INTRUSISMO PUNIBLE Y CONFLICTOS EN LAS DISTINTAS ESPECIALIDADES MÉDICAS

José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO I.- INTRUSISMO PUNIBLE EN MEDICINA.- 1.- Introducción.- A.- Etimología de la voz "intrusismo".- B.- Antecedentes normativos de la infracción.- c.- Codificación española.- a) Código Penal de 1822.- b) Códigos de 1848 y 1850.- c) Código Penal de 1870.- d) El Código de 1928.- e) El Código Penal de 1932.- f) El Código Penal de 1944.- g) El Proyecto de Ley de Bases de 1961 y reformas posteriores.- 2.- La normativa penal precedente al Código de 1955.- A.- Introducción.- B.- Triunfo del curanderismo.- 3.- Tentativas de reforma del Código Penal.- A.- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980.- B.- Anteproyecto de 1983.- C.- Anteproyecto de Código Penal de 1992.- D.- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992.- E.- Anteproyecto de Código Penal de 1994.- II. EL INTRUSISMO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.- 1.- Introducción.- 2.- Examen de los elementos de la infracción del inciso primero del art. 403.- A.- Sujeto activo.- B.- Conducta típica.- C.- Sujeto pasivo.- D.Elemento subjetivo.- E.- Vida del delito.- F.- Participación.- G. Concurso de infracciones.- H. Faz negativa de la antijuricidad.- 1. Jurisprudencia anterior aplicable.- J. Penalidad.- K. Responsabilidad civil. 3.- A. Examen de la infracción del inciso segundo del art. 403.- B. El problema de los médicos especialistas sin título oficial o sin título homologado.- 4.- La agravación común a ambas figuras delictivas.- 5.- La infracción venial del artículo 637 del Código Penal.- III. CONCLUSIÓN.

I.- INTRUSISMO PUNIBLE EN MEDICINA.

1. A.- Etimología de la voz intrusismo.

La voz "intrusismo" derivada, según el Diccionario de la Real Academia, de intruso, y ésta a su vez del latín intrusos, participio pasivo de intrudere, introducir, de intrudo, introdis, intrudere, de "in" y "trudo", significa empujar, meter, empujar violentamente adentro[1]. En Cicerón "intrudere se" es equivalente a entrometerse, introducirse sin ser llamado, siendo equivalente a "intro et per vim trudo"[2]. Intrusismo es, según el Diccionario de la Real Academia, "ejercicio de actividades profesionales por persona no autorizada legalmente para ello".

Sin embargo tal voz no fue utilizada por los textos penales hasta hace poco, pero sí en el lenguaje ordinario.

1. B.- Antecedentes normativos de la infracción.

Hay que dar la razón a Manzanares[3] cuando afirma que resulta peligroso rastrear antecedentes de estos delitos en los textos anteriores a la Codificación. Y añade, que algún autor menciona la Ley 6 del Título VIII de la Partida VII[4], porque el texto referente "a los físicos e los cirujanos que se meten por sabidores e lo non son ... si muriere alguno por culpa dellos", está comprendido dentro del Título VIII, "De los omezillos" referidos a la muerte del hombre, por lo que nada tiene que ver con el intrusismo. Pero si ello es cierto y digno de consignarse, no lo es menos, que dentro de la Nueva y Novísima Recopilación se encuentren preceptos concretos que determinan las penas aplicables a los ejercientes en medicina, cirugía o arte de sangrar sin hallarse en la posesión de los correspondientes títulos y licencias. En esta línea merecen consignarse al respecto, la disposición de D. Fernando y Doña Isabel en Madrid el 30 de marzo de 1477 y posteriores de 1491 y 1498 con órdenes

[1] Raimundo de Miguel y el Marqués de Morante, "Nuevo Diccionario Latino-español etimológico" 2ª ed. Madrid 1868, voz "intrudo".

[2] Ibídem.

[3] José Luis Manzanares Samaniego, "El delito de intrusismo" en Actualidad Penal, n° 21/22, de 28 de mayo de 1995, pág. 317.

[4] Así, C. Bemaldo de Quirós, en Enciclopedia Jurídica Española, Tomo 19, voz "intruso". Barcelona, Francisco Seix editor, a quien sigue Domingo Temel Carralero en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, voz "intrusismo".

tajantes a los Protomédicos y Alcaldes examinadores y ello se reitera por Don Carlos y Doña Juana y por Felipe II.[5]

Existe una eventual prohibición de los ensalmadores[6] y unas referencias del examen de médicos[7], sus reformas sucesivas y colisiones con otros organismos hasta la anulación del Protomedicato en tiempo de Carlos IV y su posterior restablecimiento[8]. Ello ocurría en 1801, pero por Real Orden de 8 de enero de 1804 se formó la Real Junta Superior Gubernativa de Medicina y cesó el Protomedicato.[9]

En todo caso, no ofrece duda alguna la pena del médico que ejerciere su actividad en algún pueblo o partido sin los requisitos prevenidos[10] o sin tener carta de examen y licencia para ello[11]. Se exigía para el título y ejercicio de la Medicina, en primer lugar, ser Bachiller en Artes, cuatro cursos de Medicina en cuatro años cumplidos, con examen de Bachiller, dos años de prácticas y el examen ante el Protomedicato. Pues bien, el Médico que no tuviere los dos años de prácticas y ejerciere, era sancionado con una pena de suspensión de ocho años y al que curare sin carta y licencia para ello se le imponía por cada vez la pena de seis mil maravedís.[12]

Ello resulta explicable. La cita de las Partidas a que antes hicimos referencia resulta impropia y nada tiene que ver con el intrusismo sanitario, pero, una vez que adquieren influencia las Universidades y el poder político se asienta, se exige la titulación y otras cautelas en beneficio de los súbditos.

Aún habría que citar, sin duda, el Reglamento de 10 de diciembre de 1928, científico, económico e interior de los Reales Colegios de Medicina y Cirugía y para el gobierno de los profesores que ejercen estas partes de la ciencia de curar en todo el Reino, que vuelve a reiterar la necesidad de un documento legítimo por el que se acredite la idoneidad e instrucción debidas, con imposición de multas para los que ejercieren sin el referido documento.

La represión gubernativa del intrusismo, paralela y coexistente con la penal, continúa durante todo el siglo XIX en las Reales Órdenes de 23 de noviembre de 1845, 17 de febrero de 1846 y 7 de enero de 1847, que se refundieron en la Real Orden de 20 de mayo de 1854, y establecían la entrega de los culpables a los Tribunales en caso de reincidencia. La Real Orden de 20 de mayo de 1854, en contestación a la consulta del Gobernador de Baleares, señalaba sanciones administrativas a los intrusos que delinquieren por primera vez y en las posteriores su entrega a los Tribunales ordinarios.

Por si ello no fuera suficiente, el Real Decreto de 27 de mayo de 1855 imponía multas a los profesores de jurisprudencia, medicina, cirugía y farmacia que ejercieren dos meses sin presentar el título en el Colegio o Subdelegación respectiva.

Parecía que la autoridad gubernativa había perdido la batalla contra el intrusismo, porque la Real Orden de 3 de septiembre de 1857 se cuida de reiterar el cumplimiento de la de 20 de mayo de 1854, o incluso se sanciona a los médicos que invaden el campo de los farmacéuticos en la Real Orden de 19 de diciembre de 1867.

La Real Orden de 26 de julio de 1889 declara vigente la Real Cédula de 10 de diciembre de 1828 y aplicable su penalidad a las intrusiones en medicina.

Después, la Real Orden de 10 de octubre de 1894 determina que los Gobernadores de la provincia harán cumplir a sus delegados, alcaldes y subdelegados de Medicina, Veterinaria y Farmacia todas las disposiciones vigentes a la sazón sobre el ejercicio legal de dichas profesiones, pero la de 16 de mayo de 1898 les recuerda que no se hallan autorizados para el castigo de las intrusiones, pues esto corresponde a los Tribunales.

