la ventanilla única:

a) Obtener toda la información y formularios necesarios para el acceso a su actividad y su ejercicio.

b) Presentar toda la documentación y solicitudes necesarias.

c) Conocer el estado de tramitación de los procedimientos en que tengan la condición de interesado y recibir la correspondiente notificación de los actos de trámite preceptivos y la resolución de los mismos por el órgano administrativo competente.

3. Asimismo, las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias e incorporarán en sus respectivos ámbitos las tecnologías precisas para garantizar la interoperabilidad de los distintos sistemas.

5 En concreto:

a) Los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio

y para su ejercicio.

b) Los datos de las autoridades competentes en las materias relacionadas con las actividades de servicios, así como los datos de las asociaciones y organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener asistencia o ayuda.

c) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de actividades de servicios.

d) Las vías de reclamación y recurso en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores.

6 “Concepto y régimen jurídico de la sede (administrativa) electrónica”, en Cotino Hueso, L. y Valero Torrijos J. (Coordinadores): “Administración electrónica”. Tirant lo Blanch 2010. Pág. 510. Posteriormente señala que “la confusión, en realidad, tiene su origen en la definición de sede que emplea la LAE: al ser considerada como una dirección electrónica, encontraremos direcciones electrónicas que sean sede, direcciones que sean puntos de acceso, direcciones que sean ventanilla única e, incluso, direcciones que sean todo lo anterior. De ahí la importancia de tener clara la definición de sede desde la perspectiva material: mientras que el punto de acceso contendrá relaciones de servicios y facilitará el acceso a los mismos, la sede será el espacio virtual en el que se llevan a cabo actuaciones administrativas, sean de obtención de información, de sustanciación de trámites o de tramitación de procedimientos”.

2) Establecer el conjunto de servicios característicos así como el alcance de su eficacia y responsabilidad.

3) Imponer un régimen común de creación de forma que se evite la desorientación que para el ciudadano podría significar una excesiva dispersión de tales direcciones.

Este régimen de la sede, que debe resultar compatible con la descentralización necesaria derivada de la actual complejidad de fines y actividades asumidas por la Administración, resulta, sin embargo, compatible con la creación de un punto de acceso común a toda la Administración, puerta de entrada general del ciudadano a la misma, en la que éste podrá presentar sus comunicaciones electrónicas generales o encontrar la información necesaria para acudir a las sedes electrónicas en las que iniciar o participar en los procedimientos que por ser tramitados en soporte electrónico, requieren el acceso a aplicaciones o formularios concretos.

Más concretamente, es el artículo 9 RLAE, el que señala que «1. El Punto de acceso general de la Administración General del Estado contendrá la sede electrónica que, en este ámbito, facilita el acceso a los servicios, procedimientos e informaciones accesibles de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma. También podrá proporcionar acceso a servicios o informaciones correspondientes a otras Administraciones públicas, mediante la celebración de los correspondientes Convenios...».

En el plano organizativo se indica que «2. El acceso se organizará atendiendo a distintos criterios que permitan a los ciudadanos identificar de forma fácil e intuitiva los servicios a los que deseen acceder» y que «3. El Punto de acceso general será gestionado por el Ministerio de la Presidencia, con la participación de todos los Ministerios y, en su caso, de los organismos públicos dotados por la ley de un régimen especial de independencia, para garantizar la completa y exacta incorporación de la información y accesos publicados en éste».

Finalmente, en el plano funcional, dispone que «4. El Punto de acceso general podrá incluir servicios adicionales, así como distribuir la información sobre el acceso electrónico a los servicios públicos de manera que pueda ser utilizada por otros departamentos ministeriales, Administraciones o por el sector privado».

Para OLIVER, “*al igual que sucede en relación con las ventanillas únicas, los puntos de acceso electrónico también pueden ser unas eficaces herramientas de simplificación de la información al ciudadano y de facilitación del acceso a las distintas sedes electrónicas de una misma Administración pública o bien de diversas Administraciones públicas. De forma que, especialmente en este último caso de diversas Administraciones públicas, a nuestro juicio, deberían potenciarse los puntos de acceso electrónico, como vías para facilitar el acceso de los ciudadanos a las distintas sedes electrónicas*”⁷. Es cierto que la simplificación debe situarse en un plano externo y frente a los ciudadanos, pero al lado de esto, el gran reto de este tipo de instrumentos es el establecimiento de las conexiones necesarias para producir efectos en el ámbito jurídico específico de cada procedimiento. Esta conexión ya no es externa sino interna y el funcionamiento del propio Punto el que debería establecer estas conexiones.

3. PUNTO GENERAL DE ENTRADA DE FACTURAS.

El artículo 6 de la Ley 25/2013 obliga al Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, a disponer de un punto general de entrada de facturas electrónicas a través del cual se recibirán todas las facturas electrónicas que correspondan a la respectiva Administración y a entidades, entes y organismos vinculados o dependientes. No obstante lo anterior, y a los efectos cumplir el objetivo propuesto, se permiten formas de ejercicio convenientes. En concreto:

- 1) A las Entidades Locales, adherirse a la utilización del punto general de entrada de facturas electrónicas que proporcione su Diputación, Comunidad Autónoma o el Estado.
- 2) A las Comunidades Autónomas, adherirse a la utilización del punto general de entrada de facturas electrónicas que proporcione el Estado.

Lo expuesto se concreta en la disposición adicional quinta, al regular la adhesión al Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración General del Estado, cuando en su apartado 1 establece que en cumplimiento de la obligación de es-

⁷ Oliver Cuello. R.: “Los registros electrónicos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria”. Quincena Fiscal Aranzadi num. 18/2011. BIB 2011\1472

tablecer un punto general de entrada de facturas electrónicas señalada en el artículo 6 de la Ley 25/2013, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán adherirse al punto general de entrada de facturas electrónicas establecido por la Administración General del Estado, que les proporcionará las funcionalidades previstas para el citado punto respecto de las facturas electrónicas de los proveedores.

En cuanto al punto general de entrada de facturas electrónicas, la Ley 25/2013, además de imponer al Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, que dispongan de uno para recibir todas las facturas electrónicas, y permitir que las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales se adhieran a otro, establece el siguiente régimen:

3.1. Funciones del punto general de entrada (arts. 6 y 7).

Las funciones que se atribuyen al Punto general pueden resumirse en las siguientes:

a) La solución de intermediación

El punto general de entrada de facturas electrónicas de una Administración debe proporcionar una solución de intermediación entre quien presenta la factura y la oficina contable competente para su registro y permitir el envío de facturas electrónicas en el formato que se determina en la propia Ley⁸.

La denominada solución de intermediación no es sino un conjunto de servicios adicionales que se prestan directamente desde el punto general y que consisten en la remisión al registro, y el seguimiento de la factura en su procedimiento administrativo. Los términos y la propia responsabilidad derivada de la actuación de este servicio de intermediación corresponden, por tanto, al titular del punto de la co-

⁸ Recordemos que es el artículo 5 de la Ley 25/2013 el que dispone que las facturas electrónicas que se remitan a las Administraciones Públicas deberán tener un formato estructurado y estar firmadas con firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.1 a) del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación. En la actualidad, debe tenerse en cuenta la Resolución de 21 de marzo de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 10 de marzo de 2014, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y de las Secretarías de Estado de Hacienda y de Presupuestos y Gastos, por la que se publica una nueva versión, 3.2.1, del formato de factura electrónica “facturae”.

respondiente Administración o aquel al que se haya adherido la Administración en cuestión. Su contenido debe estar definido por la propia plataforma que ofrece el servicio bien como consecuencia de la obligación legal prevista en el artículo 6 o bien mediante la decisión de adherirse a alguno de los puntos posibles de conformidad con lo que se ha indicado anteriormente.

Más allá de lo oportuno de la denominación es cierto que, realmente, lo que pone de manifiesto es que el punto general presta un conjunto de servicios que son adicionales o complementarios a los que se establecen en las normas procedimentales o de contratos o, incluso, a los que pueden derivarse del marco de la transparencia aprobado por la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Se trata del acceso a determinados datos de un procedimiento o al margen de la estructura del propio procedimiento. En todo caso, se trata de un acceso parcial: solo alcanza a la factura y a los documentos de pago y no al conjunto del procedimiento. De esta forma, el acceso general se produce en el ámbito del órgano de gestión mientras que las cuestiones relativas a las vicisitudes de pago pueden ser accedidas en el marco de esa solución de intermediación que ahora ofrece la Ley 25/2013.

Recientemente se ha publicado la Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público. Sobre la función de intermediación del punto general de entrada establece que cuando se trate de facturas electrónicas, éstas se recibirán por cada entidad a través del correspondiente Punto general de entrada de facturas electrónicas, con anotación en el respectivo registro electrónico administrativo, para inmediatamente, y de forma automática, ser remitidas al registro contable de facturas que corresponda al centro gestor, entidad u organismo destinatario de la factura⁹.

b) El envío y el servicio de información.

⁹ El capítulo III “Requisitos técnicos”, de la citada Orden HAP/492/2014, regula la interoperabilidad del registro contable de facturas con el Punto general de entrada de facturas electrónicas y la interoperabilidad a efectos de la distribución o puesta a disposición de los órganos competentes para su tramitación, así como la disponibilidad, confidencialidad, integridad y seguridad del propio registro.

Pero sin duda, la función que más razonablemente tiene que realizar el Punto es la prevista en el apartado 3 del artículo 6 de la Ley 25/2013, que incluye una parte referida a los servicios de remisión al registro contable correspondiente y de consulta del estado de tramitación. Se trata de dos elementos claramente diferenciados desde la perspectiva jurídica ya que el primero es una actividad auxiliar del propio procedimiento de contratación en su versión pago de las facturas adeudadas como consecuencia del mismo y el segundo – seguimiento de la factura- es, claramente, únicamente informativo.

Respecto al primero, el punto general de entrada remite al sistema de gestión económico-presupuestaria, el original de la factura y los documentos electrónicos asociados. En cuanto al envío de las facturas al órgano gestor que corresponda, podemos además señalar dos cuestiones. Por un lado, que la recepción de facturas por el órgano gestor desde el punto general de entrada siempre debería tener carácter online o responder a procesos con escasos periodos de retardo, evitando opciones de envío en tiempos diferidos prolongados. Por otro, en lo que se refiere al número de intentos de remisión, se deberán realizar N intentos consecutivos, M veces al día. Tras cada grupo de intentos con error se comunicará a la dirección de correo proporcionada por el órgano gestor para el tratamiento del error. Si tras los intentos indicados no se pudiera dar de alta la factura en el sistema de gestión, el punto general de entrada debería devolver al sistema de gestión un mensaje y comunicará al proveedor los hechos para que se ponga en contacto con el órgano gestor¹⁰.

El artículo 6.3 establece que el punto general de entrada de facturas electrónicas permitirá el envío de facturas electrónicas en el formato que se determina en la propia Ley 25/2013¹¹. Es esta la obligación

10 “Conclusiones del grupo de trabajo sobre arquitectura para la facturación electrónica en la Administración General del Estado”, Comisión Permanente del Consejo Superior de la Administración Electrónica.

11 Es preciso distinguir dos tipos fundamentales de factura electrónica: la factura electrónica con formato estructurado y la factura electrónica con formato no estructurado. La diferencia estriba en que el formato estructurado facilita su tratamiento automatizado mientras que el no estructurado no lo facilita.

Las facturas en formato estructurado contienen datos y pueden ser generadas automáticamente por los sistemas informáticos de facturación del emisor y ser tramitadas de forma igualmente automatizada por los sistemas informáticos de pago y contabilidad del receptor. Ejemplos de formatos estructurados son los que utilizan el lenguaje XML (como UBL o facturae), EDIFACT, etc.

Las facturas en formato no estructurado consisten esencialmente en una imagen, lo que implica que su

que, sin duda, está llamada a producir mayores dificultades prácticas ya que según el citado artículo 6.3 corresponde a la ley estatal determinar el formato de funcionamiento y aceptación de las facturas. Esto va a determinar un cierto problema adicional porque el Estado mediante Orden Ministerial fija el modelo “factura-e”¹² mientras que otros operadores autónomos –es cierto que los menos¹³- prevén otros sistemas, fundamentalmente, el denominado EDI.

A efectos operativos, lo más conveniente es que el punto general de entrada, en principio, no realice la validación contable de la factura¹⁴, pero sí debe

procesamiento para poder ser introducidas en los sistemas informáticos del receptor requiere una intervención manual o un proceso costoso que no suele estar completamente automatizado, como el reconocimiento óptico de caracteres (OCR). Entre estas, tenemos las facturas en papel escaneadas y los ficheros PDF.

12 En la actualidad, debe tenerse en cuenta la Resolución de 21 de marzo de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 10 de marzo de 2014, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y de las Secretarías de Estado de Hacienda y de Presupuestos y Gastos, por la que se publica una nueva versión, 3.2.1, del formato de factura electrónica “facturae”.

13 La mayoría de CCAA utiliza el mismo formato, “factura-e”, que la AGE. Así, por vía de ejemplo, el artículo 8.2 de la Orden de 1 de septiembre 2010, por la que se regula la expedición de facturas por medios electrónicos cuando el destinatario de las mismas sea la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus Organismos Públicos vinculados y dependientes dispone que las facturas o documentos sustitutivos emitidos por medios electrónicos deberán hallarse en un fichero emitido en el formato facturae; en Canarias el Decreto del Presidente 56/2009, de 18 de mayo, en su artículo 18 señala que la factura electrónica debe cumplir con el formato “facturae”; el Servicio Murciano de Salud de acuerdo con la Instrucción 8/2013, de 13 de junio; en La Rioja, el Decreto 27/2013, de 13 de septiembre, que regula el Registro de facturas y el servicio de facturación electrónica del Gobierno de La Rioja, establece que la admisión de facturas por el Servicio de Facturación Electrónica requiere que las mismas se hallen en el formato “facturae”; etc.

Sin embargo, en otras CCAA, como la valenciana, el Decreto 87/2010, de 21 de mayo, que establece las condiciones técnicas y normativas para el uso de la Plataforma de Facturación Electrónica de la Generalitat, Ge-factura, en su artículo 8 señala que las facturas electrónicas remitidas a la administración de la Generalitat y demás organismos y entidades deberán hallarse en el formato Ge-factura, cuyo contenido se determina en el anexo I del propio Decreto. Estas CCAA deberán adaptarse al nuevo formato establecido en la Ley 25/2013.

14 La página web del Mº de Hacienda y Administraciones Públicas http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/FAQ%20e_factura.pdf, accesible el 16 de enero, establece:

3.1 ¿Cuál es el papel de la oficina contable?

Ser el primer receptor de la factura para su control contable y remisión al órgano gestor.

La oficina contable es el órgano competente para la gestión del registro contable de facturas, a la que corresponde recibir la factura desde el registro en el que la haya presentado el proveedor, anotar los datos de la factura en el registro contable

validar que la factura electrónica se ajuste al formato admitido en la Ley. Asimismo validarán la firma electrónica y la política de firma aplicada; y la identificación del órgano gestor al que va dirigida la factura. Los sistemas de gestión, una vez reciban las facturas electrónicas, podrán asumir las validaciones anteriores realizadas por el punto general de entrada, y realizarán la validación contable de la factura.

No obstante, y tal como está redactado, parece que realmente la transmisión está, en sí misma, ligada al cumplimiento del requisito de formato lo que parece que, simultáneamente, se diga o no, producirá el rechazo. La naturaleza de este rechazo para ser admisible habrá que considerarla como elemento de acceso al servicio y con la posibilidad de que los efectos jurídicos se consigan con otro tipo de registros o de medios admisibles en Derecho.

Esto se remarca en el apartado 5 del artículo 6 cuando señala que «... 5. El punto general de entrada de facturas electrónicas proporcionará un servicio automático de puesta a disposición o de remisión electrónica de las mismas a las oficinas contables competentes para su registro...». Este es el momento en el que se inician los efectos puramente procedimentales. El sistema de solución de mediación lo que hace es remitir al registro electrónico la correspondiente factura que se considera registrada cuando lo es en el ámbito del registro electrónico del órgano o la entidad correspondiente.

Sobre esta cuestión, la reciente Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, señala en el artículo 5 que la información objeto de registro que debe ser remitida o puesta a disposición por el correspondiente Punto general de entrada de facturas electrónicas será, por cada factura, la propia factura electrónica, el número de asiento registral asignado en el registro asociado al mencionado Punto, y la fecha y hora de dicho asiento registral.

Desde la perspectiva que aquí analizamos ahora lo que debe quedar claro es que el servicio de intermediación incluye la remisión electrónica al registro

de facturas y su distribución a los órganos gestores.

3.2 ¿Es la oficina contable quién identifica si hay algún error en la factura y lo comunica a la empresa?

La oficina contable identifica los errores contables y el órgano gestor los demás comunicándoselos a la empresa, como hasta ahora.

correspondiente del órgano administrativo. Se trata, por tanto, de un trámite previo al de registro o anotación formal y procedimental que debemos entender que tendrá regulados sus efectos en el ámbito del acuerdo de adhesión que deberá aclarar, por ejemplo, la forma inmediata de realización del envío ya que, de lo contrario y siendo el Punto General un trámite obligatorio, se podría producir una disociación de plazos realmente difícil de entender en el esquema conceptual que hemos planteado en el que el Punto General es únicamente el vehículo de entrada en el Registro electrónico correspondiente. Es cierto que algunos de estos problemas tienen una solución ciertamente sencilla, pero lo que se trata es de aclarar que estamos ante trámites jurídicamente diferentes.

En cuanto al servicio de información, el proveedor o quien haya presentado la factura podrá consultar el estado de la tramitación de la misma¹⁵. Se entiende que el punto general de entrada solicitará información al órgano gestor que corresponda. El estado de la factura puede ser registrada, conformada, rechazada, propuesta el pago, pagada, y devuelta a solicitud del proveedor. Aunque nada establece la Ley, en el caso de que el punto general no pueda obtener respuesta del sistema de gestión, debería proporcionar el último estado devuelto por el sistema de gestión así como indicador de que el sistema de gestión no ha dado respuesta en el último intento. Como hemos señalado, se configura aquí un servicio que, desde la perspectiva procedimental, supone un sistema de acceso parcial a un expediente.

15 La página web del M^o de Hacienda y Administraciones Públicas http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/FAQ%20e_factura.pdf, accesible el 16 de enero, establece:

3.3 ¿Cómo se resuelven las incidencias?

Igual que ahora. El procedimiento de devolución de la factura se deberá efectuar por el proceso inverso al de su presentación, es decir a través de la oficina contable y el registro en el que presentó la factura el proveedor.

3.4 ¿Quién informa a la empresa?

El órgano gestor, como hasta ahora.

3.5 ¿Cómo sabe la empresa en qué fecha se ha producido el registro contable de su factura?

El proveedor podrá consultar la anotación en el registro contable de facturas a través del Punto general de entrada de facturas electrónicas, cuando la factura sea electrónica, y a través del registro administrativo, cuando se trate de facturas en papel.

.....

4.5 ¿Podrá comprobar el proveedor el estado de su factura en todo el proceso desde el registro hasta el pago?

Sí, el Punto general de entrada de facturas electrónicas devolverá el último estado que haya notificado la oficina contable destinataria directa de la factura electrónica. Estados actualizados por la unidad tramitadora y la oficina contable. En el caso de facturas en papel la consulta de los estados de la factura se hará a través del registro administrativo.

Sobre esta función de información del punto general de entrada la reciente Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, establece en el artículo 4.3 que la Administración proporcionará información sobre el estado de las facturas a petición previa del proveedor o del presentador de las mismas, a través del registro administrativo de procedencia, entre ellos, en el caso de las facturas electrónicas, del que corresponda al respectivo Punto general de entrada de facturas electrónicas. Y el artículo 9, suministro de información sobre el estado de las facturas, dispone:

«1. Sobre la base de la información del registro contable de facturas, la Administración Pública proporcionará información sobre el estado de las facturas a petición previa del proveedor o del presentador de las mismas, a través del registro administrativo de procedencia, entre ellos, en el caso de las facturas electrónicas, del que corresponda al respectivo Punto general de entrada de facturas electrónicas. No obstante, en el caso de facturas en papel, cada Administración podrá establecer un procedimiento alternativo para proporcionar esta información.

2. El proveedor tendrá derecho a conocer los siguientes estados de la factura: si ha sido registrada en el registro contable de facturas; si ha sido contabilizada la obligación reconocida; si ha sido pagada; anulada; y rechazada».

c) Servicio de registro

Todas las facturas electrónicas presentadas a través del punto general de entrada de facturas electrónicas darán lugar, según el artículo 6.4 de la Ley 25/2013, a una entrada automática en un registro electrónico de la Administración Pública gestora de dicho punto general de entrada de facturas electrónicas, proporcionando un acuse de recibo electrónico con acreditación de la fecha y hora de presentación. Es este el momento real de conectividad con el procedimiento matriz y el que produce los efectos generales, lo que a su vez tiene efectos evidentes de carácter sustantivo (por ejemplo, en los intereses) y procedimental.

El precepto, como puede verse, supone introducir un elemento de intermediación de forma que los interesados no deben poder acceder, o al menos no lo

necesitan, directamente al registro electrónico cuando se trata de facturas en el ámbito de aplicación de la norma comentada. Es cierto, sin embargo, que esto será en la práctica así pero realmente cuesta mucho admitir que los interesados no puedan acceder directamente al registro electrónico si el mismo está operativo conforme a las disposiciones de la LAE porque en este punto debe recordarse que el concepto de registro electrónico lo toma aquí la Ley 25/2013 de lo establecido, fundamentalmente, en los artículos 24 y 25 de la LAE.

En orden a la acreditación de la presentación en un registro electrónico, el apartado 3 del artículo 25 LAE impone la emisión automática, por parte de los registros electrónicos, de un recibo consistente en una copia autenticada del escrito, solicitud o comunicación de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro. De conformidad con el artículo 47 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, existen dos modalidades de referencia temporal. Por un lado, la “marca de tiempo”, entendiéndose por tal la asignación por medios electrónicos de la fecha y hora a un documento electrónico. Es el propio organismo interesado el que debe de generar la referencia temporal. Por otro, el “sello de tiempo”, la asignación de la referencia temporal se realiza por un tercero de confianza, independiente y ajeno al procedimiento o documento concreto, mediante un proceso de firma electrónica verificable que asegura la exactitud e integridad de la referencia. Así mismo, el sello de tiempo garantiza fehacientemente que una serie de datos, preparados por el solicitante del sello, han existido y no han sido modificados desde un momento determinado.

Sea como fuere lo que el precepto incluye dentro del servicio de intermediación es la remisión del Punto General al registro electrónico correspondiente y la asunción por éste de las obligaciones generales de recepción y acuse de recibo que, a salvo la aclaración que se ha hecho en el apartado anterior en relación con el eventual rechazo por defectos de formato, es el momento que debe computarse a los efectos legales procedentes y, en materia contractual, específicamente, a los efectos del devengo de los intereses legales.

Como hemos indicado, la reciente Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, señala en el artículo 5.2 que la información objeto de registro que debe

ser remitida o puesta a disposición por el correspondiente Punto general de entrada de facturas electrónicas será, por cada factura, la propia factura electrónica, el número de asiento registral asignado en el registro asociado al mencionado Punto, y la fecha y hora de dicho asiento registral. Además, el artículo 10 de la citada Orden indica que la anotación en el registro contable de facturas de las facturas electrónicas procedentes del correspondiente Punto general de entrada de facturas electrónicas, a la que se refiere el señalado artículo 5.2, se efectuará utilizando los servicios de puesta electrónica a disposición que proporcione el propio Punto, que se ajustarán a las condiciones técnicas normalizadas de las interfaces entre el Punto general de entrada de facturas electrónicas adoptado por cada Administración y el registro contable de facturas de las Administraciones Públicas.

d) El servicio potestativo de archivo y custodia de la información.

El conjunto de servicios y actividades que se han analizado en los apartados anteriores conforman lo que podríamos denominar la parte obligatoria del servicio de intermediación del punto general. Al lado de esta parte obligatoria existe una parte potestativa que es la que voluntariamente pueden solicitar las entidades adheridas al régimen ofertado por el punto general de entrada de facturas, que se regula en el artículo 7 de forma autónoma, pues el capítulo III de la Ley 25/2013, concluye con el referido artículo 7, relativo al archivo y custodia de la información.

El receptor final de una factura electrónica debe conservarla tal como le ha sido transmitida, en un soporte electromagnético u óptico y debe disponer de medios informáticos que permitan verificar su autenticidad e integridad.

Una de las ventajas de la facturación electrónica es que no es necesario conservar las facturas emitidas en papel, sino que basta con conservar la “matriz” o base de datos que permite generar la factura electrónica. El receptor debe conservar la factura electrónica y el medio para verificar la firma. Además, el archivo electrónico tiene ventajas evidentes como la posibilidad de que el acceso al mismo sea independiente del lugar, además de poder ser consultado por varias personas al mismo tiempo sin esperas; supone una importante reducción de espacio físico de almacenamiento; facilita la búsqueda de información y de documentos; evita el deterioro y la pérdida de los originales; permite centralizar la seguridad de acceso y

consulta; y, en resumen, supone importantes ahorros económicos y de tiempo en la gestión.

El artículo 7 establece que la responsabilidad del archivo y custodia de la factura electrónica corresponde al órgano gestor, al órgano administrativo destinatario de la misma.

Esto, claro está, constituye la regla central ya que la conservación de los documentos administrativos (en papel o electrónicamente) corresponde al órgano administrativo que tiene la competencia para tramitar y resolver la cuestión. En términos coloquiales podemos indicar que se trata de parte del expediente de pago de la factura y que sobre el expediente en cuestión se articulan los procedimientos de control y supervisión y, por tanto, será preciso el soporte de la actividad administrativa aunque claro está, el soporte no tiene porqué ser necesariamente, en papel.

No obstante esta regla general, el propio artículo 7 admite que el punto general de entrada haga también una función de custodia de las facturas aunque no sean propias. Así, el órgano gestor puede, o bien archivar y custodiar las facturas electrónicas, o bien optar por la utilización del correspondiente punto general de entrada de facturas electrónicas como medio de archivo y custodia de dichas facturas si se adhiere al mismo.

Una vez más cabe plantearse cuál es la naturaleza de estos servicios. A esta cuestión intenta referirse el apartado 2 del artículo 7 cuando señala que «... 2. Cuando el punto general de entrada de facturas electrónicas sea utilizado para archivo y custodia de las facturas electrónicas, su información no podrá ser empleada para la explotación o cesión de la información, salvo para el propio órgano administrativo al que corresponda la factura. Ello se entenderá sin perjuicio de las obligaciones que se puedan derivar de la normativa tributaria...». Esta determinación es relevante porque deja bien claro que se trata de un servicio adicional que no afecta a la competencia procedimental ni a la capacidad ni obligaciones derivadas de la misma.

El precepto está rodeado de alguna confusión derivada de lo que realmente se indica en el mismo. De esta forma:

a) El precepto externaliza del propio órgano gestor el archivo y el registro de las facturas cuando el órgano administrativo incluya en la adhesión al Punto General esta competencia como parte del servicio de intermediación.

b) Esta referencia tiene una incidencia en la protección de datos personales y en su legislación que obligará al órgano administrativo matriz a considerar al punto general de acceso como el encargado¹⁶ del tratamiento de sus propios ficheros personales para que en el documento correspondiente dichos datos puedan ser localizados en “manos” del encargado del Punto General.

c) En la determinación del régimen jurídico no se entiende bien la referencia final que contiene el apartado cuando señala que «... Ello se entenderá sin perjuicio de las obligaciones que se puedan derivar de la normativa tributaria...». No parece necesario insistir en que las obligaciones fiscales –tanto procedimentales como sustantivas– corresponden a la Administración que efectúa el correspondiente procedimiento administrativo y, por tanto, el que el archivo material se haga en el Punto General debe entenderse que incluirá un obligado más en el deber de colaboración pero, evidentemente, no exonera al titular de la obligación de pago derivado de la misma de su obligación de colaboración.

Este servicio es, claro está, voluntario y deberá formar parte del conjunto de indicaciones que los órganos administrativos deben poner en conocimiento del conjunto de los ciudadanos ex artículo 39 de la LAE cuando obliga a que «...En caso de actuación automatizada deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación...».

Desde nuestra perspectiva la externalización administrativa del servicio de archivo y custodia exige un título que permita el ejercicio de una competencia que no es la propia. Este título hemos convenido que

sería el de la adhesión (que realmente es conveniente) al que ya nos hemos referido y siempre que sea notorio que incluye la parte voluntaria del servicio de intermediación. Adicionalmente esta externalización debe formar parte de las prescripciones procedimentales a que se refiere el artículo 39 de la LAE y que es la que permite que los ciudadanos conozcan realmente el iter procedimental que sigue su expediente o procedimiento cuando éste se realiza en sede electrónica. Finalmente es posible que muchos o algunos de los datos a que se refiere la externalización administrativa puedan ser considerados como datos de carácter personal por lo que será preciso cumplir lo que establece dicha normativa en relación con el encargado del Registro.

3.2. Publicidad.

Teniendo en cuenta que la función de los puntos generales se presenta ciertamente como una función indisponible para el cobro de las facturas incluidas en el ámbito subjetivo-objetivo de aplicación de la Ley 25/2013, la publicidad del punto general de entrada que presta estos servicios para cada Administración se convierte en un elemento central para evitar colisiones normativas y, sobre todo, los efectos jurídicos derivados de las mismas.

Como consecuencia de esto, es la disposición adicional sexta de la Ley 25/2013 la que indica que «a la creación de los puntos generales de entrada de facturas electrónicas y de los registros contables se le dará publicidad»¹⁷.

Es evidente que la disposición adicional sexta podría haber sido más explícita. En primer término, podría precisar la forma de la publicidad si se trata de una publicidad formal o material y, en concreto, si debe o no figurar en los correspondientes Diarios Oficiales. Aquí el problema, de nuevo, deriva de la naturaleza del acto de adhesión, a la que posteriormente nos referiremos. Si se trata de un convenio

¹⁶ Recordemos que según la LOPD, encargado del tratamiento es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. Asimismo, el art. 9.1 LOPD determina que el responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y evite su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana del medio físico o natural.

¹⁷ Cabe recordar, que el artículo 20 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal exige que la creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones públicas se haga por medio de disposición general publicada en el “Boletín Oficial del Estado” o Diario Oficial correspondiente.

Asimismo, en su apartado 2 señala que las disposiciones de creación o de modificación de ficheros deberán indicar la finalidad del fichero y los usos previstos para el mismo; las personas o colectivos sobre los que se pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos; el procedimiento de recogida de los datos de carácter personal; la estructura básica del fichero y la descripción de los tipos de datos de carácter personal incluidos en el mismo.

interadministrativo o de una encomienda de gestión, formalizada en convenio igualmente, resultaría aplicable el artículo 8 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas cuando señala que «... 2. Los convenios de Conferencia sectorial y los convenios de colaboración celebrados obligarán a las Administraciones intervinientes desde el momento de su firma, salvo que en ellos se establezca otra cosa. Ambos tipos de convenios deberán publicarse en el “Boletín Oficial del Estado” y en el “Diario Oficial” de la Comunidad Autónoma respectiva....».

En este sentido parece claro que, desde luego, cuando incluye determinaciones sobre la competencia y esto ocurre, sin duda, en los que hemos denominado servicios potestativos o complementarios de archivo y custodia, el convenio debería ser objeto de una publicidad formal.

Adicionalmente, podrán establecerse otros elementos de publicidad material como es la referencia en la plataforma receptora de la adhesión del conjunto de los adheridos o en la del órgano encomendante del destinatario final de la competencia en cuestión.

Finalmente y como se ha indicado, según el artículo 39 de la LAE, la opción por la adhesión en tanto integra el propio procedimiento deberá formar parte de las obligaciones indicadas en la materialización de las obligaciones que establece el mismo.

4. ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER

4.1. Naturaleza jurídica.

Más allá de las consideraciones generales que acaban de hacerse es lo cierto que la Ley 25/2013 se caracteriza por la instauración de un procedimiento que, materialmente hablando, se solapa o completa el establecido con carácter general en materia contractual. Con estas afirmaciones no queremos sino ofrecer una visión de conjunto sobre cómo entender las reglas de tramitación que se establecen en la Ley y que se presentan con una cierta autonomía que para el interprete es preciso organizar, sistematizar y encuadrar en el ámbito en el que nos situamos ya que no podemos dejar de recordar que una factura no tiene –por lo general– una entidad propia sino que realmente es el reflejo de una realidad obligacional subyacente. Luego no puede entenderse que la factura tenga una “vida” completamente independiente

del negocio jurídico de soporte y, en este caso, nos vamos a situar en el ámbito de la actividad formalizada y procedimental de las Administraciones Públicas que, también, tiene reglas que deben ser analizadas como soporte central del sujeto interviniente: la Administración Pública.

Es cierto, sin embargo, que la determinación de la operatividad de las reglas de tramitación y su conjunción con los procedimientos matrices – fundamentalmente el de contratación aunque con aspectos puramente procedimentales como en materia de registros– no resulta sencilla porque para ello hay que dar solución a una cuestión previa y de concepto como es el relativo a la naturaleza jurídica de los trámites que se contienen en la Ley 25/2013. Esta cuestión es ciertamente compleja y su resolución no constituye un prurito teórico más o menos vistoso sino que tiene unas consecuencias prácticas indudables.

Como hemos señalado, realmente una de las características de la Ley 25/2013 es la de no pronunciarse sobre qué es el punto general desde una perspectiva de su naturaleza jurídica. Desde nuestra perspectiva es claro que, o bien se trata de un registro público, o, de un sistema auxiliar que se conecta directamente con el respectivo registro público de forma que los aspectos jurídicos se entienden directamente trasladados a éste por el simple uso del punto común.

Como primera aproximación y aunque no sea una cuestión definitivamente aclarada hay que pensar la Ley 25/2013 parece situarse en el último de los planteamientos. En este sentido el apartado 4 del artículo 6 señala que «... 4. Todas las facturas electrónicas presentadas a través del punto general de entrada de facturas electrónicas producirán una entrada automática en un registro electrónico de la Administración Pública gestora de dicho punto general de entrada de facturas electrónicas, proporcionando un acuse de recibo electrónico con acreditación de la fecha y hora de presentación....». Esta referencia nos sitúa, por tanto, en un entorno en el que se producen dos circunstancias diferenciadas en el tiempo y en sus efectos jurídicos como pasamos a analizar:

- Efectos jurídicos: Según el precepto transcrito la utilización del punto común genera un ítem automático en el registro electrónico del correspondiente órgano administrativo. En consecuencia y a todos los efectos legales se trata de un acto de inscripción o registro del correspondiente órgano administrativo y, por tanto, los

efectos jurídicos de dicha presentación aparecen en dicho momento y su regulación será la que, respectivamente, corresponda en función de su naturaleza jurídica.

- Efectos adicionales; El conjunto de trámites que se contienen en la norma nos permite indicar que, adicionalmente a los efectos jurídicos, se produce un conjunto de trámites que se incluyen bajo la referencia poco jurídica de “servicio de intermediación”, ya visto anteriormente, y que, realmente, identifica un conjunto de servicios que se prestan desde el punto general y que son más de carácter informativo que puramente procedimentales. Es lo cierto, sin embargo, que los mismos existen y tienen una cierta autonomía respecto de los puramente asociados al trámite en concreto.

Esto nos permitiría intentar aclarar el procedimiento diseñado conforme al esquema (al pie de página).

Los efectos jurídico-formales se producen desde el punto dos mientras que los servicios asociados al nuevo servicio de control de facturas se producirían desde el punto primero de los indicados.

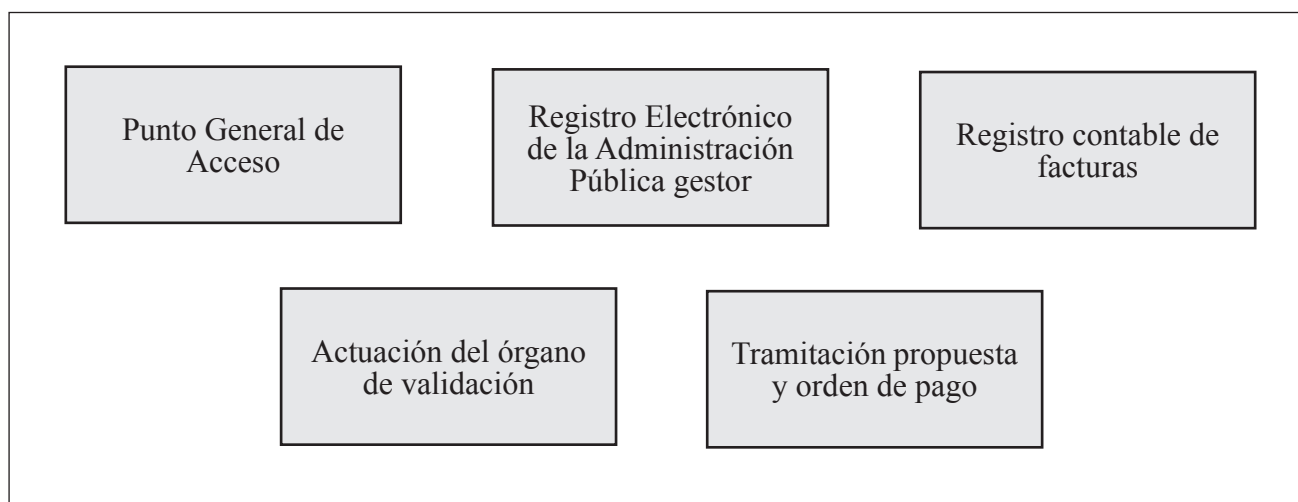
4.2. Organización

La Ley no aclara ni precisa la configuración técnica -ni legal- del punto del que habrá que entender, por tanto, se trata de una plataforma electrónica autónoma o integrada en alguno de los respectivos Portales corporativos de las respectivas Administraciones Públicas.

El punto de acceso es, sin duda, una vía de acceso electrónica que debe situarse en alguno de los sistemas de identificación electrónica de la respectiva Administración. Dicho esto, la Ley 25/2013 podría haber optado por aclarar la ubicación real en cada Administración del punto de acceso en los términos que hemos analizado pero no lo hace limitándose, por tanto, a la indicación de su funcionalidad: tiene que permitir recibir las facturas electrónicas de la Administración directa e indirecta.

Se trata, por tanto, de un instrumento de intermediación, por utilizar la misma compleja delimitación que hace la propia Ley en otro momento, de eficacia limitada –por cuanto su objeto solo pueden ser las facturas electrónicas- en relación con los registros convencionales previstos en la Ley 30/1922, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que obliga a admitir los documentos y solicitudes que se presenten sin referencia selectiva alguna.