Ya iniciado el siglo XX la Real Orden de 2 de diciembre de 1900 tiene que excitar el celo de los Subdelegados para la prevención y castigo de las intrusiones médicas.

La Instrucción General de Sanidad aprobada por Real Decreto de 12 de enero de 1904 castiga en su artículo 67 las intrusiones en el ejercicio de las profesiones sanitarias, pero las Reales Órdenes de 23 de noviembre de 1906 y 3 de mayo de 1909 tienen que volver a excitar el celo de los Gobernadores Civiles para la persecución de estas conductas.

1. C.- Codificación española.

a) Código de 1822.

Se ha dicho que nuestro primer Código Penal castigó la usurpación de funciones, pero no el intrusismo, que queda para la sanción gubernativa con multa, por Real Cédula de 10 de diciembre de 1828, referida al intrusismo en medicina, que es el único que entonces preocupa[13], con lamentable olvido de una extrapolación de un texto penal que tuvo aplicación escasísima, si es que llegó a aplicarse[14]. Referida la Cédula de 1828 al período absolutista, nada tiene que ver con el Código citado.

---

[5] Leyes 1,27 Y 13 del Título XVI del Libro III de la Nueva Recopilación y Título X del Libro VIII de la Novísima.

[6] Ley 1 del Título X del Libro III de la Nueva Recopilación.

[7] Ley 10 del Título XVI del Libro III de la Nueva Recopilación.

[8] Ley 12 del Título X del Libro VIII de la Novísima Recopilación.

[9] Ley 13 del Título X del Libro VIII de la Novísima Recopilación.

[10] Ley 8 del Título XVI del Libro III de la Nueva Recopilación.

[11] Ley 7 del Título X del Libro III de la Nueva Recopilación.

[12] Leyes 7 y 8 del Título XII del Libro ID de la Nueva Recopilación y Leyes 4 y 5 del Título XI del Libro VIII de la Novísima.

[13] Domingo Teruel Carralero, ob. cit.

[14] José Antón Oneca, "Derecho Penal", Tomo 1. Parte General. Madrid, 1949, pág. 60. El mismo, "Historia del Código Penal de 1822" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1963, pág. 275.

En todo caso, si bien dentro del Título V, "De los delitos contra la fe pública" (dentro de su Parte Primera) el Capítulo IX se refiere "de los que se suponen con títulos o facultades que no tienen o usan condecoraciones o distintivos que no les están concedidos", para los sanitarios, el Capítulo I del Título IV ("Delitos contra la salud pública") se ocupa "de los que, sin estar aprobados, ejercen la medicina, cirugía, farmacia, arte obstétrica o flebotomía". Se distinguen dos clases de intrusismo por el legislador, de una parte los que atacan a la **fides publica,** presentándose con títulos inexistentes o usan, do distintivos o condecoraciones no concedidos, al paso que en la otra clase, pasa a primer lugar, la salud pública. El otro Capítulo de este Título IV patentiza que el Código de 1822 contempla aquí en primer lugar, el peligro para la salud ("De los boticarios que venden o despachan venenos, drogas o medicamentos perjudiciales a la salud sin receta de facultati, vo aprobado, o equivocando lo que éste haya dispuesto").

Pero centrémonos en el Capítulo 1. El artículo 363 establecía: "Cualquiera que sin legal aprobación, conforme a los reglamentos respectivos, ejerciere medicina, cirugía, farmacia, arte obstétrica o la flebotomía, pagará una multa de veinte y cinco a doscientos duros, y sufrirá una reclusión de uno a seis meses, si por su impericia no se hubieren seguido males de consideración a los pacientes a quienes asistió o suministró remedios. Pero si se hubieren verificado estos males, acreditados en debida forma, la reclusión será de uno a seis años, además del pago de la multa, y sin perjuicio de la mayor pena que le correspondiere, si hubiere usado de título falso, con arreglo al título quinto de esta primera parte".

El precepto siguiente, art. 364 es de naturaleza puramente administrativa, lo que suele ocurrir con frecuencia en este texto legal.[15]

Dice así tal precepto: "Los que obtuvieren la aprobación expresada en el artículo anterior deberán hacerla constar en el Ayuntamiento del pueblo de su domicilio o residencia, so pena de una multa de ocho a veinte duros. Por el mero hecho de hacer constar dicha aprobación en el Ayuntamiento, quedan obliga, dos los que pretendieren hacer uso de ella a dar parte inmediatamente al Alcalde del pueblo de toda persona muerta violentamente o herida, a cuyo reconocimiento o curación asistiesen, y de cualquiera otra en quien ejerciendo su facultad advirtieren señales de envenenamiento, o de otra violencia material, cometida contra la misma persona, con expresión individual de su nombre, señas, calidad y habitación, y de la causa o circunstancias de la muerte, herida, envenenamiento o violencia. La misma obligación tendrán relativamente a dar noticia al Alcalde de todo parte a que asistieren, en que naciere muerto algún niño, manifestando igualmente la causa de la muerte; pero cuando el niño nazca muerto naturalmente, no deberán descubrir el nombre de la parida, cuyo honor pueda padecer. El defecto de cumplimiento de estas obligaciones se castigará con un arresto de ocho días a dos meses y una multa de seis a treinta duros".

Finalmente, el art. 365 incluye en el art. 363, no sólo la usurpación de la medicina oficial, sino mágica, esotérica y popular, "Por ningún motivo ni bajo pretexto o denominación alguna se permitirán curanderos o charlatanes, ya sea en la ocupación de asistir a los enfermos, o ya en la de dar o vender remedios simples o compuestos de ninguna especie". Añadiendo a continuación que "cualquier persona que sin autorización competente venda o suministre remedios simples o compuestos de cualquier especie, aunque se titulen preservativos o de otra cualquier manera, será también castigado con arreglo al artículo 363."

Concluyamos esta parte señalando que, aparte de los delitos contra la fe pública del Capítulo IX, que se contemplan como un engaño por la apariencia de verdad o fingimiento del título[16], la usurpación de funciones sanitarias es apreciada por el legislador como un ataque, no a la fides, sino a la sanitas. Se comprenden aquí, además, en una interpretación contextual a los charlatanes y curanderos, que no ejercen las actividades de la medicina oficial.

b) Códigos de 1848 y 1850.

El Código Penal de 1848 sigue al de 1822 sólo en lo referente a la concepción de un delito falsario. Así, en el Título IV "De las falsedades", el último Capítulo, VII, se ocupa "De la usurpación de funciones, calidad y nombres supuestos" con los arts. 243 a 245 (250 a 252 de la reforma de 1850), salvo el 251 en que el nuevo texto añadió la autoridad, a "empleado público o profesor de una facultad que requiera título".

El primero de los preceptos castigaba la usurpación de "carácter que habilite para administración de sacramentos y ejerciere actos propios de él", y con pena inferior "la usurpación del carácter de diácono o subdiácono" y el último al simple uso del hábito, insignias o uniforme propios de estado clerical o de un cargo público". Interesa el art. 244 (251 de la reforma): "El que se fingiere (Autoridad), empleado público o profesor de una facultad que requiera título y ejerciere actos propios de dichas profesiones o cargos ...". La pena en el texto de 1848 era la de prisión correccional en todo caso, pero el Código de 1850, en el primer caso, de prisión menor, y en el segundo y tercero con la de prisión correccional. En este precepto se recogen tanto la usurpación de funciones públicas como el intrusismo en sentido estricto.[17]

Lo que sí debe consignarse es la desaparición en la etapa 1848-1850 de las previsiones dentro de los delitos contra la salud pública el ejercicio de la medicina sin la aprobación para ello. Por consiguiente los intrusismos en el campo sanitario deben incluirse en las normas comunes de la usurpación de funciones y calidad. Es digno de consignarse que la reforma de 1850 estableció una falta de intrusismo, referida a "los que ejercieren sin título actos de una pro-

[15] Ibídem.