Frente a esto parece que se sitúa en un marco más próximo al de la LAE, cuando señala en el artículo 24 que «3. En cada Administración Pública existirá, al menos, un sistema de registros electrónicos suficiente para recibir todo tipo de solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidos a dicha Administración Pública. Las Administraciones Públicas podrán, mediante convenios de colaboración, habilitar a sus respectivos registros para la recepción de las solicitudes, escritos y comunicaciones de la competencia de otra Administración que se determinen en el correspondiente convenio...». Recordemos únicamente que esta opción del artículo 24 de la LAE es más restrictiva que la del artículo 38 de la LRJAP en la que los



documentos y escritos que se pueden presentar lo son no solo de la respectiva Administración sino, incluso, de otras diferenciadas.

Es cierto que se admiten dos posibilidades organizativas adicionales, como son que las Entidades locales podrán adherirse al punto general de entrada de facturas electrónicas que proporcione la Diputación, la Comunidad Autónoma o el Estado; y que las Comunidades Autónomas podrán adherirse a la utilización del punto general de entrada de facturas electrónicas que proporcione el Estado.

En ambos casos se produce el mismo esquema, es decir, una situación de colaboración entre una Entidad Local/CA y el Servicio de mediación que hemos denominado Punto General que se corresponde con otra Administración.

Se trata de una opción organizativa abierta que permite a las Entidades Locales/CCAA adherirse a su voluntad a los puntos de entrada. En el caso de las Entidades Locales, puede hacerlo a los Puntos de la Diputación correspondiente, la Comunidad Autónoma o el Estado y la capacidad de elegir entre las opciones diversas no aparece condicionada en forma alguna.

La opción teórica que anteriormente hemos aceptado, esto es, la de indicar que los efectos jurídicos se producen únicamente por el registro, inscripción o anotación en el ámbito del Registro de la correspondiente Administración hace que la presentación en el punto común tenga –en el ámbito procedimental– una configuración meramente instrumental por lo que los requerimientos posteriores y demás incidencias en dicho ámbito se producirán, únicamente, desde la anotación al correspondiente registro público.

Es cierto, por tanto, que el punto general debería configurarse como meramente instrumental de forma que no incida en los correspondientes procedimientos. Por decirlo más claro, los efectos procedimentales e, incluso, los subsanatorios del cumplimiento de los requisitos respectivos deberían proceder no del punto general sino del registro y del órgano competente para ordenar el pago de la correspondiente factura.

Podría pensarse en la utilidad de algunos servicios adicionales por parte del punto general entre los que puede destacarse el de comprobación de si la factura en cuestión responde al formato establecido por la Ley y si se cumplen los requisitos necesarios para

su tramitación. Es cierto, sin embargo, que el marco de lo que denominaremos “convenio adhesivo” que es la fórmula de vinculación elegida, las posibilidades de transferir esta facultad aparecen ciertamente mermadas. En todo caso si en la adhesión no aparece expresamente indicada es inviable la devolución o cualquier otra actividad (como el rechazo) ya que aquellas tienen consecuencias jurídicas que solo pueden provenir del órgano competente y en el marco del procedimiento de pago¹⁸.

Se plantean dos cuestiones:

a) Naturaleza jurídica de la adhesión.

Aunque ya hemos apuntado la cuestión es lo cierto que no se regula la naturaleza de la adhesión o, por decirlo más claro, hay que superar la concepción material de cómo se hace la adhesión para situarse en el plano conceptual para responder a la pregunta.

Desde una perspectiva jurídica es evidente que la actuación de unos órganos por otros, de unas Administraciones por otras, solo puede producirse en Derecho por una triple vía: el convenio interadministrativo, la encomienda de gestión o el contrato de servicios.

Si analizamos a modo de ejemplo las características previstas en la disposición adicional quinta en relación con la adhesión al Punto General de la AGE podemos observar que las únicas determinaciones son que se realice por el órgano competente de la respectiva Administración, que se haga electrónicamente y que se acepten las condiciones de uso de la

¹⁸ Sobre este tema, la reciente Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, establece:

«Artículo 8. Anotación en el registro contable de facturas de la propuesta de anulación de la factura y de su devolución.

1. Cuando en el registro contable de facturas se reciba, a través del registro administrativo o, en el caso de las facturas electrónicas, el que corresponda al respectivo Punto general de entrada de facturas electrónicas, una solicitud del presentador de anulación de una factura anterior, se tomará nota de la solicitud de anulación en el registro contable de facturas, cuando esa factura ya estuviera anotada en dicho registro. En caso contrario, será rechazada y devuelta la solicitud al registro administrativo que la remitió.

2. Las solicitudes de anulación de las que se hubiera tomado nota en el registro contable de facturas serán comunicadas a los correspondientes órganos competentes para su tramitación, a efectos de que procedan a su estimación y subsiguiente devolución de la factura, previa anulación, si fuera el caso, de las anotaciones que se hubieran efectuado en dicho registro en relación con la factura, o a su rechazo».

plataforma sobre la que opera. Todos estos requisitos son de carácter meramente instrumental y material pero no prejuzgan los elementos jurídicos que subyacen en esta operación.

Desde nuestra perspectiva se trata, como hemos dicho, de un servicio adicional y complementario al puramente procedimental y, por tanto, salvo determinación expresa en contrario (cumpliendo los requisitos legales de la delegación) no puede afectar al régimen de ejercicio y a la competencia en cuestión. Para que esto se produjera es ciertamente sencillo entender que se produce una afección competencial que exige la concurrencia de las causas y formas generales para la gestión o la transferencia de competencias.

Este servicio adicional puede ser objeto de convenio o de encomienda de gestión. En lo que se refiere al convenio estaríamos, ciertamente, y al menos en el ámbito de la AGE, ante lo que podríamos denominar como un convenio de adhesión que se produce con la firma (electrónica avanzada) del acto de adhesión y, claro está, con la aceptación de las condiciones de utilización de la plataforma que es condicionante de la propia adhesión.

Finalmente podría entenderse que se trata de una encomienda de gestión de las previstas en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común cuando señala que «...1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño...». La verdad es que, según señala el párrafo 2 del mismo artículo 15, esta parece ser la figura que más se ajusta a la realidad que aquí se analiza ya que «...2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda...».

Incluso, desde una perspectiva procedimental parece que no habría inconveniente en aceptar que la adhesión cumple con los requisitos del apartado 3 del artículo 15 cuando indica que «...3. La encomienda de gestión entre órganos administrativos o Enti-

dades de derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes. En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia en el Diario Oficial correspondiente.

Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada...».

Esto nos permite indicar que el servicio adicional que realizan los puntos generales es consecuencia de un convenio interadministrativo o de una encomienda de gestión que alcanza a los servicios adicionales –esencialmente informativos– a los que nos hemos referido y que no alcanzan como queda dicho, afecciones esenciales a la competencia sustantiva ni a la forma de ejercicio de la misma.

A partir de esta solución podría entenderse que las relaciones son convenientes y no contractuales. El recurso al contrato sería así la última ratio interpretativa para el supuesto de que las soluciones anteriores no fueran realmente admitidas. En realidad se trata de prestar un servicio a un ajeno (mediación, registro, información, archivo, etc.) que podría articularse mediante un contrato. Es cierto, sin embargo, que la eventual y previsible gratuidad del servicio –pese a que en la Ley se establezca que la adhesión al punto general entrada de facturas electrónicas de la Administración General del Estado podrá conllevar la repercusión de los costes económicos que se genere– lo sitúa más cerca de los planteamientos convenientes que de los puramente contractuales.

b) Efectos de la adhesión desde una perspectiva procedimental.

Como consecuencia de lo que acaba de indicarse y a salvo alguna modificación que proceda del convenio en el que se prevea la cesión de competencias administrativas de algún tipo podemos indicar que los efectos procedimentales se producen únicamente con la inclusión en el registro contable. Así parece intentar zanjarlo el artículo 11 de la Ley 25/2013 cuando señala que «...La recepción de la factura en el punto general de entrada de facturas electrónicas y su anotación en el registro contable de facturas tendrá únicamente los efectos que de acuerdo con la Ley

30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se deriven de su presentación en un registro administrativo...».

5. RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LA ADHESIÓN AL PUNTO GENERAL DE ENTRADA DE FACTURAS ELECTRÓNICAS DE LA AGE.

5.1. FACe¹⁹.

En la actualidad, FACe es el Punto General de Entrada de Facturas de la Administración General del Estado. Permite la remisión de facturas en formato electrónico a aquellos organismos de las administraciones que acepten la recepción de facturas en formato electrónico y que estén previamente dados de alta en el sistema. Este servicio FACe trata de proporcionar una solución razonable en el ámbito de la AGE y sus organismos públicos vinculados o dependientes para la intermediación entre el proveedor que presenta la factura y la oficina contable competente para su registro contable, pudiendo además, de forma opcional, actuar como medio de archivo y custodia de las facturas electrónicas si bien la responsabilidad corresponde al órgano administrativo destinatario de la misma.

FACe permite presentar facturas a través del portal web face.gob.es en el que el proveedor puede remitir sus facturas de forma manual, y además para proveedores que deseen automatizar sus sistemas de gestión de facturación con el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas, pone a su disposición una interfaz de servicios web para ser invocados de forma automática y remitir las facturas de la misma manera.

19 <https://face.gob.es> Asimismo, La página web del M^o de Hacienda y Administraciones Públicas http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/FAQ%20e_factura.pdf, accesible el 16 de enero, establece:

En el caso del Punto General de Entrada de facturas electrónicas de la Administración General del Estado (FACe), en la siguiente url: <http://face.gob.es> se puede acceder a la sección Directorio donde se encuentra la relación de oficinas contables, órganos gestores y unidades tramitadoras que pueden recibir facturas a través de FACe.

Para proveedores que conecten sus sistemas de manera automática a través de servicios web a FACe, se proporciona un método de consulta automático de unidades y códigos dados de alta en el mismo. Todo ello, sin perjuicio de otras soluciones de acceso que pueda desarrollar más adelante la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

La plataforma FACe permite a proveedores la remisión de las facturas a aquellos órganos de la AGE que tienen la posibilidad de recibir facturas electrónicas. El sistema remite la factura electrónica al órgano destinatario, simplificando a los proveedores el envío de las mismas, al centralizar en un único punto todos los organismos de la AGE y al unificar el formato de factura electrónica.

El sistema proporciona a los proveedores un portal web donde pueden presentar sus facturas electrónicas en formato facturae; y una interfaz de *web services* para el envío automático de las facturas desde sus sistemas de gestión económica.

Y proporciona a las Administraciones Públicas un portal de gestión accesible a través de la red SARA, donde los destinatarios pueden gestionar las facturas recibidas, descargarlas y notificar el estado de tramitación de las mismas al proveedor; e interfaces de *web services* que permiten la recepción automática de las facturas en sus sistemas de gestión económica.

5.2. La disposición adicional quinta.

Ya hemos indicado que, por un lado, las Comunidades Autónomas pueden adherirse a la utilización del punto general de entrada de facturas electrónicas que proporcione el Estado y, por otro, las Entidades Locales pueden adherirse al que proporcione su Diputación, Comunidad Autónoma o el Estado.

Más allá de la formulación general y aplicable al conjunto de Administraciones Públicas al que nos hemos referido cabe entender, de alguna forma, que la Ley 25/2013 piensa en línea con lo que establece el informe CORA de septiembre de 2013²⁰, que por vía voluntaria las Administraciones Públicas distintas a la AGE pueden encontrar en los servicios administrativos de la propia AGE una solución a sus propios problemas y, por tanto, que les sea más cómodo, económico o sencillo – simplemente- el utilizar la Plataforma estatal.

A regular este procedimiento viene la disposición adicional quinta de la Ley 25/2013 que regula la adhesión al Punto General de Entrada de facturas

20 Por Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012, se crea la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas. La CORA se adscribe al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas. Vid. <http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/index/bannersTematicos/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF>

electrónicas de la Administración General del Estado conforme al siguiente esquema:

a) El Punto General de la AGE como una forma de cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 6 de la Ley 25/2013.

Si como hemos visto anteriormente las Administraciones Públicas (AGE, Comunidades Autónomas, Entidades Locales) vienen obligadas a ofrecer un servicio que se denomina punto general de entrada de facturas electrónicas de la correspondiente Administración, lo primero que cabe indicar, es que la propia Ley 25/2013 establece que la adhesión al punto de la AGE es una forma admisible de cumplimiento de las propias obligaciones.

Teniendo en cuenta que el sistema que diseña la Ley 25/2013 entra en vigor y, por tanto, la presentación de facturas electrónicas se convierte en un derecho exigible desde el 15 de enero de 2014²¹ la forma de cumplir la obligación no es ciertamente un tema nada menor. Basta, por tanto, con la adhesión para entender que la Administración en cuestión ha cumplido con la obligación que le impone el artículo 6º de la Ley.

b) La adhesión como obligación del Punto General AGE de prestar los servicios de intermediación.

En línea con lo que hemos indicado anteriormente cabe señalar que la adhesión produce como efecto fundamental el exonerar a la correspondiente Admi-

nistración de la obligación de prestar el denominado “servicio de intermediación” al que ya nos hemos referido. Correlativamente, la adhesión constituye al punto general de la AGE en la obligación de realizarlo. Así lo señala la Disposición Adicional cuando indica «...que les proporcionará las funcionalidades previstas para el citado punto respecto de las facturas electrónicas de los proveedores...».

c) Procedimiento.

La forma de realizarse la adhesión al punto general de entrada de facturas electrónicas de la Administración General del Estado será, tal como indica el apartado segundo de la Disposición «... por medios telemáticos a través del portal electrónico establecido al efecto en el citado punto por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas...».

d) Régimen jurídico de la adhesión.

El régimen jurídico de la adhesión no puede considerarse, desde luego, sencillo pese a la simplicidad aparente de la regulación.

En este sentido el apartado 3 de la disposición adicional exige que la adhesión se haga con firma electrónica avanzada. El problema inmediato es pero ¿la firma electrónica avanzada de quien? Aquí hay más problemas porque la Ley 25/2013 se limita a indicar que debe ser la del órgano competente de la Comunidad Autónoma o Entidad local de que se trate.

La determinación de la competencia no es fácil ya que se trata de procedimientos que no tienen un régimen uniforme. De esta forma y como se refiere a un conjunto de registros electrónicos de los que forman parte de una Administración y de procedimientos cuya responsabilidad tampoco es uniforme habrá que entender que el órgano es siempre el que representa al conjunto de los mismos. Especialmente esta visión de máximo órgano se corresponde con la capacidad de formalización del convenio cuando esa fuera la forma de realización o de encargo.

La confluencia de procedimientos y de competencias (registros, procedimiento administrativo, contratación, procedimientos de contratación) hace que la determinación unitaria del órgano competente no sea, por tanto, una labor sencilla que, es de suponer, se va a resolver con la atribución al órgano que ocupa la cúspide administrativa de la respectiva organización por su capacidad obligacional general vía convenio.

²¹ Planteada la cuestión en términos de obligación-no obligación, el esquema temporal de la Ley es el siguiente:

a) La regla general, teniendo en cuenta la LAE y la propia Ley 25/2013, es la facultad o derecho de todos los proveedores que hayan entregado bienes o prestado servicios a la Administración pública de expedir y remitir factura electrónica y consiguiente obligación de la Administración u organismo correspondiente, por tanto, de admitir la factura electrónica expedida y remitida. El esquema es que, por un lado, se pueden presentar facturas electrónicas con carácter voluntario desde la entrada en vigor de la Ley 25/2013 y, por otro, que todas las Administraciones están obligadas a asumir las en el formato que establece la misma.

b) A partir del 15 de enero de 2015 la voluntariedad se torna en obligatoriedad para las entidades enumeradas en el artículo 4 de la Ley (sociedades anónimas; sociedades de responsabilidad limitada; personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que carezcan de nacionalidad española; establecimientos permanentes y sucursales de entidades no residentes en territorio español en los términos que establece la normativa tributaria; uniones temporales de empresas; etc.

c) Las facturas inferiores a 5.000 euros y las emitidas por los proveedores a los servicios en el exterior de las Administraciones Públicas pueden dar lugar a un régimen específico.

En otro orden de cosas la adhesión implica la aceptación en su integridad de «las condiciones de uso de la plataforma, determinadas por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas».

En lo que refiere a los costes de la adhesión la Ley 25/2013 no establece si por la adhesión y por los servicios que se presten como consecuencia de la misma existe un deber de contraprestación directa e incondicionada. Únicamente se señala en el apartado 5 que «... La adhesión al punto general entrada de facturas electrónicas de la Administración General del Estado podrá conllevar la repercusión de los costes económicos que se generen...». Debe tenerse presente que la Ley utiliza el término “podrá” y que, adicionalmente, la repercusión tiene que referirse únicamente a los costes económicos que se generen.

Frente a esto sí se prevé expresamente que «...4. Los desarrollos técnicos que, en su caso, deban implantar las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales para integrar y hacer compatibles sus sistemas informáticos con el punto general de entrada de facturas electrónicas de la Administración General del Estado serán financiados con cargo a los Presupuestos de cada Comunidad Autónoma o Entidad Local...».

e) Un sistema voluntario, con matizaciones.

El artículo 6 de la Ley 5/2013 establece claramente que la adhesión al punto general de la AGE es voluntaria, pues utiliza el término “podrán”. En concreto, la disposición adicional quinta establece que «...5. La adhesión de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales al punto general de entrada de facturas electrónicas de la Administración General del Estado es voluntaria...». Hasta aquí la corrección más evidente en lo que se refiere al respeto al régimen competencial de cada Administración.

Es cierto, sin embargo, que la propia Disposición Adicional añade que «...si bien la no adhesión deberá justificarse en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera...».

Es decir que la no adhesión exige justificación en términos del artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012. El citado precepto regula el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos en los siguientes términos: «... 1.Las políticas de gasto

público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. 2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público. 3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera...».

El sistema voluntario se convierte en voluntario con justificaciones. Pero para saber si la decisión de las Administraciones Públicas (no AGE) que se adhieran es o no correcta en términos de eficiencia de gasto público lo que debería quedar claro definitivamente es el coste del punto general de entrada de la AGE que, como se acaba de ver, puede repercutir los costes sin que la norma contenga precisión alguna sobre qué tipo de costes, su fórmula de cálculo o referencia alguna que nos permita entender si adherirse es o no más barato que mantenerse en el sistema propio. Debe recordarse que el carácter potestativo de la repercusión de los costes choca -potencialmente- con la obligación de adaptar los sistemas electrónicos de cada organización.

Nos encontramos, por tanto, con una referencia a costes que no es demasiado precisa, a una obligación de adaptación de los propios sistemas y, sobre todo, de organizaciones que habían establecido ya y antes de la Ley 25/2013 sus propios sistemas de control de facturas o de facturas electrónicas por lo que los costes de transición de sistemas se convertirá en la clave de arco para entender cuando se produce y cuando no una decisión no eficaz en los términos del artículo 7 de la Ley Orgánica 7/2012.

En todo caso y desde la perspectiva del respeto institucional y competencial no deja ser extraño que algo que no se declara como gratuito expresamente (aunque finalmente pueda resultar) exija por parte de quien no quiere adherirse una explicación en términos de gasto público que sería razonable solicitarla si el servicio que se ofrece es gratuito.

JURISPRUDENCIA E INFORMES

Sección a cargo de Vicente Lomas Hernández

Doctor en Derecho

Jefe de Servicio de Coordinación Regional de Asesorías Jurídicas

Servicio de Salud de Castilla – La Mancha

PRESTACIONES SANITARIAS

1.- SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012. LA FIV Y EL ORIGEN DE LA VIDA HUMANA.

La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada el 28 de noviembre de 2012 sobre fecundación in vitro y la protección del embrión humano, realiza unas interesantes consideraciones sobre el inicio de la vida humana al afirmar que el embrión humano no es persona, y que el término “concepción” referido al inicio de la vida humana, no se interpreta como “fecundación” sino que debe interpretarse como equivalente a “implantación”.

La Corte Constitucional de Costa Rica declaró inconstitucional la práctica de la FIV, lo que supuso importantes perjuicios a muchos de los ciudadanos nacionales de dicho Estado centroamericano, como fue el caso de la señora Grettel Artavia Murillo cuyo marido quedó parapléjico a raíz de un accidente laboral, razón por la cual decidieron buscar ayuda médica para tener descendencia. Se sometieron a ocho inseminaciones artificiales, y para sufragar los gastos de las inseminaciones la pareja hipotecó su casa, además de vender algunas de sus pertenencias. Sin embargo, las inseminaciones artificiales no dieron resultado.

En febrero del año 2000, la médico informó a la pareja que la última alternativa en el tratamiento contra la infertilidad sería practicar una FIV. Un mes después, el 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de Costa Rica dictó la Sentencia que prohibió la práctica de dicha técnica de reproducción humana asistida. La pareja por aquél entonces ya había agotado todos sus recursos económicos, por lo que no podía viajar fuera del país para someterse al tratamiento en cuestión; en

marzo de 2011 la pareja se divorció, siendo una de las razones la imposibilidad de tener hijos biológicos.

El Estado alegó que la resolución de la Sala Constitucional “no anuló de manera definitiva la posibilidad de practicar la fecundación in vitro en Costa Rica, sino que únicamente anuló una técnica específica existente desde el año 1995 y regulada por el Decreto Ejecutivo”, y agregó que “no pueden practicarse métodos de fecundación que atenten contra el derecho a la vida desde la concepción” (...) “la evidencia científica [...] demuestra que el inicio de la vida humana comienza con la concepción o lo que es lo mismo con la fertilización o fecundación”, la cual ocurre cuando “las membranas de las células del espermatozoide y del óvulo se fusionan”, y que los términos “concepción” y “fecundación” deben ser tratados como sinónimos.

La Sentencia, en cambio, afirma que “es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término «concepción». Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un «ser humano», lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo”.

En concreto la Sentencia señala que **“el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la «concepción» en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras «en general» que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”** (considerando 264).

2.- SENTENCIA DEL TEDH DE 28 DE AGOSTO DE 2012, Nº 54270/2010. EL DGPY EL ORIGEN DE LA VIDA HUMANA.

Pareja que había decidido interrumpir voluntariamente el embarazo para evitar el nacimiento de un niño enfermo. La pareja desea tener un hijo sano, y se someten a D.G.P. para seleccionar el embrión a implantar, pero dicha técnica diagnóstica les fue denegada por no cumplir los requisitos exigidos por la Ley italiana.

La justificación de la ley italiana es que *“se intenta proteger la salud del niño y de la mujer, la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios, y evitar la proliferación de comportamientos eugenésicos”*. Por el contrario, los demandantes se quejan de una violación de su derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 de la Convención).

El TEDH constata que la ley italiana sólo permite la fecundación asistida a las parejas estériles o a aquellas en la que el hombre sea portador de una enfermedad viral sexualmente transmisible (hepatitis, SIDA...); al no pertenecer la pareja a este grupo de personas, los demandantes no pueden acceder a la fecundación in vitro.

Esta prohibición constituye una injerencia en el derecho de los requirentes al respeto de su vida privada y familiar. La Corte no puede ser ajena al estado de angustia de la demandante que, en su imposibilidad de acceder a la fecundación asistida, sólo tendría como alternativa la maternidad ligada a la posibilidad de que el feto esté afectado por la enfermedad, y el consiguiente sufrimiento derivado de la elección doloro-

sa de proceder a un aborto terapéutico en caso de que finalmente así fuese.

Por todo ello, una vez puesta de la manifiesto la incoherencia del sistema legislativo italiano en materia de fecundación asistida, la Sala concluye que se ha producido una injerencia desproporcionada en el derecho de los interesados lo que, por tanto, supone una violación del art. 8 de la Convención.

3.- SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA, DE 18 DE FEBRERO DE 2013. Nº REC 648/2012. INTERRUPTIÓN VOLUNTARIA DE EMBARAZO Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

La Sala se pronuncia sobre el espinoso asunto del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios a negarse a realizar cualquier acto relacionado con la interrupción voluntaria del embarazo. La Sala reproduce los argumentos que ya fueran empleados en la Sentencia del TSJ de Madrid de 1 de julio de 2012.

A partir de tales consideraciones el TSJ de Andalucía comparte el criterio ya recogido por el Tribunal madrileño, y considera que el derecho a la objeción de conciencia en relación a la interrupción del embarazo no es un derecho fundamental que quepa incardinar en el artículo 16.1 de la CE, sino que por el contrario es objeto de una regulación legal ordinaria.

A tal efecto, la Sentencia establece que *“no se puede sostener que las obligaciones del personal sanitario respecto de la interrupción voluntaria del embarazo vulnera el art. 16 de la Constitución porque parte de una prioridad absoluta de la objeción de conciencia que equivale a su consideración como derecho primario y absoluto que deben respetar el resto de los derechos reconocidos”*.

Así pues, una vez descartada la configuración constitucional del derecho a la objeción de conciencia resulta obligado conocer el marco normativo regulador de la I.V.E en nuestro país. La L.O. 2/2010, de 3 de marzo reconoce expresamente que todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes. A su vez, el art. 19 del citado texto legal dispone que los profesionales

sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho a ejercer la objeción de conciencia, por lo que, y en sintonía con lo que ya dijera el TSJ de Madrid, el legislador no exime al médico del deber de informar sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho la mujer embarazada que desee proseguir con el embarazo así como sobre los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de la práctica de la I.V.E.

Recientemente el TSJ de CLM se ha pronunciado al respecto en la Sentencia de 20 de febrero de 2012 dictada a raíz de la impugnación de la nota interior del Director-Gerente de Atención Primaria de Toledo de fecha 2 de julio de 2010, y que sirvió de pretexto para impugnar nuevamente la Orden de 21 de junio de 2010 por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo, y la Orden de 23 de junio de 2010, de creación del fichero.

Respecto de la primera de las Órdenes, el TSJ de CLM en su Sentencia de 2012 consideró que no cabe formular tacha alguna tras la modificación realizada por la Orden de 14 de octubre de 2010 que suprimió la referencia expresa a lo que haya de entenderse por *“profesionales directamente implicados en una interrupción voluntaria del embarazo”*.

Por lo que se refiere a la segunda Orden, el recurrente considera que el Registro debe limitarse a los centros donde presta servicios el profesional médico. La respuesta de la Sala es contundente:

“Las anteriores alegaciones, cuya estimación supondría una comunicación caso por caso del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, aparte que no encuentran acomodo en norma jurídica alguna sino que además tal modo de proceder dificultaría en buena medida la organización y prestación del servicio público, por lo que no pueden encontrar favorable acogimiento por esta Sala”

En cambio sí que se acuerda la anulación de la citada nota interior ya que fue dictada en aplicación de un precepto cuyo contenido fue derogado tácitamente por una Orden posterior, y sin que la anulación acordada por el TSJ pueda afectar a la actual redacción del art. 3.1 de la Orden de 21 de junio de 2010 en la redacción dada por la Orden de 14 de octubre de 2010, pues *“es sustancialmente coincidente con el encabezamiento del art. 19.2 de la Ley Orgánica*

2/2010, no excluye explícitamente a ningún facultativo”.

Por otra parte recordemos que el nuevo Código de Ética y Deontología aprobado en julio de 2011 por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos, dispone en su artículo 55 que *“El médico está al servicio de preservar la vida a él confiada, en cualquiera de sus estadios. El que una mujer decida interrumpir voluntariamente su embarazo, no exime al médico del deber de informarle sobre las prestaciones sociales a las que tendría derecho, caso de proseguir el embarazo, y sobre los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión”*.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Auto de 1 de diciembre de 2011, denegó la medida de suspensión cautelar de dicho precepto solicitada por el Colegio de Médicos de Toledo, ya que no consta que ello sea una situación distinta a la que hasta este momento se venía produciendo ya que el derecho al aborto ya estaba legalmente reconocido máxime cuando el anterior Código obligaba a médicos atender a todos los pacientes con la misma diligencia y solicitud sin discriminación alguna, y a informar al paciente caso de exigirle éste un procedimiento que por razones éticas o científicas juzgara inadecuado o inaceptable.

CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.- INSTRUCCIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012 SOBRE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA GESTIÓN DE LAS CONTRATACIONES DE SERVICIOS Y ENCOMIENDAS DE GESTIÓN A FIN DE EVITAR INCURRIR EN SUPUESTOS DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES.

La DA Primera del RD-Ley 20/2012 establece que:

“Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el art. 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre EDL 2011/252769, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores

de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral”.

En cumplimiento de esta previsión y para el ámbito del sector público estatal, el TC ha aprobado estas Instrucciones que deben integrarse en el sistema general de gestión de cada Administración Pública del referido sector público y en relación con los contratos de servicios y encomiendas de gestión.

Como principios de actuación cabe destacar:

- a) No contratar servicios externos para suplir la carencia de medios personales cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal relacionadas con el ejercicio de competencias que tengan atribuidas la entidad u órgano de que se trate.
- b) Los responsables de la gestión de los servicios para cuya ejecución se recurre a la contratación externa deberán respetar el poder de dirección que corresponde al empresario, absteniéndose de asumir funciones directivas
- c) Los pliegos determinarán con precisión las prestaciones a realizar que deberán estar perfectamente deslindadas de la actividad desarrollada por la entidad contratante a través de su propio personal.

En concreto, el T. de Cuentas señala que en la redacción de los Pliegos han de tenerse en cuenta las siguientes cuestiones:

- 1.- No pueden ser objeto de este tipo de contratos la realización de funciones o servicios que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las funciones públicas.
- 2.- Consignar en los Pliegos la obligación de la empresa adjudicataria de designar un coordinador técnico o responsable, perteneciente a la plantilla

del contratista, que será el interlocutor con el que se relacionará únicamente la entidad contratante, y que será el único que podrá impartir órdenes e instrucciones al resto de los trabajadores.

3.- En los pliegos se debe garantizar que la empresa adjudicataria dispone de una organización propia y estable.

4.- Dejar constancia del compromiso de la empresa contratista de ejercer de modo real, efectivo y periódico el poder de dirección inherente a todo empresario.

5.- No se admitirán en los pliegos cláusulas de subrogación empresarial en las que se asuman compromisos sobre los empleados del adjudicatario, ni aquéllas en virtud de las cuales el órgano de contratación tenga algún tipo de intervención en la selección del personal que la empresa contratista vaya a asignar a la ejecución de los servicios.

6.- No se identificará en el contrato el nombre de los trabajadores que la empresa utilizará para cumplir el contrato.

7.- En el caso en que se ceda equipamiento o material por razón de una mayor eficacia se hará constar esta circunstancia tanto en el pliego como en el contrato.

Otras Recomendaciones interesantes son:

a) Para la determinación del presupuesto del contrato se evitará siempre que sea posible la utilización del criterio unidades de tiempo, como pueda ser el nº de horas o jornadas de trabajo por cada categoría profesional.

b) La prestación de servicios tendrá lugar en dependencias o instalaciones propias del empresario contratista, y sólo con carácter excepcional en los centros dependientes del órgano de contratación, en cuyo caso habrá que obtener la previa autorización, dejar constancia de las razones que lo justifican y recomendar que en tal caso, el personal de la empresa utilice distintivos que lo identifiquen.

c) En el caso de prestación de servicios continuada en los centros de trabajo del órgano de contratación, el responsable de la Administración, con carácter previo al inicio de la prestación, deberá

comprobar la afiliación y alta en la S.S. de los trabajadores, así como dotarles de espacios de trabajo diferenciados.

d) En relación con la fase de ejecución, el T. de Cuentas enumera una relación de servicios a los que no podrá tener acceso el personal de la empresa contratista (cursos de formación, reconocimientos médicos periódicos, acceso al correo electrónico corporativo...)

e) La exigencia de responsabilidad disciplinaria al personal al servicio de la Administración que con su actuación haya causado perjuicio grave a la Administración.

2.- INFORME 15/2012, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN. SUMINISTROS DE VACUNAS.

Se plantean algunas interrogantes por parte del Departamento de Salud para planificar la contratación de vacunas combinadas. En el mercado existen vacunas combinadas que permiten preparar en un único preparado múltiples antígenos disminuyendo el nº de inyecciones y las posibilidades de error en su administración.

Sin embargo, mientras existen diferentes laboratorios que comercializan la vacuna pentavalente, sólo uno comercializa el hexavalente, por lo que las últimas adquisiciones se han realizado a través del procedimiento negociado por exclusividad.

El TACRC en un caso similar entendió que semejante forma de proceder infringe el principio de libre competencia ya que se restringe la licitación a un único licitador, y se ha infringido el artículo 101.8 dado que para describir el producto que se tiene que adquirir se ha hecho referencia a una patente sin acompañarla de ninguna expresión que permita entender que se han incluido otras vacunas que tienen una funcionalidad equivalente.

La Junta considera que si ambas vacunas, la pentavalente y la hexavalente cumplen una función equivalente, no existen razones técnicas ni de exclusividad que lo justifiquen. Una opción sería recurrir al uso de las variantes como ya han hecho algunas CCAA como Cataluña.

3.- RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DE 27 DE MARZO DE 2013. CENTRAL DE COMPRAS DE MEDICAMENTOS

El Tribunal administrativo se pronuncia sobre la posibilidad recogida en pliego de que la administración pueda solicitar una rebaja en el precio en el caso de que, durante la vigencia del acuerdo marco, se aprobase un producto biosimilar a alguno de los productos biológicos seleccionados. En caso de que la compañía adjudicataria no aceptase la rebaja, la adjudicación podía quedar resuelta.

El Tribunal entiende que el sistema diseñado por el INGESA vulnera las reglas sobre la libre competencia, que queda seriamente afectada si durante toda la vigencia del Acuerdo Marco se mantiene al adjudicatario preseleccionado como único suministrador de una parte del mercado.

PROFESIONES SANITARIAS

1.- SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2012, rec 59/2012. NEUROFISIOLOGÍA Y NEUROLOGÍA. COMPETENCIAS PROFESIONALES

La Sociedad Española de Neurofisiología sostiene en su recurso que las pruebas neurofisiológicas que se llevan a cabo en los centros y hospitales de la Comunidad Autónoma del País Vasco deben realizarse exclusivamente por especialistas con el título propio en la especialidad de Neurofisiología, y que ésta constituye una especialidad distinta de la Neurología a la que le corresponde realizar las pruebas de exploración funcional del sistema nervioso central y periférico.

La Sala, invocando el principio de unidad de doctrina y de seguridad jurídica se adhiere a la decisión adoptada en la STS de 17 de julio de 2012, en el sentido de negar que haya incumplimiento alguno por parte de la Comunidad Autónoma vasca en permitir que las pruebas neurofisiológicas se practiquen en los hospitales públicos por neurólogos.

En concreto la Sala afirma que estamos ante la regulación propia de la profesión sanitaria cuya competencia corresponde al Estado, sin que pueda deducirse de la normativa vigente que exista la exclusividad

invocada por la recurrente. Como recoge la Sentencia “*No existe norma alguna que sustente la pretensión de la actora excluyendo a los neurólogos para la ejecución de pruebas fisiológicas sin una previa modificación de la profesión médica sanitaria por parte de la Administración del Estado en ejercicio de sus competencias determinando el programa formativo, sus objetivos y las competencias y exigiendo que en todos los hospitales públicos exista una Unidad de Neurofisiología para la ejecución de pruebas neurofisiológicas, si existe Unidad de Neurología*”.

Resulta curioso que dos años antes el TS, en Sentencia de 15 de marzo de 2010 estimara el recurso interpuesto por esta misma Sociedad contra la Comunidad de Madrid, si bien en este caso dicha estimación fue consecuencia de los efectos del doble silencio negativo (art. 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

2.- SENTENCIA DEL TS DE 11 DE DICIEMBRE DE 2012 N° REC 829/2012. COMPETENCIAS PROFESIONALES: ENFERMERÍA FAMILIAR Y COMUNITARIA.

Se impugna por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos la Orden por la que se aprobó y publicó el programa formativo de la especialidad de Enfermería Familiar y Comunitaria. El argumento es el mismo que se repite en otros recursos similares, si los programas formativos de enfermería pueden incluir o no la competencia y capacidad para diagnosticar enfermedades.

El TS siguiendo el mismo razonamiento que en resoluciones anteriores, desestima el recurso por entender que la Orden impugnada ciñe su contenido a la formación especializada, y no supone por tanto regulación de la profesión y de las competencias de los profesionales de la salud.

RESPONSABILIDAD SANITARIA

1.- SENTENCIA DEL TS DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2012, REC 2354/2011. VALORACIÓN DAÑO MORAL.

La cuestión suscitada afecta a la cuantificación del importe de la indemnización que procede abonar a los padres de un menor de edad tras haberse declarado mediante Sentencia la responsabilidad patrimonial

de la Administración sanitaria por la hipoacusia severa bilateral sufrida por el menor como consecuencia de la administración de la vacuna “*triple vírica*”.

La Sentencia fija en 35.000 euros, el importe de la indemnización atendiendo para ello al nivel de minusvalía que padece el menor de edad -33%- y la dificultad que supone para el aprendizaje cotidiano, y en especial, en el de la música que venía ejercitando.

La parte recurrente considera que la simple alusión a la minusvalía y a las dificultades de aprendizaje del menor no permite saber a qué conceptos responde la cuantía fijada en sentencia.

Por el contrario, el TS no considera que se haya cuantificado la indemnización de manera inmotivada ni arbitraria, pues dentro de la imposibilidad de valorar los daños morales, la Sala “*a quo*” tomó dos criterios válidos para fijar una cifra.

2.- SENTENCIA DEL TS DE 28 DE MARZO DE 2012. EMBARAZO Y CRIBADO PRENATAL.

Mujer embarazada acude a consulta con edad gestacional de 13 semanas y es citada para nueva consulta la semana siguiente donde se supone se le iban a realizar las pruebas del cribado combinado del primer trimestre. Dicha cita se demoró por causas ajenas a la paciente. Se facilita una nueva cita un mes más tarde, y en la consulta no consta que se le hiciera el cribado.

La no realización del cribado antes de la semana 22 de gestación dio lugar a que no se hubiera detectado la anomalía cromosómica origen de la demanda judicial.

La Sentencia recurrida en casación minoró el importe de la indemnización por la falta de interés mostrada por la paciente en la realización de la prueba diagnóstica –la Sentencia refiere que no consta que la paciente se haya interesado por dichas pruebas- y, en segundo lugar, en que no consta la voluntad de los reclamantes en orden a interrumpir el embarazo a partir de un resultado desfavorable.

Por el contrario, el TS considera que el planteamiento anterior no es correcto ya que lo relevante no es que la paciente se interese por unas pruebas, sino que la Administración sanitaria las ofrezca en los tiempos y condiciones adecuados. Como señala nuestro alto tribunal “*es la Administración quién debe acreditar que se intentó prestar el servicio y no el paciente*”.

quien debe probar su interés en unas pruebas que ni siquiera tiene porqué conocer de su existencia ni de su momento de realización”.