[16] José Luis Manzanares, ob. cit. pág. 318.

[17] Ibídem, pág. 319.

fesión que lo exija". (art. 485, 4°). Esta dicotomía delito-falta se repetirá en los Códigos posteriores, como en el de 1870 (art. 591, 1°) en el de 1932 (art. 567) y en el de 1944 (art. 572).

e) El Código Penal de 1870.

El Código Penal de 1870 recoge dentro del Título IV del Libro 11 "De las falsedades" el Capítulo VII "De la usurpación de funciones, calidad y títulos y uso indebido de nombres, trajes, insignias y condecoraciones" (arts. 342 y 348). Ha separado en la penalidad la usurpación de autoridad o funcionario público (art. 342) de la atribución de la cualidad de profesor ejerciendo públicamente actos propios de una facultad que no puede ejercerse sin título oficial (art. 343), del ejercicio de actos propios de un ministro de culto (art. 344), (título de nobleza) (art. 345, nombre supuesto (art. 346).

La usurpación de funciones sanitarias se contempla en el art. 343: "El que atribuyéndose la cualidad de profesor ejerciere públicamente actos propios de una facultad que no pueda ejercerse sin título oficial, incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mínimo".

Pero, al mismo tiempo, existe una infracción venial en el art. 591, 1°: "Los que ejercieren sin título actos de una profesión que lo exija. Los reincidentes serán condenados además de multa a la pena de arresto menor de uno a diez días".

La jurisprudencia comprendió aquí a la persona cuyos auxilios eran demandados porque era comadre, porque es visto que se atribuía la cualidad de profesora sin título para ello, porque con este nombre se conoce en el lenguaje común a las profesoras matronas o parteras, sin que sea necesario para incurrir en la sanción del art. 343, atribuirse la cualidad de profesor, usando del mismo nombre que les da la ley, cuando se emplea otro que tiene el mismo significado o trascendencia -sentencia de 21 de marzo de 1891-, al practicante que visita enfermos y formula recetas, si bien autorizadas "a posteriori" por un médico -sentencia de 30 de octubre de 1896-.

Se comete este delito cuando el culpable tiene aprobadas la mayor parte de las asignaturas de la carrera de Medicina, pero no ha hecho la licenciatura y se atribuye la cualidad de profesor, ejecutando actos públicos de la profesión de cirujano -sentencia de 28 de abril de 1896-.

La publicidad, elemento esencial del delito, existe cuando el practicante en Medicina firma recetas con sello en que expresa ser médico y cobre honorarios por tal concepto -sentencia de 13 de enero de 1897-. El hecho de ejercer la procesada públicamente la profesión de profesora de partos, atribuyéndose tal cualidad y anunciándose como profesora con real título sin poseerlo -sentencia de 11 de enero de 1904-, el que ejerce públicamente la profesión de médico, presentándose y haciéndose pasar como tal y asistiendo a Juntas con otros médicos -sentencia de 19 de junio de 1913-, el que tiene una Clínica con su propio apellido o anunciándose como Doctor en la profesión en prospectos y anuncios publicados en la prensa -sentencia de 13 de enero de 1917-.

No incurre en delito el que ejerce trabajos de prótesis dentaria creyéndose autorizado para ello por el título de licenciado en Medicina que ostentaba -sentencia de 1 de diciembre de 1917- y ello, pese a que las Reales Órdenes de 13 de agosto y 9 de noviembre de 1914- señalaban que los licenciados en Medicina necesitaban para ejercer la Odontología, cursar estudios especiales, a menos que se hallen en posesión del título de cirujano dentista adquirido con arreglo a las disposiciones vigentes a la sazón. El Tribunal Supremo atendió a que el error padecible no genera responsabilidades penales.

La doctrina jurisprudencial puso el acento en la distinción entre el delito y la falta en que para la calificación más grave se hace preciso que el culpable se hubiera atribuido públicamente la cualidad de profesor -sentencia de 21 de diciembre de 1900- porque los tres elementos integrantes del delito son: atribuirse la cualidad de profesor, ejercer actos propios de una facultad que no pueda ejercerse sin título y hacerlo públicamente -sentencia de 2 de febrero de 1926-.

Consiste la diferencia entre ambas infracciones en que el culpable se haya atribuido públicamente la cualidad de profesor -sentencia de 18 de abril de 1929

Visitar y recetar a enfermos sin título de médico, pero sin atribuirse ese carácter, constituye una sola falta y no tantas como visitas -sentencia de 2 de marzo de 1904-. El matrimonio que constituido en un pueblo recibe la visita de numerosos enfermos a los que reconoce y prescribe medicamentos, facilitándoles las oportunas recetas y recibiendo las cantidades que tenían a bien darles los pacientes, siempre que no conste que se atribuyeran la cualidad de médico -sentencia de 13 de octubre de 1931-.

No comete esta falta quien se limita a mandar poner paños de agua que decía estar magnetizada en los lugares doloridos -sentencia de 26 de septiembre de 1879- o administrar agua pura a un enfermo con intención de curarle, no es acto de la profesión médica -sentencia de 20 de marzo de 1891.

d) Código de 1928.

El texto de la Dictadura de Don Miguel Primo de Rivera ubica dentro del Título IV "De las falsedades", un Capítulo, el VII y último, "De la usurpación de funciones, calidad y títulos y uso indebido de nombre, trajes, insignias y condecoraciones" cuyo artículo 408 prescribía: "El que, sin estar legítimamente autorizado, ejerza públicamente una profesión cualquiera o practique cualquier acto propio de los que no pueden ejercerse sin título oficial, aunque los medios empleados parezcan no ofrecer peligro, incurrirá en la pena de cuatro meses a dos años de prisión y multa de 1000 a 15000 pesetas".

Si, en los casos previstos en el párrafo anterior, se ocasionare daño a la salud o intereses a de los particulares, la pena de prisión se aplicará en el grado máximo, sin perjuicio a la mayor sanción si los hechos constituyen un delito más grave".

La infracción venial de este delito se encuentra en el art. 797:"Serán castigados con multa, que no podrá ser inferior a 50 pesetas ni llegar a 1000, los que, no estando comprendidos en el art. 408, ejercieren sin título a actos de una profesión que la exija, aunque lo hagan sin causar daño en la salud ni de otro orden".

Este texto ha sido ignorado por algún tratadista[18], pero pese a la escasa vigencia del Código ha supuesto una novedad frente a los precedentes 1848-5° y 1870, resulta más próximo al texto de 1822. La tipicidad requería o el ejercicio público de una profesión cualquiera o la práctica de actos propios de los que no puedan ejercerse sin título.

Pero este tipo básico se agrava, si se produjera daño de salud o intereses de los particulares, lo que supone una agravante específica.[19]

La falta está caracterizada por ejercer sin título actos de una profesión que lo exija, pero no públicamente.

e) Código Penal de 1932.

El texto penal de la Segunda República, dentro del Título IV, "De las falsedades" y de su Capítulo VII "De la usurpación de funciones y título y uso indebido de nombres, trajes y condecoraciones" reproduce en su artículo 326 literalmente el art. 343 del Código de 1870, salvo en la penalidad, sustituyendo prisión correccional por menor.

El art. 567 reproduce casi a la letra el art. 591, 1° del Código de 1870, salvo la penalidad que en éste era de 5 a 125 pesetas de multa y en el texto republicano es de 5 a 150 pesetas.

f) Código Penal de 1944.

El Código Penal de 1944 vuelve en sus artículos 321 Y 572 a la fórmula y estructura del texto precedente. Así el art. 321 sanciona al que atribuyéndose la cualidad de profesor, ejerciera públicamente actos propios en una Facultad que no se pueden ejercer sin título oficial. El art. 572 recoge el ejercicio sin título de una profesión que lo exija, como constitutivo de falta.

g) El Proyecto de Ley de Bases de 1961.