Sobre el segundo motivo, la Sentencia señala que “si a la paciente no se le realizan las pruebas del cribado y no se le informa de las malformaciones de su hija, es difícil pensar que pueda manifestar su voluntad interruptiva para el supuesto de que unas pruebas no realizadas, den un resultado negativo”.

3.- SENTENCIA DEL TS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012, REC 5283/2011. FALTA DE INFORMACIÓN A UN PACIENTE QUE TIENE LA CONDICIÓN DE MÉDICO.

Paciente que acude a una unidad de urgencias hospitalaria por una disminución de su capacidad de esfuerzo. Al día siguiente se le practica un cateterismo, y ese mismo día una cardioversión eléctrica. Esa misma noche fue empeorando hasta que sufrió un embolismo cerebral.

El recurrente, que tiene la condición de médico, considera que no existió consentimiento para la práctica de la prueba de la cardioversión eléctrica, y de hecho los dos médicos responsables de su tratamiento afirman que fue el otro quién suministró al paciente la información de esta segunda prueba diagnóstica, pero ninguno de ellos puede afirmar que fuese él mismo quién suministró dicha información.

Sin embargo la Sentencia dictada por la Sala de instancia fundamenta la ausencia de consentimiento informado formalizado por escrito, en la relación de amistad o conocimiento entre los implicados, y en la condición de médico de paciente.

En este punto hay que tener presente que la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente contempla excepciones al requisito de recabar el consentimiento escrito, como los casos de urgencia, pero “lo que en modo alguno se prevé es una excepción a tal regla por ser médico el paciente, o por tener una relación de amistad con los doctores responsables de su caso”, a lo que habría que añadir que la especialidad del paciente era la otorrinolaringología, “por lo que no hay base alguna para derivar de aquélla condición un conocimiento propio específico sobre cardiología, o sobre los riesgos que podría conllevar esa segunda prueba. Y en cuanto a la supuesta relación informal o cordial entre los médicos responsables y el paciente, que habría provocado que no se plasma-

se por escrito el consentimiento libremente prestado, la sentencia tampoco se detiene a explicar por qué entonces se hizo constar el consentimiento por escrito para la primera prueba diagnóstica”.

FARMACIA Y PRODUCTOS SANITARIOS

1.- SENTENCIA DEL TSJ DE ARAGÓN DE 12 DE FEBRERO DE 2013, Nº 81/2013. NULIDAD DE LA COMISIÓN DE EVALUACIÓN DEL MEDICAMENTO DE ARAGÓN.

FARMAINDUSTRIA impugna la legalidad de la Orden por la que se regula la constitución y funcionamiento de la Comisión de Evaluación del Medicamento de los hospitales del Sistema Sanitario Público de Aragón, por adolecer de graves defectos formales en su tramitación, en concreto, la falta del preceptivo dictamen del Consejo Consultivo.

La Sentencia afirma que la Orden combatida merece la calificación de reglamento ejecutivo, considerando como tal según la doctrina del TS “la del reglamento directa y concretamente ligado a una ley, a un artículo o artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley, o leyes, es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el reglamento”.

La Sala no discute que la Administración pueda crear una Comisión del Medicamento para ayudar a los profesionales en la racionalización del gasto, pero sí advierte que conforme a la Ley del Presidente y del Consejo de Gobierno de Aragón, los reglamentos ejecutivos deben ser informados por el Consejo Consultivo, y esta Orden es un buen ejemplo. Como establece la Sentencia, “impone la obligación de que todo medicamento que se quiera prescribir, deba estar incluido en una guía, es claro que no está dictando una norma meramente organizativa, sino más bien al contrario una norma que afecta a derechos de terceros. Afecta al paciente, que puede ver limitada una determinada prestación farmacológica, afecta a los fabricantes de medicamentos, y afecta a los profesionales de la medicina...”

2.- STSJ DE MADRID, DE 27 DE MAYO DE 2013, Nº 865/2013. NATURALEZA DE INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FARMACIA.

Se impugna la Resolución del SG de Sanidad del Ministerio, por la que se indamate el recurso de alzada interpuesto por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles contra las instrucciones dirigidas por el Director General de Farmacia a los laboratorios fabricantes, distribuidores, colegios oficiales y oficinas de farmacia, sobre los criterios y procedimientos a seguir para que se aplique la deducción en el precio de los medicamentos del 7,5%.

El Abogado del Estado considera que estamos ante un supuesto de inadmisibilidad previsto en el art. 69.c) en relación con el art. 25 de la LJCA, pues entiende que las cartas a las que se refiere este pleito no pretendían establecer una norma, por lo que no constituyen ni un acto administrativo ni una disposición administrativa de carácter general.

Sin embargo la Sala entiende que estas cartas-instrucciones sí tienen un claro carácter normativo, porque están desarrollando la Ley y tienen un cariz reglamentario, establecen instrucciones detalladas e imperativas de cómo se deben practicar las deducciones del IVA y cómo hacer la presentación y cobros de las facturas de los Colegios Provinciales de Farmacéuticos de las Administraciones Sanitarias.

INTIMIDAD Y DATOS PERSONALES

1. SENTENCIA DEL TS DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2012, REC 2212/2010. DIVULGACIÓN POR INTERNET DE DATOS SANITARIOS.

La Policía local de Orense advierte la publicación en Internet de un fichero que contiene datos de 1748 pacientes de dos cupos de médicos de localidades ubicadas en Cantabria.

La AEPD sancionó por estos hechos al Servicio Cántabro de Salud por infracción del art. 9 de la LOPD al no haber adoptado las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los datos especialmente protegidos.

La Sentencia impugnada establece que el art. 10 de la LOPD impone una obligación de resultado al responsable del fichero, de modo que el hecho de que en el presente caso no haya quedado plenamente aclarado cómo se produjo la fuga de información es irrelevante.

El TS comparte el mismo criterio, pues en todo caso es incuestionable que dicha fuga muestra que

el Servicio Cántabro de Salud no cumplió su deber de salvaguardia del secreto cuya custodia tenía encomendada. De aquí que los hechos sancionados sean perfectamente subsumibles en el art. 10 de la LOPD y, por consiguiente, que no haya ninguna desviación del principio de tipicidad en materia sancionadora.

2. RESOLUCIÓN DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: R/03099/2012. AEPD.

Una paciente del Hospital Virgen de la Salud de Toledo solicita que le remitan a su nuevo domicilio sito en la localidad balear de Palma de Mallorca, una copia de su historial clínico. En respuesta a su solicitud le remitieron un CD que contenía pruebas médicas de otro paciente, lo que evidencia a todas luces que las medidas de seguridad existentes no fueron suficientes.

La conducta denunciada se incardina en el supuesto tipificado en el art. 44.3.h) y apartado d) del citado precepto legal.

El primero de ellos se refiere a la vulneración del deber de guardar secreto ya que se ha acreditado que el Hospital divulgó los datos de salud de un paciente al entregarle datos de su historia clínica a otra paciente.

El segundo apartado tipifica como infracción grave la vulneración del principio de seguridad de los datos que ha tenido como consecuencia que los datos personales de un paciente fueran facilitados a un tercero no autorizado.

No obstante la propia Agencia reconoce que no cabe realizar valoración alguna por parte de esta institución al no existir medidas específicas cuya adopción garantice que en el futuro no se vuelva a producir una infracción como la declarada.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE OCTUBRE DE 2012, Nº 990/2012. ACCESO DE PROFESIONAL SANITARIO A HISTORIA CLÍNICA DE UNA PACIENTE POR MOTIVOS PERSONALES

Una enfermera del Servicio de Urgencias del Hospital de la Ribera, sito en la localidad valenciana de Alzira, accedió con su clave personal a la historia clínica de una paciente del hospital para comprobar si padecía trastornos psiquiátricos y, posteriormente fa-

cilitar la información así obtenida a su hermana, cuya ex pareja convive con la mujer cuyos datos clínicos fueron revelados.

Una vez en poder de la hermana dicha información, que confirmaba los rumores y comentarios de terceros de que esa persona padecía una patología psíquica, la hizo llegar a su letrada quién la presentó en el juzgado para solicitar una suspensión cautelar del régimen de visitas a favor del padre de los hijos de ambos.

¿Podemos entender que se ha cometido el tipo penal descrito en el art. 197 del CP, delito de revelación de secreto, si la acción cometida por la enfermera lo fue para ayudar a su hermana y proteger a los hijos de ésta? ¿Se podría entender que no concurre el elemento subjetivo del delito en atención a los móviles que guiaron su conducta?

El TS considera que los móviles son a estos efectos irrelevantes, resulta indiferente si la acción se realiza con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o por cualquier causa.

Por otra parte, el hecho de que actuara para ayudar a los menores, en la creencia de que éstos pudieran sufrir algún daño, no justifica su conducta y la vulneración del derecho fundamental a la intimidad que encuentra su reflejo en el CP en el art. 197. El sujeto activo del tipo penal es cualquier persona, sin distinción y sin excepción, y sujeto pasivo “otro”, quién quiera quién sea ese otro, sin exclusión alguna, siendo significativo que en el actual CP haya desaparecido la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia. Como dice la Sentencia, “*ello evidencia que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye causa absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quién consciente y voluntariamente, como es el caso, lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal*”.

Por lo que se refiere al hecho de que con este acceso no se produjo daño alguno a la paciente, la Sentencia recuerda que también resulta irrelevante la mayor o menor entidad de la patología clínica descubierta, y que la recurrente se limitara tan solo a comunicar a su hermana que la mujer de su ex pareja había tenido cuatro ingresos en el hospital, uno de ellos por intento de suicidio.

Tampoco prospera la alusión que hace la recurrente al Código de Ética y Deontología de Enfermería, ya que en este caso no actuó en su condición de enfermera sino que se aprovechó de su condición para, actuando como tía de las menores y hermana de la madre de éstos, acceder a la historia clínica de la pareja del padre. Por tanto no actuó en el ejercicio de su profesión ni la persona a la que se referían los datos era su paciente.

En este sentido, la Sala precisa el alcance de los preceptos recogidos en el citado Código de Ética al señalar que éstos no habilitan a cualquier profesional de la enfermería a acceder por razones privadas a la HC de cualquier paciente del centro en el que trabajen. “*La norma deontológica guarda relación con el deber de denunciar una posible infracción o peligro observados por un profesional en el ejercicio de su actividad, pero no otorga la facultad de disponer de datos reservados para su cesión a un tercero, a fin de que los utilice en el seno de un procedimiento matrimonial de carácter privado*”.

RECURSOS HUMANOS

1.- SENTENCIA DEL TS DE 3 OCTUBRE DE 2012.VACACIONES E IT.

El TS se había manifestado en diversas ocasiones sobre la coincidencia del período de vacaciones con la incapacidad temporal cuando ésta se inicia después de fijado el período vacacional pero antes de comenzar el disfrute del mismo. La duda se suscitaba en relación con la extensión del mismo criterio favorable al mantenimiento del derecho al disfrute de las vacaciones si la incidencia del proceso de IT aconteciera durante el período vacacional.

El TS en su Sentencia de 24 de junio de 2009 consideró que el tratamiento que merece la IT que surge durante el disfrute de las vacaciones tiene que ser distinto, pues “*es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador*”.

No obstante el TS, mediante **Auto de 26 de enero de 2011**, planteó cuestión prejudicial al respecto ante el TJUE que fue respondida mediante la **STJUE de 21 de junio de 2012** en el sentido de afirmar que, efectivamente, existe tal oposición entre el artículo 7 de la Directiva y las disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante

el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidente con tal período de incapacidad. El hecho de que el recurrente fuera personal laboral, y además ajeno al ámbito de la Administración Pública, entendemos que no tiene entidad suficiente como para desactivar su aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas. En efecto, hay que precisar que la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de mayo de 2012**, ya ha declarado expresamente que la actividad de los funcionarios está comprendida en el ámbito de aplicación de la mencionada Directiva, puesto que el concepto de “trabajador” posee un alcance autónomo y no debe interpretarse de forma restrictiva.

En definitiva, la Sala afirma que tratar de modo distinto las situaciones de concurrencia entre vacaciones e IT, dependiendo del momento de inicio de esta última, sólo hallaría justificación en aquellos supuestos en que la baja no fuera ajustada a derecho:

“En estos supuestos en que la incapacidad temporal se inicia estando ya de vacaciones el trabajador, el alcance del derecho al efectivo disfrute de las vacaciones no puede ser distinto que el expresamente reconocido en los casos resueltos por la doctrina de esta Sala”.

2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN DE 13 DE ENERO DE 2012. RETROACTIVIDAD DE UN AÑO PARA EFECTOS ECONÓMICOS DERIVADOS DEL RECONOCIMIENTO DE TRIENIOS.

No resulta controvertido el reconocimiento del derecho al percibo de los efectos económicos con carácter retroactivo, sobre todo tras la STJUE de 22 de diciembre de 2010, y posteriormente el TS en Sentencia de 7 de abril de 2011. Sin embargo queda pendiente de concretar a estos efectos el plazo de prescripción que resulta aplicable, si el plazo de un año conforme a lo previsto en el RD 1181/1989, o si el plazo de cuatro años con arreglo a la legislación presupuestaria. SSTSJ Castilla-León (sede Burgos) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, de 13-1-2012, nº 5/2012, rec. 112/201, y 21-10-2011, nº 428/2011, rec. 61/2011, afirman:

“No puede compartirse íntegramente el fallo de la sentencia y ha de rectificarse la fecha de efectos económicos de la declaración que ha de

ser necesariamente la de un año antes a la fecha de solicitud de reconocimiento de los servicios prestados en dicha categoría y ello porque es clara la norma contenida en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1181/1989, de 29 de septiembre, por el que se dictan Normas de Aplicación de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública al Personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud, cuando dice: «Los efectos económicos de los nuevos trienios resultantes del reconocimiento de servicios previos se extenderán, con arreglo al art. 59.2 del Estatuto de los Trabajadores al período anterior en un año a la fecha de presentación de la solicitud, y ello con el límite, en su caso, de la fecha de perfeccionamiento del trienio. Norma específica al respecto que mantiene su vigencia...»”.

Por su parte el TSJ de CLM en Sentencia de 16 de enero de 2012 se ha limitado a admitir el plazo de prescripción de cuatro años, si bien hay que precisar que no era éste el asunto discutido por las partes, y por tanto, quedó fuera del debate procesal (FJ Sexto).

3.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JULIO DE 2012. REC 3635/2011. COSTAS PROCESALES Y PERSONAL ESTATUTARIO

El Sermas –Servicio Madrileño de Salud- es condenado mediante Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ a asumir las costas, fijadas en 300 euros en concepto de honorarios de los letrados, por el despido de una profesora de la Escuela Universitaria La Paz, de la que es titular el citado Servicio de Salud.

El Sermas considera que no cabe imponer a la Administración el pago de las costas ya que conforme a la STS de 27 de diciembre de 2004, aún cuando no tenga la naturaleza jurídica de Entidad Gestora de la SS:

“No es menos cierto que, por virtud de las transferencias de la gestión de la prestación sanitaria llevada a cabo en nuestro país desde el antiguo Instituto Nacional de la Salud a las distintas Comunidades Autónomas, los diferentes Servicios de Salud constituidos en cada una de ellas han recibido por vía de traspaso los mismos bienes, personas y cometidos que antes desarrollaba el indicado Instituto, con lo que de hecho y de derecho han pasado éstos a ocupar a nivel de cada Comunidad Autónoma el mismo lugar que aquél

tenía reconocido con anterioridad para todo el Estado, y por cuya razón tenía reconocido por el artículo 2 b) de la Ley 1/1996, el beneficio de justicia gratuita.”

4.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA LA MANCHA DE 1 DE FEBRERO DE 2013, Nº 89. NEGOCIACIÓN Y LIBERTAD SINDICAL.

Se alega en la demanda que la representación sindical con presencia en la mesa sectorial de sanidad no tuvo tiempo suficiente para valorar las medidas que posteriormente se recogieron en la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, en materia de jornada del personal estatutario.

Según se desprende del expediente, las organizaciones sindicales solicitaron un plazo adicional para el examen de los borradores que les habían facilitado y hacer las alegaciones oportunas, a lo que se objetó por la Directora General de RRHH del Sescam la imposibilidad de demorar la negociación.

La Sala considera que no cabe inferir del relato de los hechos que se haya producido vulneración de derecho fundamental alguno, pues los Sindicatos no admitieron el ofrecimiento realizado por la Administración de que el asunto quedase sobre la mesa para un momento posterior, una decisión justificada plenamente por la excepcionalidad y gravedad de la situación económica por la que atravesaba en esos momentos la región.

Asimismo trae a colación la STS de 27 de mayo de 2009, en la que se establece que la potestad de autoorganización y los intereses públicos a los que sirve la Administración quedan a salvo, ya que el sistema de negociación obligatoria que prevé el artículo 32 no impide que, de no existir acuerdo, la Administración siga ejerciendo libremente su potestad administrativa.

5.- SENTENCIA DEL TS DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2012 REC 5887/2012.PLAN DE ORDENACIÓN DE RECURSOS HUMANOS Y POTESTAD ORGANIZATIVA

Se interpone recurso de casación por el Sindicato Médico Profesional de Asturias contra la Sentencia del TSJ de Asturias que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuer-

do del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Plan de Ordenación de RRHH del Principado de Asturias.

El primer motivo en el que se funda el recurso es la falta de cuantificación numérica y concreta, distribuida por categorías, de los efectivos de personal que en un futuro resultarán precisos para cumplir los objetivos fijados.

La Sala no comparte la tesis del Sindicato ya que las necesidades asistenciales y sanitarias son variables y por tanto, sujetas a cambios, *“una concreción tan absolutamente como la que reclama el Sindicato provocaría un efecto nada deseable y contrario al objetivo que debe perseguir este instrumento de planificación global de los recursos humanos”*.

En segundo lugar, el Sindicato cuestiona la medida prevista en el Plan con la que se pretende resolver las dificultades de cobertura de plazas en centros hospitalarios periféricos. Para ello, el Plan incorpora un criterio de promoción geográfica que posibilite que los profesionales que llevan algún tiempo ejerciendo sus funciones en Áreas Sanitarias de la periferia puedan gozar de cierta preferencia para acercarse a las demarcaciones próximas a la capital.

A juicio del Tribunal estamos ante una medida que se ubica en el ámbito de la potestad de autoorganización con la que cuenta la Administración, para cuyo ejercicio dispone de un amplio margen de discrecionalidad.

El Sindicato también cuestiona la opción del sistema de libre designación para la provisión de las Jefaturas y mandos intermedios, y es aquí donde sí encuentran respuesta satisfactoria la pretensión de la organización sindical. Como señala la Sentencia *“no es asumible la previsión genérica que contiene el Plan configurando como libre designación, con carácter general e indiscriminado, los puestos de trabajo referidos a Jefaturas y mandos intermedios”*.

Por último, el Sindicato manifiesta su discrepancia con la regulación contenida en el Plan sobre la prolongación del servicio activo con posterioridad a la edad de jubilación forzosa. El Plan admite la prolongación en aquéllos supuestos en que la Dirección Gerencia del Servicio de Salud aprecie, de manera justificada, carencia de profesionales con la cualificación y competencias requeridas.

El Tribunal no aprecia ilegalidad alguna por entender que la redacción del Plan nos remite a unas circunstancias objetivas que puede conocer el interesado y que le proporcionan elementos ciertos que permitan la tutela judicial correspondiente.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

1. PRESTACIONES SANITARIAS.

1.1. PROTOCOLO COMÚN PARA LA ACTUACIÓN SANITARIA ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. 2012.

Protocolo elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que muestra una visión integral de toda la problemática asociada a la violencia de género, incluidos los aspectos éticos y legales.