Se limitaba a decir al respecto que el art. 321 sería "modificado conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo" y "en el mismo sentido se procedería con el 572". [20]

La Ponencia aceptó las enmiendas de Jordana de Fuentes y de Boadilla y como consecuencia el Dictamen de la Comisión pasó a constituir el párrafo segundo de la Base Y. La reforma no se ajustó a la Ley de Bases que ser refería a "profesión, carrera o especialidad" y de "título académico" oficial y ensanchó el tipo porque no se refería, a diferencia de 10 ordenado en la Ley de Bases, al Código o "Leyes del Estado" sino a "disposición legal"[21]. Lo cierto es que el Decreto de 24 de enero de 1963 cedió quizás a la presión de algunos Colegios profesionales y avanzó la reforma más de lo pretendido[22], volatilizándose la cualidad de "académico, profesión, carrera o especialidad que requiera título oficial reconocido ..." por "profesión sin poseer el correspondiente título oficial reconocido ...".[23]

El Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprobó el "Texto revisado de 1963" del Código Penal (B.O.E. de 2 de abril), al referirse a las "nuevas modalidades delictivas, creadas alamparo de la insoslayable presencia de manifestaciones criminales en la cotidiana realidad en que se vive ..." cita en 'primer lugar "a) El llamado intrusismo en sus respectivos aspectos de delito (art. 321) Y de falta (art. 572, núms. 1° y 2º)".

El art. 321 quedó así: "El que ejerciera actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio internacional, incurrirá en la pena de prisión menor.

Si el culpable se atribuyera públicamente la cualidad de profesional, se le impondrá además la pena de multa de 10.000 a 50.000 pesetas".

El art. 570 establecía: "Serán castigados con la multa de 250 a 2000 pesetas: 1°) El que no estando comprendido en el artículo 321, ejerciere actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal, sin poseer la habilitación o capacitación oficial requerida.

2°) El titulado o habilitado que ejerciere su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo Colegio, Corporación o Asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente ese requisito. A los reincidentes se impondrá, además de la multa, la pena de arresto menor."

La penalidad pecuniaria se elevó sucesivamente de 30.000 a 300.000 pesetas y por Ley Orgánica 3/1989, en su art. 16, de 100.000 a 1.000.000 pesetas para adaptarla al valor del dinero.

2.- La normativa penal precedente al Código de 1995.

A.- Introducción.

[18] Ibídem, pág. 320.

[19] Domingo Teruel Carralero, ob. Cit.

[20] José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, "Derecho Penal español". Parte Especial, 15" edición. Dykinson. Madrid, 1992, pág. 1008.

[21] Ibídem.

[22] José Luis Manzanares, ob. Cit. págs. 320 y 321.

[23] Ibídem, pág. 321

Aunque no cabe duda de que una de las finalidades de la revisión del Código en 1961 fue la reelaboración completa de la represión penal del intrusismo[24], pues no en vano la Base sa de la Ley de 23 de diciembre de 1961 expresaba que "el artículo 321 será modificado conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que sin poseer condiciones para ello, ejercieren actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título académico oficial reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios internacionales", el éxito no acompañó tales deseos, al menos en lo referente a la actuación sanitaria.

Rodríguez Mourullo[25] ha patentizado que tres son los intereses que pueden verse atacados por la conducta descrita en el art. 321: a) El privado de quienes reciben la correspondiente prestación profesional, b) El también privado de los respectivos grupos de titulados y c) El público referido a la Administración de expedición de los títulos que capaciten para cada ejercicio profesional, pero el que estos tres intereses se vean afectados no supone que constituyan el objeto de protección del precepto, sino únicamente el tercero. Ello, que resulta inobjetable de lege data, no puede aceptarse de lege ferenda, pues al menos en lo referente a la asistencia sanitaria ha conducido a un abandono de las capas más débiles y enfermas de la sociedad que pueden caer en manos de explotadores sin escrúpulos con el señuelo de medicinas populares paralelas o mágicas.

Se ha señalado que, partiendo del concepto estricto del acto médico, puede afirmarse que el ejercicio de la medicina popular y de la medicina alternativa no constituyen delito de intrusismo del art. 321, pues tal precepto no pretende proteger, ni la vida, ni la salud de las personas, sino el interés de la comunidad en exigir para determinadas profesiones cualificadas -y el curanderismo y la medicina alternativa no lo serían- la posesión de un título estatal o reconocido por el poder público[26]. Se reconoce asimismo que quienes ejerciten estas modalidades de medicina se desenvuelven en una zona peligrosa que en cualquier momento puede desembocar en la tipicidad del delito, como realizar una operación quirúrgica conforme al sistema y método de la cirugía oficial o convencional, o retirar un tratamiento médico indicado[27]. Cuando se nos dice que la medicina popular no puede generar un delito de intrusismo, se añade que no supone la realización de actos médicos de los que exigen título oficial y porque el curandero no carece del título oficial que autoriza a llevar a cabo su actividad y ello por la simple razón de que no existe título oficial alguno que autorice a ejercer como "sanador", ni como "curador espiritual", ni como "curandero"[28]. Así, las prácticas supersticiosas, oraciones, imposiciones de manos, etc... al carecer de la menor base científica, al no poderse entender como acto de la profesión médica, no pueden constituir delito de intrusismo.[29]

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha estimado en ocasiones el ejercicio de la medicina alternativa como intrusismo -ad exemplum, sentencias de 2 de julio de 1966, 19 de junio de 1985 y 8 de junio de 1992- pero dicha jurisprudencia debe reputarse como excepcional. Especialmente la sentencia de 5 de julio de 1992[30], que casó la de la Audiencia Provincial de Cádiz estimando que ofrecer los servicios, sin ser médico. en acupuntura, medicina naturalista y rayos láser no constituía delito, basándose en que en el listado de especialidades médicas vigente a la sazón no figuraban ni la medicina naturalista, ni la acupuntura, ni los rayos láser.

B. Triunfo del curanderismo.

Lo cierto es que el curanderismo progresa sin trabas. Si en el año 1974 se decía que en España había nada menos de treinta mil echadores de cartas, tres mil curanderos y muchos profetas y videntes[31], hoy, más de veinte años después, hay que señalar que los curanderos han proliferado, aumentando más de tres veces[32] y que realizan sus actuaciones ante la más sorprendente pasividad administrativa[33]. Salvo algunos pocos, muy pocos, que tengan conocimientos empíricos de colocación de huesos dislocados, la mayoría son totalmente innaros, que utilizan la superstición ajena, recibiendo a los desesperados que suponen la mayoría de sus clientes[34]. Lo cierto es que no parece sino que las Administraciones de toda clase tienen un pacto de no agresión a la actividad curanderil, forma residual de países tercermundistas y de médicos y sociedades atrasadas.[35]

No podemos mirar atrás, para decir que la historia de la cirugía es la de los magos y curanderos[36]. Pues, si en el pasado fue así, ya que, como señaló Marcel Mauss[37], "los brujos han sido los prime-

---

[24] Luis María Díaz Valcárcel, "La revisión del Código Penal y de otras leyes penales", Barcelona, 1964, pág. 118.

[25] "El delito de intrusismo" en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Febrero de 1969, pág. 13.

[26] Aurelio Hernández Triviño y José Miguel Zngaldía Espinar, <La "Medicina Popular" y la "Medicina Alternativa" ante el Derecho Penal: Especial consideración del delito de intrusismo>, en Cuadernos de Política Criminal, n° 14, septiembre-diciembre 1994, pág. 930.

[27] Ibídem.

[28] Ibídem, pág. 931.

[29] Álvarez García, "Del intrusismo", en "La Ley", 1983, págs. 542 y sigts. Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 230.

[30] "ABC" de 21 de octubre de 1992 en su Sección de Sanidad señalaba con grandes titulares: "Según el Supremo no hace falta ser médico para ejercer la Medicina naturalista". También se publicó la sentencia en la Revista "La Ley".

[31] "Diario de Burgos", de 9 de abril de 1974.

[32] "ABC" de 6 de enero de 1986, págs. 44 y 45.