El documento subraya la obligación que asume el profesional sanitario de poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial conforme a lo previsto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y cómo el RD 1030/2006, recoge como una función del personal sanitario de Atención Primaria, Atención Especializada y Urgencias, la comunicación a las autoridades competentes de aquellas situaciones que lo requieran, especialmente en caso de violencia de género, y todo ello sin perjuicio de las previsiones recogidas al respecto en las legislaciones autonómicas aprobadas en materia de violencia de género.

A tal efecto deberá cumplimentar el parte de lesiones procurando no adjuntar la historia clínica en el momento de su remisión inicial al Juzgado de Guardia, ya que toda la documentación que llega al juzgado, incluida la información clínica, va a ser incorporada al expediente judicial y conocida también por la parte demandada.

Para velar por que se respete el compromiso de confidencialidad del profesional sanitario respecto a este tipo de información tan sensible, se recuerda la importancia que tiene que el profesional sea consciente de la finalidad de la información que registra y valore tanto el contenido como la forma en que se va a recoger en la HC (por ejemplo, evitar que aparezca

el dato de maltrato como antecedente en la emisión de un parte de interconsulta en formato papel), tener presente que lo habitual es que el personal sanitario sea el mismo para todos los miembros de la unidad familiar, incluido el agresor, garantizar un ambiente de intimidad durante las entrevistas o no compartir información sobre la mujer con miembros del equipo en espacios que no sean estrictamente profesionales.

2. RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS MÁS COMUNES SOBRE EL REAL DECRETO 1716/2011, DE 18 DE NOVIEMBRE, QUE ESTABLECE LOS REQUISITOS BÁSICOS DE AUTORIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS BIOBANCOS CON FINES DE INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA Y DEL TRATAMIENTO DE LAS MUESTRAS BIOLÓGICAS DE ORIGEN HUMANO, Y SE REGULA EL FUNCIONAMIENTO Y ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO NACIONAL DE BIOBANCOS.

El documento, que ha sido elaborado por la Instituto de Salud Carlos III, da respuesta a las principales interrogante que plantea la entrada en vigor del RD 1716/2011:

1.- Cuestiones generales.

En este primer bloque se establece la diferencia existente entre un biobanco, una colección de muestras y las muestras conservadas para su utilización en un proyecto de investigación, la estructura organizativa de un biobanco. Muy importante es el papel que desempeña el comité de ética externo del biobanco, cuyas funciones pueden ser asumidas por el comité de ética de investigación del centro siempre que ninguno de los miembros del mismo forme parte de la estructura del biobanco.

Las CCAA solo tendrían que desarrollar el procedimiento administrativo de autorización.

2.- Incorporación de muestras.

En el segundo bloque relativo a la incorporación de muestras a los biobancos, se afronta la delicada cuestión de la información clínica que debe quedar asociada a las muestras depositadas en el biobanco -que deberá ser la mínima imprescindible para que le sea de utilidad al investigador- así como el régimen de

acceso a la historia clínica por parte del responsable del biobanco, quién no podrá tener un acceso libre ni periódico a la historia clínica del paciente que ha depositado sus muestras sin que exista un proyecto concreto que avale dicho acceso.

Por lo que se refiere al acceso a la historia clínica asociada a las muestras entre biobancos que forman parte de una red, cobra gran protagonismo el hecho de que el consentimiento otorgado por el paciente no permite amparar que se compartan datos de su historia clínica entre biobancos. Como establece el propio documento “...para compartir datos de salud entre biobancos, existirían además problemas importantes desde el punto de vista ético. El paciente que otorga su consentimiento para el ingreso de su muestra en un biobanco sería difícilmente consciente de que abre una puerta para que datos de su historia clínica sean libremente accesibles por el personal del biobanco a su criterio...”

3.- Consentimiento Informado.

El CI con fines asistenciales carece de validez para la utilización de muestras en investigación. Una buena opción que contempla el documento que nos ocupa consistiría en que todos los centros asistenciales que dispongan de un biobanco, en todas las intervenciones en las que se puedan obtener muestras soliciten el correspondiente consentimiento para fines asistenciales, y otro distinto para almacenar la muestra en el biobanco con fines de investigación. Este último consentimiento no tendría por qué estar firmado por el investigador o por la persona que da la información para solicitar el consentimiento. El RD se limita a señalar que el consentimiento debe contener la identidad de la persona responsable de la investigación.

4.- Registro de biobancos.

En los biobancos hospitalarios, el titular del biobanco será el responsable del fichero de datos- normalmente el gerente del hospital- con independencia de que haya otra persona que, en calidad de encargado del tratamiento, atienda los derechos de los interesados.

Los hospitales pueden contar con varios biobancos, y respecto al período de conservación de las muestras obtenidas con fines de investigación, se conservarán únicamente en tanto sean necesarias para los fines que justificaron su recogida.

3. SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

3.1. DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO DE 8 DE MARZO DE 2012 EN RELACIÓN A SI EXISTEN O NO FUNDAMENTOS JURÍDICOS SUFICIENTES PARA LA INTERPOSICIÓN POR EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL DECRETO-LEY 3/2011, POR EL QUE SE APRUEBAN MEDIDAS URGENTES SOBRE PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO DE ANDALUCÍA.

El Decreto-Ley andaluz prevé la celebración de convocatorias públicas para la selección de medicamentos y productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia cuando, en el marco del sistema sanitario público de Andalucía, se les presente una receta médica u orden de dispensación en las que el medicamento se identifique por principio activo o el producto sanitario se prescriba por denominación genérica. Pero además, el sistema se concreta en la selección de un único medicamento para cada formulación de principio activo o principios activos o de un único producto sanitario para cada grupo o tipo de productos sanitario.

El Consejo de Estado estima la disposición autonómica vulnera:

- a) La competencia exclusiva del Estado en materia de bases y coordinación general de la sanidad.

El sistema diseñado en el Decreto-Ley en cuestión comporta una exclusión de la cartera de servicios comunes y para toda Andalucía de prestaciones farmacéuticas que, en cambio, están aprobadas para todo el Sistema Nacional de Salud.

Además contraviene la competencia exclusiva del Estado en materia de financiación pública de las prestaciones farmacéuticas del SNS, ya que al diseñar un mecanismo de selección de un único medicamento y de un único producto sanitario para el marco de toda la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, excluye de la financiación pública aquellos medicamentos que, reuniendo los requisitos establecidos para ser dispensados ante una prescripción por principio activo y aquellos productos sanitarios

que se prescriban por denominación genérica, no hayan sido seleccionados mediante el procedimiento establecido.

b) La competencia exclusiva del Estado en materia de productos farmacéuticos.

El modelo previsto en la normativa andaluza cuestiona las competencias estatales en cuanto a: dispensación, sustitución y régimen de precios.

En cuanto a la dispensación, por cuanto solo se van a dispensar los medicamentos seleccionados.

Sustitución, por cuanto la obligación impuesta por el Decreto-Ley, de dispensar únicamente los medicamentos y productos sanitarios seleccionados por el SAS, limita si no elimina las facultades de sustitución o intercambio en la dispensación previstas en la LGURM.

Sistema de precios, el sistema de subasta fija una suerte de segundo precio en Andalucía para los medicamentos que se dispensen en virtud de una prescripción por principio activo, diferente del establecido para todo el SNS.

Por último, a juicio del Consejo de Estado, también habría que estimar la vulneración de **las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, así como el art. 149.1.1 sobre la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.**

En efecto, el Consejo de Estado considera que el acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias:

“Podría verse amenazado porque al excluirse de financiación y dispensación todos los medicamentos y productos sanitarios no seleccionados en el marco de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, se priva a los ciudadanos del acceso a los mismos, con la consiguiente ruptura de la exigencia constitucional de igualdad en el acceso a las prestaciones farmacéuticas en todo el territorio del Estado”.

3.2. DICTAMEN 59/2013, DE 1 DE MARZO DE 2013, DEL CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS. DICTAMEN EMITIDO EN RELACIÓN CON LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE AL REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y MEJORAR LA CALIDAD Y SEGURIDAD DE SUS PRESTACIONES.

El Consejo Consultivo de Canarias, en sintonía con lo que ya han señalado otros órganos consultivos similares – Comisión de Garantías Estatutarias de Cataluña- considera que la norma en cuestión, si bien no vulnera los límites materiales que para este tipo de normas excepcionales dispone la CE, en cambio sí que traspasa los límites formales del art. 86 de la CE.

Por lo que respecta al fondo del asunto, el CC de Canarias considera legítimas las medidas adoptadas en relación con el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 de la CE, ya que estamos ante un derecho cuya naturaleza jurídica es la de “principio rector” íntimamente ligado a las disponibilidades presupuestarias. De este modo, igual que durante todos estos años se ha ido ampliando objetiva y subjetivamente el contenido de este derecho en la medida que el Sistema disponía de los recursos económicos que lo permitían, ahora se ha optado por introducir restricciones al situar al asegurado como eje del modelo prestacional (no el ciudadano), y limitar la cobertura a los extranjeros. En definitiva, no cabe consolidar el contenido esencial de este derecho como si fuera inmune a las posteriores novaciones normativas.

Por lo que se refiere a la situación de los extranjeros sin autorización de residencia, el dictamen trae a colación la doctrina del TC que sitúa el derecho a la salud de los extranjeros como un derecho que puede ser limitado por las normas correspondientes, de modo que el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España sin que por ello quepa hablar de una medida arbitraria.

Respecto a las afirmaciones sobre el presunto incumplimiento de los tratados y convenios internacionales, el órgano consultivo autonómico vuelve a invocar la doctrina del TC, y recordar que los textos internacionales ratificados por España no son canon autónomo de validez de las normas y actos de los po-

deres públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

3.3. INFORME ELABORADO POR LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA, DERECHO MÉDICO Y VISADO DE LA OMC SOBRE LAS POSIBLES CONTRADICCIONES QUE PUEDE TENER EL RD-LEY 16/2012 CON LA ÉTICA Y LA DEONTOLOGÍA. 2 DE JUNIO DE 2012.

Este informe recoge las reflexiones realizadas por la Comisión Deontológica de la OMC tras la aprobación del RD-Ley 16/2012, disposición normativa que presenta dos inconvenientes serios:

- a) Hay medidas que no van a comportar ahorro alguno para el sistema, sino más bien todo lo contrario, más gastos.
- b) Son numerosas las medidas cuya aplicación va a suponer un conflicto ético-deontológico para el profesional sanitario, que no puede dejar de atender a un paciente que había venido recibiendo asistencia por procesos crónicos.

A partir de estas consideraciones, la Comisión enumera los preceptos del Código de Deontología Médica que podrían verse afectados por la entrada en vigor del RD_Ley, como son los preceptos destinados a:

- a) Garantizar la atención médica que precise el enfermo (art. 5.2, 6.1)
- b) Subrayar el compromiso del profesional con una atención sanitaria de calidad (art. 7.2, 23 y 45.1)
- c) Destacar el deber de los médicos de prestar una atención sanitaria eficaz con un rendimiento óptimo de los medios.
- d) Garantizar la continuidad asistencial, que tan solo puede quebrarse si no existe la necesaria confianza entre el médico y el paciente.
- e) Contemplar los deberes de los médicos que asumen cargos directivos en instituciones sanitarias, que deben evitar que se ofrezcan servicios sanitarios sin la debida dotación de medios humanos y materiales.

BIOÉTICA.

1.- ESTRATEGIAS EN SALUD MENTAL DEL SNS. DOCUMENTO DE CONSENSO DE LAS COMISIONES DE CASOS DE PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL SOMETIDAS A PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

“En una etapa de austeridad en el gasto, se impone una política de coordinación entre administraciones y puesta en común de todo el catálogo de recursos que cada organización puede poner a disposición de estas personas enfermas en situaciones complejas, desde aquellos recursos con mayor perfil de seguridad, cuando el enfermo presente mayor riesgo de comportamiento delictivo, a aquellos con mayor perfil terapéutico y rehabilitador cuando la enfermedad se encuentre estabilizada”.

Esta propuesta sintetizaría la problemática planteada por personas con enfermedad mental tanto en situación de riesgo de cometer un delito, como una vez cometida la acción delictiva y dictada la correspondiente sentencia firme, así como cuando ha finalizado la condena y queda pendiente el reto de la reinserción social de estos pacientes.

El grupo de expertos, del que ha formado parte Jaime Domper, Jefe de Servicio de Salud Mental del Sescam, constata la evidente y manifiesta necesidad de coordinación de los servicios públicos implicados en la asistencia de estas personas con enfermedad mental para evitar situaciones como las que se viven en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante, donde un número importante de los internos que, por su clínica, ya no requerirían estar sometidos a una medida preventiva de libertad, seguían ingresados en dicho centro.

2.- GUÍA PARA LOS MIEMBROS DE LOS COMITÉS DE ÉTICA DE INVESTIGACIÓN. COMITÉ DIRECTOR DE LA BIOÉTICA. CONSEJO DE EUROPA. ENERO 2012.

El texto ha sido elaborado por el Grupo de Especialistas en Investigación Biomédica que trabaja bajo la autoridad del Comité Director de la Bioética (CDBI) del Consejo de Europa, con la finalidad de ayudar a los Comités de Ética de Investigación en la realización de su importante papel como evaluadores de las propuestas de investigación.

El documento analiza tanto los aspectos éticos como legales, las funciones de este tipo de órganos consultivos, su composición, metodología de trabajo así como situaciones singulares como la investigación clínica con determinados segmentos de la población (menores de edad, mujeres embarazadas/lactancia y personas privadas de libertad).

3. GRUPO DE ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA CLÍNICA. CÓDIGO ÉTICO DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD. 2012.

El documento pone de manifiesto la responsabilidad de los profesionales de la medicina reproductiva con los derechos de los pacientes, y en particular en relación con aquéllos aspectos más singulares de esta prestación sanitaria, como:

1. Advertencia, en relación con la práctica de un diagnóstico preimplantacional, sobre la posibilidad de descubrimientos inesperados y su posible trascendencia para el paciente, así como sobre su facultad de decidir si desea conocerlos; y advertencia de la implicación de los datos que se obtengan para sus familiares.
2. La importancia que tiene la implicación del varón no solo como portador de los gametos masculinos.
3. La confidencialidad y privacidad. Así, cuando se quieran utilizar fotografías de niños recién nacidos a consecuencia de las técnicas realizadas en el centro, se deberá incluir una cláusula de protección de datos en la que los padres autoricen dicha utilización; cuidar la intimidad de los pacientes desde el mismo momento que entran en contacto con el centro: salas de espera, espacios comunes...
4. Apoyo psicoemocional a los personas que desean ser padres.

LEGISLACIÓN

*Sección a cargo de Lola González García
Secretaría General. Servicio de Salud de Castilla – La Mancha*

LEGISLACIÓN ESTATAL

- Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público. B.O.E. núm. 305 de 21 de diciembre de 2013.
- Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, publicadas en el B.O.E. núm. 309, de 26 diciembre de 2013.
- Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público. B.O.E. núm. 311, de 28 diciembre de 2013.
- Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. B.O.E. núm. 76, de 28 marzo de 2014.
- Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica. B.O.E. núm. nº 269, de 9 de noviembre de 2013.
- Real Decreto 1043/2013, de 27 de diciembre, sobre revalorización y complementos de pensiones de clases pasivas para el año 2014. B.O.E. núm. 312, de 30 diciembre de 2013.
- Real Decreto 1045/2013, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2014. B.O.E. núm. 312, de 30 diciembre de 2013.
- Real Decreto 1049/2013, de 27 de diciembre. Modifica el Real Decreto 187/2008, de 8-2-2008, que establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del personal laboral de la Red hospitalaria de la Defensa. B.O.E. núm. 311 de 28 de diciembre de 2013.
- Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia B.O.E. núm. 313, de 31 diciembre de 2013.
- Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. B.O.E. núm. 313, de 31 diciembre de 2013.
- Real Decreto 22/2014, de 17 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 836/2012, de 25 de mayo, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera. B.O.E. núm. 22 de 25 de enero de 2014.
- Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. B.O.E. núm. 34 de 08 de febrero de 2014.

- Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios. B.O.E. núm. 73 de 25 de marzo de 2014.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. B.O.E. núm. 289 de 03 de diciembre de 2013.
- Orden SSI/2076/2013, de 28 de octubre, por la que se crea la sede electrónica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. B.O.E. núm. 272 de 13 de noviembre de 2013.
- Orden SSI/2371/2013, de 17 de diciembre, por la que se regula el Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. B.O.E. núm. 302 de 18 de diciembre de 2013.
- Orden SSI/2512/2013, de 18 de diciembre, por la que se regula el procedimiento de autorización para la realización de actividades de promoción y publicidad de la donación de células y tejidos humanos. B.O.E. núm. 7, de 8 enero de 2014.
- Orden HAP/2425/2013, de 23 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2014. B.O.E. núm. 310 de 27 de diciembre de 2013.
- Orden PRE/2436/2013, de 26 de diciembre, por la que se modifican los anexos I, II, III y IV del Real Decreto 1675/2012, de 14 de diciembre, por el que se regulan las recetas oficiales y los requisitos especiales de prescripción y dispensación de estupefacientes para uso humano y veterinario. B.O.E. núm. 311 de 28 de diciembre de 2013.
- Orden ESS/2489/2013, de 19 de diciembre, por la que se establecen los precios públicos de determinados servicios prestados por el Instituto Social de la Marina. B.O.E. núm. 02 de 02 de enero de 2014.
- Orden SSI/566/2014, de 8 de abril, por la que se crea el sistema informatizado para la recepción de comunicaciones de productos ortoprotésicos al Sistema Nacional de Salud. B.O.E. 89, de 12 de abril de 2014.
- Resolución de 18 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a la actualización de la cuantía máxima correspondiente a los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida, y se actualizan los límites máximos de aportación mensual para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria. B.O.E. núm. 312 de 30 de diciembre de 2013.
- Resolución de 23 de diciembre de 2013, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establece el régimen para el disfrute de un día adicional de asuntos particulares introducido por la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de Control de la Deuda Comercial en el Sector Público y se adapta la Resolución de 28 de diciembre de 2012 de esta Secretaría de Estado. B.O.E. núm. 307 de 24 de diciembre de 2013.
- Resolución 4B0/38008/2014, de 15 de enero, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, sobre Cartera de Servicios de Asistencia Sanitaria del ISFAS. B.O.E. núm. 15 de 17 de enero de 2014.
- Resolución de 10 de febrero de 2014, de la Dirección General de Migraciones, por la que se prorroga el derecho a asistencia sanitaria para todos aquellos beneficiarios de la prestación económica por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior que acreditasen esta condición a 31 de diciembre de 2013. B.O.E. núm. 47 de 24 de febrero de 2014.
- Resolución 4B0/38026/2014, de 19 de febrero, del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por la que se regula la asistencia sanitaria fuera del territorio nacional. B.O.E. núm. 51 de 28 de febrero de 2014.
- Resolución de 19 de febrero de 2014, de la Subsecretaría, por la que se aprueba la actualización de la Carta de servicios propuesta por la Agencia Estatal de Medicamentos y Productos Sanitarios. B.O.E. núm. 55 de 05 de marzo de 2014.