[33] José Manuel Martínez-Pereda, "Magia y delito en España". Editorial Layda. Bilbao, 1991, pág. 246.

[34] "ABC" de 6 de enero de 1986, ya citado.

[35] José Manuel Martínez-Pereda, ob. cit. pág. cit.

[36] Mariano F. Zumel, "Magos y curanderos en la Historia de la Cirugía" en Brujología. Congreso de San Sebastián. Ponencias y Comunicaciones, Seminarios y Ediciones S.A., pág. 358.

[37] Marcel Mauss y H. Hubert, "Esquise d'une théorie génerale de la magie", que fue publicada en Année Sociologique (1902-1903) y reeditada después con otros trabajos de Mauss con el título "Sociologie et anthropologie", París, 1950. Existe traducción española de la 4ª edición francesa con el título "Sociología y Antropología", Traducción de Teresa Rubio. Madrid, 1971, La cita corresponde a la pág. 97.

ros envenenadores, como también los primeros cirujanos y es sabido lo desarrollada que se encontraba cierta parte de la cirugía entre los pueblos primitivos y que los magos han realizado auténticos descubrimientos en metalurgia, debe reconocerse que las creencias y técnicas actuales adquieren su eficacia en cuanto se han librado de la mentalidad mágica y que el progreso ha constituido, en no escasa medida, en luchar contra ésta".[38]

La práctica del curanderismo es tan vieja como la misma humanidad. Como dije más atrás, los Reyes Católicos comprendieron bien la gravedad de las prácticas del intrusismo y promovieron la creación del Protomedicado[39]. Ya Alfonso Chirino, médico de Juan II en su obra "Menor daño de la medicina" pedía a las Cortes normas y responsabilidades en el ejercicio de la actuación curativa y Marañón en su libro "La medicina y los médicos" expresa en el capítulo dedicado a la ciencia y a la superstición que "toda la historia del progreso humano se puede reducir a la lucha de la ciencia contra la superstición ..."

Sin embargo, los curanderos no sólo no son perseguidos, sino que reciben visitas de periodistas y son presentados en la radio y la televisión y con el falaz pretexto de que existen otras medicinas y técnicas curativas, pero con el lamentable olvido de que éstas requieren su aprendizaje y exigen titulaciones más o menos oficiales, campan a sus anchas y se hacen incluso propaganda gratuita.

Por lo general, los curanderos se han librado de las mallas de la Ley penal, al no atribuirse la condición de médico o por pretender utilizar procedimientos sobrenaturales -ver al respecto las sentencias, ya añejas, de 26 de septiembre de 1879, 20 de marzo de 1885,20 de marzo de 1891, etc.-.

Los más peligrosos son los que utilizan la superstición ajena y hacen creer a muchos incautos que poseen poderes sobrenaturales en orden a la curación de ajenas dolencias. Sobre una aparente religiosidad, muy mal entendida, se pretende el ejercicio de otra medicina, retrocediendo así al médico-brujo que con su actuación está alejando el verdadero remedio a tales dolientes de médicos y centros hospitalarios.

La actuación curanderil está haciendo mucho daño, aunque los que tendrían que evitar tales desmanes no parece que quieran darse cuenta de lo que está ocurriendo.[40]

[38] Carlos Alonso del Real, "Superstición y supersticiones", Madrid, 1971, pág. 32

[39] Mariano F. Zumel, ob. cit. pág. cit.

[40] José Manuel Martínez-Pereda, ob. cit. pág. 249.

Por eso tenemos que rememorar el texto de 1822, nuestro primer Código Penal, que el único que se preocupó en este punto de la salud de las personas y no equiparó la actuación médica a otras intrusas, por sus efectos.

3.- Tentativas de reforma del Código Penal.

A.- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980.

El capítulo VII del Título IV ("Delitos contra la fe pública") se intitulaba "De la usurpación de funciones, del intrusismo y del uso indebido de trajes, insignias y condecoraciones", (arts. 438 a 441) emplea como rúbrica la voz "intrusismo", que se repetirá en los proyectos posteriores y en el nuevo Código Penal.

El artículo 439, expresaba: "El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título facultativo expedido en España o reconocido por Convenio internacional incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si el culpable se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparado por los títulos referidos, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años".

El párrafo primero era semejante al art. 321, con la diferencia que el Código Penal, vigente a la sazón, hablaba de "título oficial", y aquí "título facultativo", y aquél se refería asimismo "o reconocido por disposición legal o Convenio internacional", y en el Proyecto se decía "expedido en España o reconocido por Convenio internacional".

Lo fundamental es la no coincidencia entre el título oficial y el facultativo, pues aquel es mucho más amplio. La pena en el Código era de prisión menor y en el Proyecto multa de seis a doce meses.

El segundo párrafo resultaba idéntico pero sustituía una pena única por dos penas cumulativas.

B.- Anteproyecto de 1983.

El art. 370, ubicado asimismo en el Título de las falsedades presenta redacción casi idéntica a la del Proyecto precedente, sin más que la alternativa de añadir al título facultativo "o licencia".

La pena es idéntica además en el apartado 1, mientras que en el 2 se suaviza la penalidad de seis meses a dos años, en lugar de tres.

Se sigue manteniendo, que lo que prevalentemente se tutela es la potestad del Estado de expedir títulos que faculten para el ejercicio de determinadas profesiones con las debidas garantías.[41]

Para determinar cuáles son los actos propios de una profesión habría de atenerse a los estatutos de los distintos Colegios Profesionales, los cuales determinan aquellos actos que pueden los colegiados realizar[42]. Entendieron los tratadistas[43] que deben ser protegi-

[41] E. Casas Barquero, ob. cit. pág. 1085.

[42] Enrique Casas Barquero, "Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades del Título III del Libro 11 del Código Penal" en "Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal. Volumen 2. Enero-Diciembre de 1983. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, sin fecha, pág. 1084.

[43] Ibídem.

dos por el precepto no sólo aquellas profesiones que requieran para su ejercicio título académico expedido por una Facultad, sino también cualquiera otro en donde éste no se precise.

El párrafo segundo del precepto, tipo agravado de intrusismo, que comporta que el ejercicio de los actos propios de una profesión, sin el título, se haga de una forma pública, es decir con atribución de la cualidad profesional frente a la colectividad, no bastando que sea frente a una sola persona.[44]

Los capítulos VI "De las usurpación de estado civil y del uso del nombre supuesto" (art. 368) y VII "De la usurpación de funciones, intrusismo profesional y del uso indebido de trajes, insignias y condecoraciones" (art. 369 a 371) del Título XV "De las falsedades" se pretendieron ubicar en un título independiente, por presentar como único criterio común el de ser falsedades personales, consistentes en conductas de atribución de facultades, usurpación de estado y funciones[45]. Asimismo se pretendía una menor casuística y reiterativa regulación de las tipicidades con una mayor simplificación y claridad, en orden al establecimiento de los objetivos de los distintos delitos.[46]

C.- Anteproyecto de Código Penal de 1992.

También dentro del Título XV dedicado a las falsedades, el capítulo V y último se intitulaba "De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo", dedicando los artículos 373 y 374. El art. 374 ya no se refería tan sólo a título oficial, sino académico o facultativo y añadía el requisito de "expedido en España o reconocido por disposición legal o por Convenio internacional". La pena era la misma que la de los textos precedentes.

También el párrafo segundo repetía de forma semejante la literalidad del art. 370, 2 del Anteproyecto de 1983, con la sustitución del responsable por culpable y añadía el adverbio además, respetando la misma penalidad.

El informe del Consejo General del Poder Judicial sobre este Anteproyecto no se ocupó de este tema.

D.- El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992.

Colocaba en el mismo Título XV, "De las falsedades" los ahora artículos 382 y 383. Éste expresaba: "El que ejerciere actos propios de una profesión titulada sin poseer el correspondiente título oficial que habilite legalmente para ello, expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses". El siguiente párrafo añadía: "Si el culpable, además, se atribuyera públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de seis meses a dos años".