- Resolución de 27 de febrero de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de prórroga y actualización para el año 2014, del Convenio de colaboración entre el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas y la Mutualidad General Judicial, para la prestación en zonas rurales de determinados servicios sanitarios a los mutualistas y demás beneficiarios adscritos a entidades de seguro de asistencia sanitaria concertada con dichas mutualidades. B.O.E. núm. 57, de 07 de marzo de 2014.
- Resolución de 28 de febrero de 2014, de la Mutualidad General Judicial, por la que se desarrolla el régimen de prestación de asistencia sanitaria transfronteriza para el colectivo de mutualistas adscrito a entidades médicas privadas. B.O.E. núm. 60 de 11 de marzo de 2014.
- Orden de 17 de febrero de 2014, por la que se aprueba el Plan Anual de Inspección de Servicios Sanitarios. B.O.J.A. núm. 44, de 06 de marzo de 2014.
- Resolución de 23 de noviembre de 2013, de la Dirección General de Calidad, Investigación, Desarrollo e Innovación, por la que se aprueba el modelo de contrato económico para la realización de ensayos clínicos y el de estudios posautorización de tipo observacional con medicamentos de uso humano en el Sistema Sanitario Público de Andalucía. B.O.J.A. núm. 239, de 05 de diciembre de 2013.
- Resolución de 31 de marzo de 2014, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando sean prescritos o indicados por principio activo en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud. B.O.J.A. núm. 67 de 07/04/2014.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

ANDALUCÍA

- Decreto-ley 3/2014, de 8 de abril, por el que se modifica la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía. B.O.J.A. núm. 70 de 10 de abril de 2014.
- Decreto-ley 5/2014, de 22 de abril, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas. B.O.J.A. núm. 82 de 30 de abril de 2014.
- Orden de 15 de enero 2014. Establece la tarifa aplicable a los servicios contratados de asistencia dental básica regulados en el Decreto 281/2001, de 26-12-2001, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía. B.O.J.A. núm. 14 de 22 de enero de 2014.
- Orden de 17 de febrero de 2014, por la que se determina la gestión de los conciertos sanitarios. B.O.J.A. núm. 36, de 21 de febrero de 2014.
- Orden de 13 de febrero de 2014, por la que se actualizan las condiciones económicas aplicables a los servicios de diálisis concertados con el Servicio Andaluz de Salud y las compensaciones a pacientes por determinados tratamientos domiciliarios. B.O.J.A. núm. 37, de 24 de febrero de 2014.

ARAGÓN

- Ley 9/2013, de 28 de noviembre, de Autoridad de Profesionales del Sistema Sanitario y de Servicios Sociales Públicos de Aragón. B.O.E. nº 310 de 27/12/2013.
- Orden de 31 de octubre de 2013, del Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por la que se regulan las ayudas económicas sobre la prestación ortoprotésica. B.O.A. núm. 225, de 14 de noviembre de 2013.
- Orden de 28 de octubre de 2013, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por el que se regula el procedimiento necesario para la prestación de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a personas empadronadas en Aragón, que no tengan la condición de aseguradas ni beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. B.O.A. núm. 231, de 22 de noviembre de 2013.
- Orden de 4 de diciembre de 2013, del Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia, por la que se regula el procedimiento de habilitación del personal a los nuevos requisitos de formación establecidos en el Real Decreto 836/2012, de 25 de mayo, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario

y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera en la Comunidad Autónoma de Aragón. B.O.A. núm. 250, de 23 de diciembre de 2013.

- Orden de 17 de marzo de 2014, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, mediante la que se publica el Acuerdo del Gobierno de Aragón de 4 de marzo de 2014, por el que se modifica la jornada anual del personal funcionario y estatutario que presta servicios en los centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud, establecida por Acuerdo del Gobierno de Aragón de 26 de diciembre de 2012. B.O.A. núm. 64, de 1 de abril de 2014.
- Resolución de 21 de octubre de 2013, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado en relación con el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. B.O.E núm. 268, de 08 de noviembre de 2013.
- Resolución de 26 de febrero de 2014, de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud, por la que se dictan instrucciones en materia de orden de ceses en los supuestos de concurrencia de uno o varios nombramientos eventuales y existencia de plazas vacantes sin cubrir. B.O.A. núm. 48 de 10 de marzo de 2014.

ASTURIAS

- Decreto 113/2013, de 4 de diciembre, por el que se regula la organización y funcionamiento de los registros de la Administración del Principado de Asturias y de sus organismos y entes públicos. B.O.P.A. núm. 289 del 16 de diciembre de 2013.
- Decreto 114/2013, de 4 de diciembre, de creación y regulación de la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos del Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 289 del 16 de diciembre de 2013.
- Decreto 1/2014, de 22 de enero, de segunda modificación del Decreto 6/2011, de 23 de febrero, por el que se crean la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias y la Comisión de Acreditación de la Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias del Principado de Asturias, y se regulan su organización y funcionamiento. B.O.P.A., nº 24 de 30 de enero de 2014.
- Decreto 13/2014, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Sanidad. B.O.P.A. núm. 25 de 31 de enero de 2014.
- Decreto 14/2014, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio de Salud del Principado de Asturias. B.O.P.A. Nº 25 de 31 de enero de 2014.
- Decreto 28/2014, de 12 de febrero, por el que se regula el Comité de Ética de la Investigación del Principado de Asturias. B.O.P.A. Nº 42 de 20 de febrero de 2014.
- Resolución de 6 de noviembre de 2013, de la Consejería de Sanidad, sobre el cómputo de la jornada complementaria del personal en formación especializada y de los módulos de atención continuada por exención de guardias médicas. B.O.P.A. núm. 264 de 14 de noviembre de 2013.
- Resolución de 18 de noviembre de 2013, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se modifica la Resolución de 7 de junio de 2013, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se regula la composición y régimen de funcionamiento de la Comisión de Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios. B.O.P.A. núm. 271 de 22 de noviembre de 2013.
- Resolución de 4 de diciembre de 2013, de la Consejería de Presidencia, por la que se ordena la publicación del Convenio de Colaboración suscrito entre el Principado de Asturias, a través de la Consejería de Sanidad, el INGESA y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para fijar las condiciones de la adquisición agregada de Factor VIII de coagulación recombinante. B.O.P.A. núm. 290 del 17 de diciembre de 2013.
- Resolución de 11 de diciembre de 2013, de la Consejería de Sanidad, por la que se modifica la Resolución de 21 de octubre de 2013 por la que se aprobó el nuevo calendario oficial de vacunaciones en el Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 292 del 19 de diciembre de 2013.

- Resolución de 12 de diciembre de 2013, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se convoca el procedimiento de integración del personal funcionario sanitario de carrera que presta servicios en instituciones sanitarias públicas en la condición de personal estatutario fijo del Servicio de Salud del Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 290 del 17 de diciembre de 2013.
- Resolución de 16 de diciembre de 2013, de la Dirección Gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, por la que se avocan competencias de la Dirección de Gestión Económico-Financiera. B.O.P.A. núm. 294 del 21 de diciembre de 2013.
- Resolución de 17 de febrero de 2014, de la Consejería de Sanidad, por la que se delegan competencias del titular de la Consejería. B.O.P.A. nº 41, de 19 de febrero de 2014.
- Acuerdo de 11 de diciembre de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se ratifica el acuerdo de la mesa sectorial de negociación de personal estatutario, de 4 de diciembre de 2013 sobre la regulación del procedimiento de integración del personal funcionario sanitario de carrera que presta servicios en instituciones sanitarias públicas en la condición de personal estatutario fijo del Servicio de Salud del Principado de Asturias. B.O.P.A. núm. 290 del 17 de diciembre de 2013.
- Acuerdo de 12 de febrero de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen las directrices para establecer las cuantías de productividad variable a percibir por los componentes de las Unidades de Gestión Clínica y Áreas de Gestión Clínica. B.O.P.A. nº 41, de 19 de febrero de 2014.
- Acuerdo de 16 de abril de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen las directrices de contratación de personal temporal y nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal en 2014. B.O.P.A. nº 94, de 24 de abril de 2014.
- Decreto 15/2014, de 14 de marzo, por el que se modifica la denominación de la categoría estatutaria ATS/DUE en el ámbito del Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. núm. 36 de 15 de marzo de 2014.
- Acuerdo de 24 de enero de 2014 del Consejo de Gobierno por el que se establecen las condiciones y los efectos de la integración del personal que percibe haberes por el sistema de cupo y zona en el sistema de prestación de servicios, de dedicación y de retribuciones establecido por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. B.O.I.B. núm. 13 de 25 de enero de 2014.
- Acuerdo de 24 de enero de 2014 del Consejo de Gobierno por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 20 de diciembre de 2013 por el que se regula el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario fijo del personal funcionario sanitario que presta servicios en instituciones sanitarias públicas del Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. núm. 13 de 25 de enero de 2014.
- Acuerdo de 21 de marzo de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 17 de marzo de 2014 por el que se regula la bolsa general de empleo para personal estatutario temporal del Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. núm. 39 de 22 de marzo de 2014.
- Acuerdo de 28 de marzo de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 17 de marzo de 2014 por el que se establece una nueva jornada ponderada anual para los años 2013 y 2014 en el Servicio de Salud de las Illes Balears. B.O.I.B. núm. 43 de 29 de marzo de 2014.
- Resolución del consejero de Salud por la que se crea la Sede Electrónica del Servicio de Salud de las Islas Baleares. B.O.I.B. núm. 09 de 18 de enero de 2014.

BALEARES

- Ley 10/2013, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears. B.O.I.B. núm. 181, de 31 diciembre de 2013.

CANARIAS

- Decreto 113/2013, de 15 de noviembre, de evaluación médica del personal del sector público de la Comunidad Autónoma de Canarias. D.O.C. núm. 227 de 25 de noviembre de 2013.

- Decreto 7/2014, de 30 de enero, por el que se crea el Instituto Universitario de Investigaciones Biomédicas y Sanitarias de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (IUIBS). B.O.C. núm. 26 de 07 de febrero de 2014.
- ORDEN de 23 de abril de 2014, conjunta de la Consejería de Sanidad y de la Consejería de Cultura, Deportes, Políticas Sociales y Vivienda, por la que se regula el régimen de derivación de personas que, ocupando plazas hospitalarias y habiendo obtenido el alta médica, precisen de atención sociosanitaria, así como el régimen de conciertos con entidades privadas para la provisión de plazas de centros acreditados en el ámbito de la dependencia. B.O.C. núm. 79 de 24 de abril de 2014.
- ORDEN de 15 de abril de 2014, por la que se desarrolla la normativa básica relativa al convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. B.O.C. núm. 84 de 2 de mayo de 2014.
- Resolución de 25 de febrero de 2014, de la Directora, por la que se modifica la cuantía de los precios públicos de servicios sanitarios previstos en el Decreto 81/2009, de 16 de junio, por el que se establecen los precios públicos de los servicios sanitarios prestados por el Servicio Canario de la Salud y se fijan sus cuantías. B.O.C. núm. 61 de 27 de marzo de 2014.
- Orden SAN/4/2014, de 10 de febrero, por la que se reduce la jornada efectiva del personal de Instituciones Sanitarias dependientes del Servicio Cántabro de Salud. B.O.C. núm. 32 de 17 de febrero de 2014.
- Orden SAN/6/2014, de 26 de febrero, por la que se regula el procedimiento para la suscripción del Convenio Especial de Prestación de Asistencia Sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria. B.O.C. núm. 48 de 11 de marzo de 2014.
- Orden SAN/10/2014, de 26 de marzo, por la que se regula el procedimiento de habilitación del personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera que acredite su experiencia laboral. B.O.C. núm. 70 de 10 de abril de 2014.
- Resolución por la que se ordena la publicación del Acuerdo por el que se prorroga para el 2014 el Acuerdo por el que se flexibiliza el régimen de vacaciones del personal de Instituciones Sanitarias del Servicio Cántabro de Salud durante 2013. B.O.C. núm. 06, de 10 de enero de 2014.
- Resolución por la que se dispone la publicación del Acuerdo entre el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y la Comunidad Autónoma de Cantabria, para fijar las condiciones de la adquisición agregada de medicamentos. B.O.C. núm. 52 de 17 de marzo de 2014.

CANTABRIA

- Decreto 71/2013, de 14 de noviembre, por el que se modifica la Estructura Básica de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales. B.O.C. núm. 225 de 22 de noviembre de 2013.
- Decreto 88/2013, de 26 de diciembre, de modificación parcial de la estructura orgánica y de la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales y de la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Presidencia y Justicia. B.O.C. núm. Extraord. 63, de 31 de diciembre de 2013.
- Orden SAN/20/2013, de 25 de noviembre, por la que se crea el Programa Cántabro de Protección Social de la Salud Pública y se regula el procedimiento de acceso al mismo. B.O.C. núm. 234, de 05 de diciembre de 2013

CASTILLA – LA MANCHA

- Decreto 4/2014, de 16 de enero de 2014, del Consejo Asesor de Servicios Sociales. D.O.C.M. núm. 13 de 21 de enero de 2014.
- Decreto 21/2014, de 27 de marzo de 2014, por el que se regula el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. núm. 63 de 1 de abril de 2014.
- Orden de 14 de Noviembre de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, del régimen de funcionamiento y estructura de las plantillas orgánicas del Servicio de Salud de Castilla-Mancha. D.O.C.M. núm. 231 de 28 de noviembre de 2013.

- Orden de 14 de enero de 2014, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se regula el procedimiento de adaptación del personal a los nuevos requisitos de formación establecidos en el Real Decreto 836/2012, de 25 de mayo, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera. D.O.C.M. de 29 de enero de 2014.
- Orden de 28 de enero de 2014, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, de actualización del calendario de vacunaciones de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. de 31 de enero de 2014.
- Orden de 25 de febrero de 2014, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se efectúa la convocatoria para la selección de las entidades más representativas que pueden aportar representantes al Consejo Asesor de Servicios Sociales. D.O.C.M. de 28 de febrero de 2014.
- Orden de 12 de marzo de 2014, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen las prioridades en materia de inspección de centros, servicios y establecimientos sanitarios y sociales y se aprueba el Plan de Inspección de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios y Sociales de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales y el Plan de Inspección y Evaluación Sanitaria del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha para el año 2014. D.O.C.M. núm. 54, de 19 de marzo de 2014.
- Resolución de 13 de diciembre de 2013, de la Dirección General de Calidad, Planificación, Ordenación e Inspección, por la que se hace pública la relación de centros autorizados para extracción, trasplante y banco de órganos y tejidos. D.O.C.M. núm. 246 de 20 de diciembre de 2013.
- Decreto 10/2014, de 13 de marzo, por el que se modifica el Decreto 287/2001, de 13 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. B.O.C.Y.L. núm. 52 de 17 de marzo de 2014.
- Decreto 16/2014, de 24 de abril, por el que se establece el procedimiento para la integración directa y voluntaria del personal funcionario de carrera en la condición de personal estatutario. B.O.C.Y.L. núm. 79 de 28 de abril de 2014.
- Orden SAN/1063/2013, de 19 de diciembre, por la que se actualiza el Calendario Oficial de Vacunaciones Sistemáticas de la Infancia de la Comunidad de Castilla y León. B.O.C.Y.L. núm. 247 de 26 de diciembre de 2013.
- Orden SAN/1030/2013, de 12 de diciembre, por la que se establece para el año 2014 la jornada anual ponderada del personal al servicio de los Centros e Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León que presta servicios en turno diurno con jornada complementaria. B.O.C.Y.L. núm. 243 de 19 de diciembre de 2013.
- Orden SAN/1031/2013, de 12 de diciembre, por la que se establece para el año 2014 la jornada anual ponderada del personal al servicio de los Centros e Instituciones Sanitarias de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León que presta servicios en turno rotatorio o en turno fijo nocturno. B.O.C.Y.L. núm. 243 de 19 de diciembre de 2013.
- Orden SAN/1039/2013, de 13 de diciembre, por la que se procede al cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, en lo relativo a la integración del personal dependiente de los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional Servicio de Salud de Castilla y León que perciba haberes por el sistema de cupo y zona en el sistema de prestación de servicios, de dedicación y de retribuciones establecidos en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre. B.O.C.Y.L. núm. 246 de 24 de diciembre de 2013.
- Orden HAC/1116/2013, de 27 de diciembre, por la que se acuerda la publicación de las tarifas de las tasas vigentes a partir del día 1 de enero de 2014. B.O.C.Y.L. núm. 06, de 10 de enero de 2014.

CASTILLA Y LEÓN

- Decreto 2/2014, de 23 de enero, por el que se fijan las cantidades retributivas para el año 2014 del personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. B.O.C.Y.L. núm. 16, de 24 de enero de 2014.
- Decreto 5/2014, de 13 de febrero, por el que se planifican y ordenan las actuaciones necesarias para llevar a cabo la reestructuración de atención primaria en el ámbito de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. B.O.C.Y.L. núm. 35, de 20 de febrero de 2014.

- Orden SAN/77/2014, de 6 de febrero, por la que se aprueban las bases comunes reguladoras de la movilidad voluntaria del personal estatutario fijo en el Servicio de Salud de Castilla y León. B.O.C.Y.L. núm. 32, de 17 de febrero de 2014.
- Orden SAN/91/2014, de 13 de febrero, por la que se aprueba el Plan de Ordenación de Recursos Humanos para la Reestructuración de la Atención Primaria en la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León 35. B.O.C.Y.L. núm. 35, de 20 de febrero de 2014.
- Orden SAN/113/2014, de 18 de febrero, por la que se crea el Registro Poblacional de Enfermedades Raras de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. (RERCyL). B.O.C.Y.L. núm. 41 de 28 de febrero de 2014.
- Orden SAN/204/2014, de 21 de marzo, por la que se desarrolla la estructura orgánica de los servicios centrales de la Consejería de Sanidad y de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. B.O.C.Y.L. núm. 61 de 28 de marzo de 2014.
- Resolución de 23 de diciembre de 2013, de la Dirección Gerencia de la Gerencia Regional de Salud, por la que se declara la uniformidad del material especificado, con destino a los Centros Sanitarios dependientes de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. B.O.C.Y.L. núm. 15, de 23 de enero de 2014.
- Orden SLT/77/2014, de 12 de marzo, por la que se establecen para el año 2014 las tarifas máximas de los servicios de diálisis realizados por los centros y establecimientos sanitarios de ámbito no hospitalario que contrate el Servicio Catalán de la Salud. D.O.G.C. núm. 6589 de 25 de marzo de 2014.
- Orden SLT/78/2014, de 12 de marzo, por la que se prorrogan para el año 2014 las tarifas máximas correspondientes a la prestación y concertación de determinados servicios sanitarios. D.O.G.C. núm. 6589 de 25 de marzo de 2014.
- Orden SLT/79/2014, de 12 de marzo, por la que se determinan para el año 2014, los precios unitarios y el resto de valores a que se refiere el artículo 5 del Decreto 170/2010, de 16 de noviembre, de regulación del sistema de pago de servicios sanitarios en el ámbito del Servicio Catalán de la Salud. D.O.G.C. núm. 6589 de 25 de marzo de 2014.
- Orden SLT/80/2014, de 12 de marzo, por la que se actualiza el anexo del Decreto 196/2010, de 14 de diciembre, del sistema sanitario integral de utilización pública de Cataluña (SISCAT). D.O.G.C. núm. 6589 de 25 de marzo de 2014.
- Orden SLT/117/2014, de 8 de abril, por la que se suprimen varios consejos asesores del Servicio Catalán de la Salud y se integran sus funciones en programas de armonización del propio Servicio Catalán de la Salud. D.O.G.C. núm. 6605 de 16 de abril de 2014.

CATALUÑA

- Decreto 256/2013, de 26 de noviembre, por el que se crea el Registro de profesionales sanitarios de Cataluña y se establecen los criterios generales y requisitos mínimos de los registros públicos de profesionales sanitarios en el ámbito de Cataluña. D.O.G.C. núm. 6511, de 28 de noviembre de 2013.
- Orden SLT/343/2013, de 20 de diciembre, por la que se aprueba el programa de actuaciones estacionales del Servicio Catalán de la Salud para coordinar las diferentes redes asistenciales en relación con el tratamiento de determinados tipos de pacientes durante el periodo de 2013-2014. D.O.G.C. núm. 6538 de 13 de enero de 2014.
- Orden SLT/123/2014, de 11 de abril, por la que se crea la Comisión Departamental de Coordinación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación del Sistema de Salud. D.O.G.C. núm. 6607 de 22 de abril de 2014.
- Resolución SLT/427/2014, de 25 de febrero, sobre la implantación de la tasa para la renovación y reposición de la tarjeta sanitaria individual del CatSalut. D.O.G.C. núm. 6572 de 28 de febrero de 2014.
- Resolución SLT/785/2014, de 19 de marzo, por la que se resuelve el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud del personal sanitario del Departamento de Justicia adscrito a los servicios sanitarios penitenciarios y de justicia juvenil. D.O.G.C. núm. 6602 de 11 de abril de 2014.

- Acuerdo del GOV 150/2013, por el que se modifica los apartados 2 y 3 del Acuerdo GOV/215/2010, de 16-11-2010 (LCAT 2010\759), que aprueba el Plan integral de atención a las personas con trastorno mental y adicciones. D.O.G.C núm. 6492, de 31 de octubre de 2013.
- Acuerdo GOV/28/2014, de 25 de febrero, por el que se crea el Plan interdepartamental de atención e interacción social y sanitaria (PIAISS). D.O.G.C. núm. 6571 de 27 de febrero de 2014.
- Acuerdo 4/2014, de 27 de febrero, del Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud (ICS), por el que se modifica el Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud para el periodo 2012-2015. D.O.G.C. núm. 6594 de 1 de abril de 2014..

EXTREMADURA

- Decreto 216/2013, de 12 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 88/2002, de 25 de junio, por el que se regula la composición, funcionamiento y organización del Consejo Extremeño de Salud. D.O.E. núm. 223 de 19 de noviembre de 2013.
- Decreto 224/2013, de 26 de noviembre, por el que se declara el Hospital de San Miguel en el término municipal de Zafra (Badajoz), como Bien de Interés Cultural, con categoría de Monumento. D.O.E. núm. 231 de 29 de noviembre de 2013.
- Decreto 29/2014, de 4 de marzo, por el que se modifica el Decreto 161/2006, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el calendario íntegro de vacunaciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura. D.O.E. núm. 47, de 10 de marzo de 2014.
- Decreto 43/2014, de 25 de marzo, por el que se establece el procedimiento para la integración directa en el régimen jurídico de personal estatutario fijo de los servicios de salud, del personal funcionario sanitario que preste sus servicios en instituciones sanitarias públicas. D.O.E. núm. 62, de 31 de marzo de 2014.
- Decreto 58/2014, de 8 de abril, por el que se crea el Consejo Regional de Pacientes de Extremadura, y se regula su composición, organización, funcionamiento y atribuciones. D.O.E. núm. 72, de 14 de abril de 2014.

- Resolución de 24 de enero de 2014, de la Dirección Gerencia, sobre integración del personal que percibe sus haberes por el sistema de cupo y zona en el sistema de prestación de servicios, de dedicación y de retribuciones de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre. D.O.E. núm. 21 de 31 de enero de 2014.

GALICIA

- Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia. D.O.G. núm. 249, de 31 diciembre de 2013.
- Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias. D.O.G. núm. 2, de 3 enero de 2014.
- Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia. D.O.G. núm. 79, de 25 de abril de 2014.
- Decreto 164/2013, de 24 de octubre, por el que se modifica el Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica. D.O.G. núm. 207, de 23 de noviembre de 2013.
- Decreto 174/2013, de 21 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 177/1998, de 11 de junio, por el que se crea la Red Gallega de Vigilancia en Salud Pública. D.O.G. núm. 231, de 03 de diciembre de 2013.
- Decreto 183/2013, de 5 de diciembre, por el que se crea la Red gallega de atención temprana. D.O.G. núm. 244, de 23 de diciembre de 2013.
- Decreto 33/2014, de 6 de marzo, por el que se modifica el Decreto 41/2013, de 21 de febrero, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consellería de Sanidad. D.O.G. núm. 53 de 18 de marzo de 2014.
- Decreto 36/2014, de 20 de marzo, por el que se regulan las áreas de gestión clínica del Servicio Gallego de Salud. D.O.G. núm. 57 de 24 de marzo de 2014.
- Decreto 42/2014, de 27 de marzo, por el que se modifica el Decreto 12/2009, de 8 de enero, por el que se regula la autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. D.O.G. núm. 71 de 11 de abril de 2014.

- Orden de 28 de noviembre de 2013 por la que se regula la composición, funcionamiento y organización del Consejo Asesor Técnico del Servicio Gallego de Salud D.O.G. núm. 232, de 04 de diciembre de 2013.
- Orden de 5 de diciembre de 2013 por la que se aprueba el Plan de ordenación de recursos humanos relativo a la jubilación, prolongación de la permanencia y prórroga en el servicio activo del personal estatutario del Servicio Gallego de Salud. D.O.G. núm. 238, de 13 de diciembre de 2013.
- Orden de 13 de diciembre de 2013 por la que se regula el procedimiento de autorización de la prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal funcionario público perteneciente a la escala de salud pública y Administración sanitaria. D.O.G. núm. 244, de 23 de diciembre de 2013.
- Orden de 17 de diciembre de 2013 por la que se regula la composición y el funcionamiento de la Comisión gallega para evaluación del manejo de la tuberculosis resistente a fármacos. D.O.G. núm. 244, de 23 de diciembre de 2013.
- Orden de 12 de febrero de 2014 por la que se aprueba el Plan de inspección sobre centros, servicios, establecimientos y prestaciones sanitarias para el período 2014-2017. D.O.G. núm. 35, de 20 de febrero de 2014.
- Orden de 12 de marzo de 2014 por la que se regula el procedimiento de los reintegros de gastos de asistencia sanitaria con medios ajenos. D.O.G. núm. 59 de 26 de marzo de 2014.
- Orden de 27 de marzo de 2014 por la que se modifica la Orden de 2 de enero de 2012, de desarrollo del Decreto 15/2010, de 4 de febrero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, el procedimiento para la elaboración del Programa individual de atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes. D.O.G. núm. 64 de 2 de abril de 2014.
- Resolución de 5 de noviembre de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos, sobre integración en el régimen estatutario de determinado personal al servicio de las instituciones sanitarias del Sistema público de salud de Galicia. D.O.G. núm. 215, de 11 de noviembre de 2013.

- Resolución de 12 de noviembre de 2013, de la Gerencia del Servicio Gallego de Salud, por la que se crea el Área de Servicio Compartido de Cirugía Pediátrica para el sur de Galicia. D.O.G. núm. 219, de 15 de noviembre de 2013.

LA RIOJA

- Ley 1/2014, de 14 de marzo, de aprobación y autorización del Convenio de Colaboración entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de asistencia sanitaria. B.O.L.R. núm. 36 de 21 de marzo de 2014.
- Decreto 39/2013, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto 18/2004, de 5 de marzo, por el que se establecen las condiciones higiénico-sanitarias que deben cumplir los establecimientos no sanitarios en los que se realizan prácticas de tatuaje, micropigmentación o perforación cutánea (piercing). B.O.R. núm. 140 de 08 de noviembre de 2013.
- Decreto 2/2014, de 10 de enero, por el que se regula el procedimiento de habilitación de conductores de transporte sanitario por carretera. B.O.R. núm. 06 de 15 de enero de 2014.
- Decreto 6/2014, de 31 de enero, por el que se regula el procedimiento de suscripción y el contenido del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del SNS. B.O.R. núm. 15 de 05 de febrero de 2014.
- Decreto 14/2014, de 4 de abril, por el que se modifica el Decreto 27/1998, de 6 de marzo, mediante el que se regulan las categorías y requisitos específicos de los Centros Residenciales de Personas Mayores en La Rioja. B.O.R. núm. 45, de 9 de abril de 2014.
- Decreto 15/2014, de 4 de abril, por el que se modifica el Decreto 24/2010, de 22 de abril, por el que se regula el sistema de acceso a plazas públicas en Centros de Día para personas mayores dependientes del Sistema Riojano para la Autonomía Personal y la Dependencia, el Decreto 18/2011, de 11 de marzo, por el que se regula el sistema de acceso al servicio público de atención residencial y al servicio público de estancias temporales residenciales para personas mayores grandes dependientes y dependientes severos del Sistema Riojano para la Autonomía Personal

y la Dependencia, y el Decreto 31/2011, de 29 de abril, por el que se aprueba la cartera de servicios y prestaciones del Sistema Público Riojano de Servicios Sociales. B.O.R. núm. 45, de 9 de abril de 2014.

- Decreto 16/2014, de 4 de abril, por el que modifica el Decreto 56/2010, de 3 de diciembre, por el que se regulan los requisitos y el procedimiento de acceso al servicio de centro de día y de centro ocupacional, para personas con discapacidad del Sistema Riojano para la Autonomía personal y la Dependencia. B.O.R. núm. 45, de 9 de abril de 2014.

MADRID

- Decreto 23/2014, de 6 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud. B.O.C.M. núm. 56 de 07 de marzo de 2014.
- Orden 1017/2013, de 22 de noviembre, de la Consejería de Sanidad, por la que se adscribe a la Gerencia del Hospital Universitario “La Paz” las competencias, funciones y servicios del Hospital “Carlos III”, para su configuración como hospital de media estancia. D.O.C.M. núm. 280, de 25 de noviembre de 2013.
- Orden de 18 de febrero de 2014, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se dictan instrucciones para la contratación de personal temporal y el nombramiento de funcionarios interinos, personal estatutario temporal y otro personal docente en centros docentes no universitarios. D.O.M. núm. 46 de 24 de febrero de 2014.
- Orden 222/2014, de 13 de marzo, del Consejero de Sanidad, por la que se regula el procedimiento de habilitación del personal de los vehículos destinados a la realización de servicios de transporte sanitario por carretera. B.O.C.M. núm. 76 de 31 de marzo de 2014.
- Resolución de 12 de diciembre de 2013, del Director General de Atención Primaria, por la que se ordena la publicación del impreso normalizado de solicitud de suscripción de Convenio Especial de Prestación de Asistencia Sanitaria. B.O.C.M. núm. 25 de 30 de enero de 2014.
- Resolución de 20 de enero de 2014, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio específico con la Comunidad de

Madrid en materia sanitaria especializada en el ámbito penitenciario. B.O.E. núm. 25 de 29 de enero de 2014.

- Resolución de 27 de febrero de 2014, de la Dirección General de Ordenación e Inspección, por la que se actualiza el Plan de Inspección de Sanidad para el año 2014. B.O.C.M. núm. 66 de 19 de marzo de 2014.

MURCIA

- Decreto 2/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y depósitos de medicamentos y productos sanitarios de los centros sociosanitarios de la Región de Murcia. B.O.R.M. núm. 22 de 28 de enero de 2014.
- Orden de 3 de diciembre de 2013 de la Consejería de Sanidad y Política Social, por la que se modifica la Orden de 27 de diciembre de 2002 de la Consejería de Sanidad y Consumo, que determina los criterios de gestión de la prestación sanitaria buco-dental destinada la población infantil de la Región de Murcia. B.O.R.M. núm. 292 de 19 de diciembre de 2013.
- Instrucción 1/2014, de 20 de febrero, de la Dirección Gerencia del Servicio Murciano de Salud, en materia de incorporación de tecnologías sanitarias. B.O.R.M. núm. 54, de 06 de marzo de 2014.

NAVARRA

- Ley Foral 3/2014, de 14 de marzo, de modificación de la Ley Foral 13/2013, de 20 de marzo, de modificación de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia. B.O.E., nº 86, de 9 de abril de 2014.
- Decreto Foral 23/2014, de 19 de febrero, por el que se regulan los encargos a entes instrumentales de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. B.O.N. núm. 46, de 07 de marzo de 2014.
- Decreto Foral 24/2014, de 19 de febrero, por el que se establecen los servicios y actividades cuya prestación o realización por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos faculta para la exigencia de precios públicos. B.O.N. núm. 45, de 06 de marzo de 2014.

- Decreto Foral 25/2014, de 19 de febrero, Desarrolla la estructura orgánica del Banco de Sangre y Tejidos de Navarra. B.O.N. núm. 42, de 03 de marzo de 2014.
- Orden Foral 173/2013, de 28 de noviembre, de la Consejera de Salud, por la que se crea el Servicio de Otorrinolaringología del Complejo Hospitalario de Navarra. B.O.N. núm. 01, de 02 de enero de 2014.
- Orden Foral 2/2014, de 9 de enero, de la Consejera de Salud, por la que se modifica la Orden Foral 52/2012, de 8 de agosto, de la Consejera de Salud, por la que se establece la estructura del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea a nivel de Secciones no asistenciales y de Unidades no asistenciales. B.O.N. núm. 19, de 29 de enero de 2014.
- Orden Foral 3/2014, de 9 de enero, de la Consejera de Salud, por la que se crea el Servicio de Neumología del Complejo Hospitalario de Navarra. B.O.N. núm. 19, de 29 de enero de 2014.
- Orden Foral 6/2014, de 23 de enero, de la Consejera de Salud, por la que se crea el Servicio de Hematología del Complejo Hospitalario de Navarra. B.O.N. núm. 26 de 07 de febrero de 2014
- Orden Foral 18/2014, de 28 de febrero, de la Consejera de Salud, por la que se modifica la Orden Foral 52/2012, de 8 de agosto, de la Consejera de Salud, por la que se establece la estructura del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea a nivel de Secciones no asistenciales y de Unidades no asistenciales. B.O.N. núm. 51, de 14 de marzo de 2014.
- Resolución de 11 de octubre de 2013 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, por la que se crea un grupo de trabajo para la gestión ambiental en los centros sanitarios del Servicio Murciano de Salud. B.O.R.M. núm. 258, de 07 de noviembre de 2013.
- Resolución de 25 de octubre de 2013, de la Dirección Gerencia del Servicio Murciano de Salud, por la que se establece el procedimiento para la aplicación, en el ámbito de actuación del Servicio Murciano de Salud, del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de

beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1.192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. B.O.R.M. núm. 260, de 09 de noviembre de 2013.

PAÍS VASCO

- Decreto 447/2013, de 19 de noviembre, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por el que se regulan las ayudas destinadas a facilitar la adherencia a los tratamientos médicos prescritos por personal del Sistema Sanitario de la Comunidad Autónoma. B.O.P.V. de 28 de noviembre de 2013.
- Decreto 473/2013, de 30 de diciembre, de creación y funcionamiento del Registro de Enfermedades Raras de la Comunidad Autónoma de Euskadi. B.O.P.V. núm. 11 de 17 de enero de 2014.
- Orden de 12 de noviembre de 2013, del Consejero de Salud, por la que se regulan los requisitos técnicos aplicables a los centros y servicios sanitarios en los que se realicen actividades quirúrgicas y/o procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos invasivos sin internamiento B.O.P.V. núm. 22 de noviembre de 2013.
- Orden Foral 25/2014, de 22 de enero, por la que se aprueban las aportaciones máximas por persona usuaria y día de los servicios residenciales y de centros de personas mayores y recursos sociosanitarios. D.O.Guipuzcoa núm. 17 de 28 de enero de 2014.
- Orden de 5 de marzo 2014. Modifica la Orden de 14-1-2009 (LPV 2009\59), que crea el Consejo Asesor de Cribado Neonatal de Enfermedades Congénitas de Euskadi. B.O.P.V. núm. 52 de 17 de marzo de 2014.
- Orden de 20 de marzo de 2014, del Consejero de Salud, sobre el uso del cigarrillo electrónico en los centros y establecimientos sanitarios, centros docentes y en las dependencias destinadas a la atención ciudadana de la Administración General e Institucional de Euskadi. B.O.P.V. núm. 56 de 21 de marzo de 2014.

- Orden de 24 de marzo 2014, del Consejero de Salud, por la que se modifica la Orden de 7 de septiembre de 2011, que crea el Consejo Asesor de Vacunaciones de Euskadi. B.O.P.V. núm. 65 de 3 de abril de 2014.
- Acuerdo de 30 de enero de 2014, del Consejo de Administración de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por el que se constituyen, en el Área Sanitaria de Bizkaia, tres organizaciones de servicios sanitarios integrados, denominadas respectivamente “Bilbao-Basurto”, “Barrualde-Galdakao” y “Barakaldo-Sestao”. B.O.P.V. núm. 38 de 25 de febrero de 2014.

VALENCIA

- Decreto 190/2013, de 20 de diciembre, Regula el Convenio especial de prestación de asistencia sanitaria en el ámbito de la Comunitat Valenciana a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. D.O.C.V. núm. 7179, de 24 de diciembre de 2013.
- Decreto 4/2014, de 3 de enero, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Sanidad. D.O.C.V. núm. 7186 de 07 de enero de 2014.
- Decreto 9/2014, de 10 de enero, del Consell, por el que aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Consellería de Bienestar Social. D.O.C.V. núm. 7190 de 13 de enero de 2014.
- Decreto 22/2014, de 24 de enero, del Consell, por el que se regula el procedimiento para la repercusión de los costes de movilización de los recursos de los servicios esenciales de intervención dependientes de la consellería con competencias en materia de protección civil y gestión de emergencias de la Comunitat Valenciana. D.O.C.V. núm. 7201 de 28 de enero de 2014.

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 20 páginas.
4. Tanto los ESTUDIOS como las COMUNICACIONES deberá remitirse por correo electrónico a (dlarios@jccm.es y mdgonzalezg@sescam.jccm.es), indicándose en el mismo título 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 de incluir, por este orden:
 - a. Título del artículo
 - b. Nombre y apellidos del autor o autores
 - c. Profesión o título académico del autor y Centro o Institución de trabajo
 - d. Índice o sumario
 - e. Un breve resumen (ABSTRACT) en español e inglés de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave, en los dos idiomas.
 - f. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
 - g. 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, Fermín: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
 - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las *XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
 - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso. [Con acceso el 4.3.2006].
8. Los manuscritos serán valorados anónimamente por evaluadores externos al Consejo Editorial de la Revista, expertos en la materia, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.

Adicionalmente, se realizará una revisión por pares que garantice la objetividad de la evaluación.



Asociación Juristas de la Salud
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad nº 1
02071 Albacete - España
<http://www.ajs.es>

SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

DATOS SUSCRIPCIÓN

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: (10 dígitos)

Importe de la suscripción 62 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: info@ajs.es

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 Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), 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 info@ajs.es, indicando "derechos ARCO".



Asociación Juristas de la Salud
Facultad de Derecho
Plaza de la Universidad nº 1
02071 Albacete - España
<http://www.ajs.es>

SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

DATOS SUSCRIPCIÓN

Nombre: _____
Primer apellido: _____
Segundo apellido: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Teléfono/s: _____
Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI/NIF: _____

DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad: (4 dígitos)
Código Sucursal: (4 dígitos)
Dígitos de Control: (2 dígitos)
Cuenta: (10 dígitos)

ENVÍO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: _____
Cargo: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____

Cuota de la Asociación 82 euros anuales

Remitir a: info@ajs.es

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 Plaza de la Universidad nº 1, Albacete (02071), 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 info@ajs.es, indicando "derechos ARCO".