Con la misma penalidad del Anteproyecto de 1983, se ha mejorado notoriamente el texto, al añadir a la profesión el calificativo de titulada y mencionarse tan sólo a título oficial y bastando con la expedición o reconocimiento en España de acuerdo con la legislación vigente, sin precisar referirse a disposición legal o Convenio Internacional.

E.- Anteproyecto de Código Penal de 1994.

Dedica los artículos 379 y 380 del Capítulo V y último del Título XV "De las falsedades" y el artículo 380 vuelve a referirse a una profesión titulada y habla de "título académico que habilite legalmente para ello" y en lo demás sigue el texto precedente con idéntica penalidad.

Tampoco el Informe del Consejo General del Poder Judicial descendió sobre este punto.

II.- EL INTRUSISMO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1955.

1.- Introducción.

El Código Penal promulgado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dedica también el Capítulo V -y últimodel Título XVIII "De las falsedades", "De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo", con los artículos 402 y 403 referidos respectivamente a la usurpación de funciones públicas y al intrusismo.

Nos interesa tan sólo el art. 403: "El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.

Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años."

El texto penal contempla dos figuras básicas, la del primer y segundo inciso del precepto y una agravación, común a ambas, en el segundo párrafo del artículo.

El primer delito consiste en ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente...

2.- Examen de los elementos de la infracción del inciso primero del art. 403.

A.- Sujeto activo.

---

[44] José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, ob. cit. pág. 1009. Juan Córdoba Roda, "Comentaros al Código Penal", Tomo 111. Ariel, Barcelona, 1978, págs. 1044 y sigts.

[45] Ibídem. pág. 1090.

[46] Ibídem

Sujeto activo puede ser cualquiera (excepto el poseedor del título).[47]

B.- Conducta típica.

La conducta típica está constituida por ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido de acuerdo con la legislación. El artículo se refiere a título académico, mientras el derogado art. 321 aludía a título oficial. El adjetivo calificativo académico referido al título se presta a equívocos. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la primera acepción es aplicable al filósofo que sigue la escuela de Platón, la segunda, como perteneciente o relativo a la escuela filosófica de Platón, la tercera, como perteneciente o relativo a las academias, o propio y característico de ellas (Diploma, discursos estilo académico), la cuarta nos remite a año académico y es la quinta (existen otras tres más) la que nos interesa: "Dícese de algunas cosas relativas a centros oficiales de enseñanza (curso, traje, expediente, título académico). Ésta es la acepción. Se refiere a un título conferido por un Centro Oficial de Enseñanza.

La utilización en el derogado art. 321 de título oficial se entendía identificada con el título académico, en cuanto se estimaba que acreditaba la superación de un deterruinado ciclo de estudios[48]. Con razón alega Córdoba Roda[49] que título académico equivale a facultativo: "aquel que acredite estudios efectuados en una Facultad o estudios que ostenten un valor análogo a los que se llevan a cabo en Facultades Universitarias". Este autor invoca que si el párrafo 2 de la Base 5 habla de "título académico" en el párrafo 4 de dicha base se alude a "título facultativo" y al título o grado facultativo, lo que indica lo que en el apartado 2 se quería entender por académico, pero que no puede entenderse estrictamente como título de una Facultad, pues quedarían fuera de la tutela penal títulos equivalentes a los de Facultad. O sea, los de Ingeniero o Arquitecto obtenidos de las Escuelas Técnicas Superiores.[50]

En todo caso, lo que no ofrece duda alguna es que no coinciden título académico y oficial. No sólo puede existir título académico no oficial y a la inversa, sino que del propio art. 403 se deduce que el primer inciso se refiere a título académico y el segundo a título oficial y no pueden ser coincidentes pues la conducta en ambos casos es la misma y son castigados con pena diferente ambos supuestos. La conducta típica está en el correspondiente ejercicio de actos de una profesión sin el correspondiente título académico expedido en España o reconocido de acuerdo con la legislación vigente. El título académico puede ser expedido en España; licenciado en Medicina y Cirugía o en Odontología y Estomatología, o puede ser un título extranjero homologado en España.

Por título académico, según lo expresado anteriormente, debe entenderse como el referido a Centro Oficial de Enseñanza nacional o extranjero homologado. No debe equipararse académico a título facultativo, en sentido equivalente a "universitario", ya que existen otros centros de enseñanza superior equiparables a la Universidad y sus Facultades (vg. Escuelas Técnicas Superiores)[51]. Debe entenderse como académico, tanto aquél que acredite los estudios efectuados en una Facultad o estudios que ostenten un valor análogo a los que se llevan a cabo en Facultades Universitarias[52]. Esta interpretación puede estimarse extensiva y hoy obsoleta ante el dualismo del primer inciso del precepto (título académico) y del segundo (título oficial).

Lo que no ofrece duda es que la exigencia del título académico no puede ser suplida por la superación de un concurso, de una oposición o de un concurso oposición.[53]

Con referencia a la normativa anterior, la expresión "título oficial" del art. 321 fue resuelta por el Tribunal Constitucional -sentencia 111/1993, y también 131/ y 200/1993- al señalar que título oficial es título académico, título universitario oficial[54]. Título académico, expedido o reconocido en España, es el título universitario, sea diplomatura, licenciatura o doctorado, y oficial es cualquier otro, conferido o reconocido por el Estado siempre que habilite para el ejercicio de una profesión[55]. Como ha quedado señalado en la sentencia 111/1993, de 25 de marzo, del Pleno del Tribunal Constitucional, sobre una cuestión de inconstitucionalidad referida al art. 321, 1 del Código Penal, hoy derogado, en su aplicación a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria atiende a los antecedentes del precepto, especialmente en la Ley de Bases de 1961 y en la falta del art. 572, l° Y llega a la conclusión que "título oficial" sólo puede ser entendido como "título académico oficial".[56]

Carecen de título, tanto quienes no culminaron con éxito los estudios correspondientes, como los que concluyéndolos felizmente, no han obtenido el título porque se abstuvieron de cumplir los requisitos administrativos o fiscales[57]. Debe entenderse así que comete el delito del actual art. 403 el ejerciente extranjero o nacional con título extranjero aún no homologado o aprobado por la Administración, puesto que, en definitiva, el título académico aún no ha sido reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente y

---

[47] J. L. Manzanares Samaniego, ob. cit., pág. 322.

[48] F. Muñoz Conde, "Derecho Penal. Parte Especial", Tirant lo Blanch. Valencia, 1990, pág. 566, "Las profesiones liberales a que se refiere el art. 321 deben ser aquellas que requieren el correspondiente título oficial". Rodríguez Mourullo, ob. cit., pág. 18.

[49] Ob. cit., pág. 1047.

[50] Ibídem

[51] J. L. Manzanares, ob. cit. pág. 323.

[52] Córdoba Roda, ob. cit. pág. cit. J. L. Manzanares, ob. cit. pág. cit.

[53] Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 19. J. L. Manzanares, ob. cit. pág. cit.

[54] T. S. Vives Antón, "Comentarios al Código Penal de 1995", Volumen 11 por Enrique Orts Berenguer, pág. 1771, Valencia, 1995.

[55] Ibídem, pág. 1773.

[56] Ver al respecto Paz Lloria García, "El concepto de título oficial en el delito de intrusismo. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 111/93, de 25 de marzo" en "Cuadernos Jurídicos". Año 3, núm. 23. Octubre de 1994, págs. 50 y sigts.

[57] J. L. Manzanares, ob. cit. pág. 324

el sujeto está ejerciendo actos propios de una profesión que requiere el reconocimiento del tal título en España. Cuestión diferente es que se estime desaparecido el delito cuando el sujeto se encuentre en posesión del resguardo acreditativo de haberse cumplido todas las formalidades de la solicitud.[58]

Lo que no resulta correcto es, en un afán destipificador de conductas, estimar que "sin poseer el correspondiente título" es equivalente a "sin poseer las condiciones" -aprobación de estudios- que garantizan la expedición del correspondiente título[59]. Como señala Manzanares[60] otra cosa sería si se entendiese que el delito de intrusismo no va dirigido contra la Administración (sino, p. ej. contra la sociedad) pero ello choca contra la jurisprudencia y la Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1930.

En el caso de que el titulado continuara ejerciendo actos de la profesión tras haber sido condenado judicialmente o incluso sancionado de forma disciplinaria con inhabilitación o suspensión, parece que no existiría delito de intrusismo, pues la sentencia priva de la facultad del ejercicio, pero no afecta al propio título y habría quebrantamiento de condena en caso de suspensión o inhabilitación judicial.[61]

La mayoría de la doctrina entiende que no se quebranta la exclusiva facultad del Estado o de la Administración en la expedición de títulos.[62]

Problema de interés es el de la delimitación de los "actos propios de una profesión" y debe entenderse por tales, con Córdoba Roda[63] "aquéllos cuya realización es atribuida por el ordenamiento jurídico positivo, única y exclusivamente a los individuos de determinadas profesiones", aunque con la matización obligada de que pueden existir actos comunes a dos o más profesiones[64]. Los médicos se hallan facultados para realizar los actos propios de la profesión de ayudantes técnico sanitarios.[65]

En todo caso, el acotamiento de tales actos debe realizarse atendiendo al ordenamiento jurídico positivo, pero debiendo atenerse a la totalidad del mismo, por lo que puede hablarse de un tipo penal más o menos abierto[66]. La doctrina jurisprudencial se ha referido a "norma penal en blanco" y en estos casos la normativa extrapenal se aplicaría en favor del reo, en su caso[67]. Cuando en ocasiones falte la relación exhaustiva de los actos propios de la profesión y queden en el aire algunas directrices o indicaciones generales será obligado actuar "conforme a intereses objetivos de valoración de validez general en el ámbito social"[68]. Las reglamentaciones de los Colegios Profesionales contienen, normalmente, un catálogo de actos propios de la profesión y en caso de que no sea así debe acudirse a criterios objetivos de validez general en el ámbito social.[69]

Al no exigirse habitualidad en el precepto, es suficiente con un acto único de la profesión, entendiendo la doctrina que la plural locución "actos propios ..." (también en el derogado 321) no impide tal resultado interpretativo. Ello no empece a que en relación a determinadas profesiones se exija la habitualidad por exigencia de sus propios preceptos o por dependencia con su normativa reglamentaria (gestores administrativos y Agentes de la Propiedad Inmobiliaria)[70]. Pero en contraste, la repetición de actos propios de una profesión no conlleva una pluralidad delictiva[71], lo que supone una ventaja del delincuente al por mayor y hace igual al que realiza un acto que al que realiza mil. Se ha repetido que el delito de intrusismo es eventualmente habitual porque basta un solo acto y la pluralidad no origina el concurso[72]. Así también lo ha entendido la jurisprudencia (ver sentencias de 3 de octubre de 1980 y 26 de febrero de 1981).

C- Sujeto pasivo.

Sujeto pasivo es la Administración Pública, estatal o autonómica, en su caso. Es minoritaria entre nosotros la posición que estima sujetos pasivos a la sociedad y a los colectivos profesionales, como hace Luzón Cuesta.[73]

D. - Elemento subjetivo.

En cuanto al elemento subjetivo de la infracción, se discute si el delito admite comisión culposa. Tema hoy irrelevante desde el momento en que el nuevo Código sigue el sistema **de crimina cnlposa** y no existe figura imprudente del delito. Sólo es posible la comisión dolosa[74]. Si el sujeto creyera erróneamente -con error invencible- que tiene derecho a ejercer determinados actos profesionales sin título, existirá un error de prohibición que debe tratarse conforme a lo dispuesto en el art. 14,3.[75]

La jurisprudencia se ha inclinado por rechazar las formas culposas de intrusismo.

---

[58] Díaz Valcárcel, ob. cit. pág. 126. Córdoba Roda, ob. cit. pág. 1053. Manzanares Samaniego, ob. cit. pág. cit.

[59] Luzón Peña, ob. cit. pág. 681.

[60] Ob. cit. pág. cit.

[61] Manzanares, ob. cit., pág. últ. cit.

[62] Rodríguez Mourullo, ob. cit. págs. 37 y 38. Díaz Valcárcel, ob. cit., pág. 127.

[63] Ob. cit. pág. 1047.

[64] Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 24.

[65] J. L. Manzanares, ob. cit. pág. 325.

[66] Ibídem.

[67] Ibídem.

[68] Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 27.

[69]) F. Muñoz Conde, "Derecho Penal. Parte Especial", 11ª ed. puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996, pág. 612

[70] J. L. Manzanares, ob. cit. pág. 326.

[71] Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 31. Córdoba Roda, ob. cit. pág. 1051. E. Orts Berenguer, ob. cit. pág. 1772.

[72] Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 32.

[73] Ob. cit. pág. 687 y 688.

[74] F. Muñoz Conde, ob. cit. ú1t. pág. 612

[75] Ibídem.

También se ha señalado la posibilidad del delito provocado que puede desencadenar la absolución, como ocurre en la sentencia de 10 de octubre de 1991, referida a la práctica de la odontología.[76]

E.- Vida del delito.

Con referencia a la vida del delito hay que destacar que, por tratarse de una infracción de mera actividad, no resulta posible la frustración, aunque la doctrina haya estimado posible la tentativa. Manzanares cita la sentencia de 7 de febrero de 1966 referente a una mujer sorprendida en domicilio ajeno cuando se disponía a realizar actos propios de odontólogo, portando el instrumental necesario y añade que deben ser excluidos los actos previos, tales como anunciarse como médico o preparar la apertura de una consulta.[77]

F.- Participación.

El tema de la participación no parece presentar dificultades, habiendo estimado la jurisprudencia, la inducción y complicidad. Plantea Córdoba la participación del destinatario de los servicios por el intruso, lo cual ocurrirá tan sólo en el supuesto de que conozca la falta de titulación de quien los realiza[78]. Sin embargo, no faltan opiniones que suponen una matización, entendiendo que la potestad administrativa tutelada supone una protección a los ciudadanos y la acción protectora se dirige al destinatario y no cabe considerarle partícipe[79]. No puedo estar acorde con tal argumentación en base al bien jurídico protegido por la infracción, que no es el interés de los particulares afectados, sino el público o estatal de la potestad conferidora de títulos o su reconocimiento por la Administración Pública. De mayor recibo me parecen las razones de política criminal que se aducen.[80]

G.- Concurso de infracciones.

El concurso y tratándose de intrusismo sanitario plantea el problema de las lesiones o muerte provocadas. Habría que aplicar aquí, en su caso, los respectivos tipos culposos de homicidio, aborto, lesiones o lesiones al feto.

Las sentencias de 31 de marzo de 1971 y 28 de septiembre de 1992 han estimado la concurrencia del delito doloso de intrusismo con infracciones culposas.

Es concebible el concurso ideal o real de la falsedad documental y la usurpación de funciones, según sea o no instrumento necesario para el segundo delito. Otra opción sería traer al concurso el subtipo agravado de intrusismo, toda vez que la atribución pública de título profesional no requiera la atribución de título falsificado.[81]

Problema más interesante es el concurso con la estafa, habida cuenta que el intrusismo no exige percibo de precio alguno, como ha repetido con frecuencia la jurisprudencia. La sentencia de 18 de mayo de 1991 ha estimado que se trata de dos hechos que lesionan diferentes bienes jurídicos, aunque la doctrina recoge que la percepción de honorarios constituye un acto propio más de los verificados por el intruso, siempre que su cuantía se encuentre dentro de la razonable y admitida en la profesión de que se trate. Así se han pronunciado diversas resoluciones de la Sala 11 del Tribunal Supremo (ad exemplum, sentencias de 24 de marzo de 1988, 5 de mayo y 10 de junio de 1992).

De todos modos el tema resulta confuso en la doctrina jurisprudencial, pues mientras permite la compatibilidad de las infracciones la de 1 de diciembre de 1970, la de 14 de febrero de 1959 sigue el criterio contrario. En general, el Tribunal Supremo declara que la consunción sólo opera cuando los honorarios percibidos sean los acostumbrados en la profesión, en otro caso exige una pluralidad de acciones y que la acción del intruso presente sustantividad propia.

Finalmente la sentencia de 18 de mayo de 1991 desplaza el problema hacia el concurso de leyes.[82]

H- Faz negativa de la antijuricidad.

Debe mencionarse el estado de necesidad, de aplicación en la actividad sanitaria en intervenciones de urgencia[83]. Ni la legítima defensa aludida por algún autor es predicable en ausencia de una agresión ilegítima y en cuanto a la obediencia debida, aparte de su naturaleza de causa de inculpabilidad, ha sido denegada por la sentencia de 1 de julio de 1987 con relación al ejercicio ilegal de la Odontología en una clínica dental.

I.- Jurisprudencia anterior aplicable.

Jurisprudencia anterior de aplicación y referida al ámbito sanitario merece citarse: "No tienen validez en España los títulos de Naturópata y Onteópata expedidos por el Instituto Anglo-Americano de Inglaterra -sentencia de 2 de julio de 1966 ni tampoco el de "Dottore Naturopata" expedido en el extranjero -sentencia de 23 de enero de 1984-, intrusismo en actos médicos -sentencias de 7 de marzo de 1983, 23 de enero de 1984,31 de octubre de 1986 y 14 de diciembre de 1992-.

J.- Penalidad.

El nuevo texto sanciona estas conductas con multa de seis a doce meses, ya que el Código Penal atiende para su fijación al señalamiento de días de multa, oscilando la cuota diaria entre doscientas pesetas y cincuenta mil (art. 50).

---

[76] Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 46. Córdoba Roda, ob. cit., pág. 1057.

[77] Ob. cit. pág. 328.

[78] Ob. cit. pág. 1058.

[79] Rodríguez Mourullo, ob. cit. pág. 48.

[80] Manzanares, ob. cit. pág. 329.

[81] Ibídem.

[82] José Antonio Choclan Montalvo "Intrusismo con ánimo de lucro y estafa" en "Actualidad Penal" n° 17/22, de 28 de abril de 1996, págs. 300 a 302.

[83] J. L. Manzanares, ob. cit. pág. 327.

K. - Responsabilidad civil.

Nada empece la no condición de sujetos pasivos del delito en el destinatario del intrusismo, ni en el Colegio Oficial o Corporación profesional para que puedan ser perjudicados por la infracción.[84]

El actual art. 113 señala que la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá "no sólo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros".

3. - A. Examen de la infracción del inciso segundo del art. 403.

El que ejerciere actos propios de una profesión y no estuviere en posesión del título exigido para tal actividad profesional que acredite la capacidad necesaria y habilite legalmente para su ejercicio es sancionado con la pena de multa de tres a cinco meses. Estima el legislador más grave la carencia de título académico que la del profesional habilitante. El sujeto activo de esta infracción tiene que estar en posesión del título académico pues, en otro caso, se aplicaría el inciso precedente de más gravedad (art. 8, 4°). No es bastante con que la práctica de determinada profesión se practique por quien haya cursado estudios adecuados y conseguido el título académico, es preciso que ciertas profesiones sólo puedan ser desarrolladas por personas idóneas para ello y la única forma de lograr esa idoneidad es mediante algún tipo de control y es el Estado el que se ha atribuido la exclusiva de otorgar los títulos precisos con la realización de los estudios requeridos y superación de las pruebas marcadas.

En realidad el artículo 321 comprendía unitariamente los dos incisos del actual art. 403.

Un médico no especialista no puede dedicarse de forma continua al diagnóstico y tratamiento de enfermedades incluidas en el cuadro de especialidades médicas -sentencia de 13 de junio de 1990-.

Con el título de licenciado en Medicina no se habilita para ejercer actos propios de la profesión de odontólogo -sentencias de 12 y 19 de marzo y 2 de octubre de 1990- porque para tales actos se precisa el título de Odontólogo o de Médico estomatólogo -sentencia de 5 de febrero de 1993-.

Aquí se tipifica el intrusismo en las profesiones que requieren un título oficial, que no equivale exactamente al título académico, pero que se requiere para el ejercicio de determinadas profesiones y con ello se pone fin a la polémica surgida con relación al Código Penal anterior si por título oficial había que comprender tan sólo el académico.[85]

Respecto al ejercicio de especialidades, la cuestión es más discutible[86], aunque el intrusismo puede cometerse también entre profesionales, cuando los de una profesión o especialidad invaden la de otra.[87]

B.- El problema de los médicos especialistas sin título oficial o sin título homologado.

La Ley de 20 de julio de 1955 reguló las especialidades médicas, desde el triple aspecto significado en la denominación de la norma: enseñanza, título y ejercicio de las especialidades[88]. Mas dicha normativa fue derogada por la Ley de Ordenación Universitaria de 4 de agosto de 1970 que la mantuvo con carácter de reglamento, lo que perdió incluso por la Disposición Derogatoria del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, que recoge en su art. 10 que "el título de Médico Especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía, será obligatorio para utilizar de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación. En el Ministerio de Sanidad y Consumo existirá un Registro Nacional de Médicos Especialistas y de Médicos Especialistas en formación".

La entrada en nuestro ordenamiento de las Directivas 86/457 y 93/16 que al exigir la especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria, determinó la publicación del Real Decreto 931/1995, de 9 de junio, sobre acceso a tal especialidad y cuya Exposición de Motivos parte de la vigencia del Real Decreto 127/1984, que requiere la posesión de la especialidad para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos en instalaciones públicas o privadas con tal denominación[89], ha reiterado la anterior exigencia.

Pero los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social han desconocido tal exigencia y han dado interinidades en sus Centros de asistencia, así jerarquizados como abiertos y en el Pacto suscrito el 17 de julio de 1990 entre la Administración Sanitaria del Estado y los Sindicatos C.C.O.O. y C.S.I.F.. se acordó con referencia a la cobertura de plazas de Pediatras en Atención Primaria, que "... en el supuesto de no encontrar Pediatras para su contratación, en el marco de las disponibilidades presupuestarias y de plantilla se contratarán Médicos de Medicina General hasta la cobertura definitiva de plaza de Pediatra" (ver Resolución de 10 de agosto de 1990).[90]

---

[84] Ibídem, pág. 331.

[85] F. Muñoz Conde, ob. cit. últ. pág. 612.

[86] Ibídem

[87] Vázquez Iruzubieta. "Código Penal comentado", 1996, pág. 552.

[88] José María Martín Correa, "Breves consideraciones sobre la valoración iuslaboralista de las especialidades médicas en relación con los servicios sanitarios de la Seguridad Social" en "Actualidad Laboral" n° 26/24 de 30 de junio de 1996, pág. 498.

[89] Ibídem, pág. 498.

[90] Ibídem.

Toda esta política ha determinado que el 61 por 100 de los médicos licenciados en España entre 1980 y 1995 carece de título especialista, según el único estudio sobre médicos españoles sin título homologado realizado bajo los auspicios de la Organización Médica Colegial, con recogida censal de todas la Comunidades Autónomas, excepto Cataluña y Madrid con la terrible conclusión de que en los quince años señalados, de los 99.836 licenciados (casi cien mil), nada menos que 61.403 carecen de cualquier título de especialidad, frente a los 38.433 que la poseen[91]. Supone, por cierto el 61'50 de galenos sin título de especialidad, mientras los poseedores alcanzan el 38,49 del total.

En España el sistema de concesión de títulos de especialistas médicos se realiza por el sistema del MIR, a través de las plazas designadas y provistas presupuestariamente por los Ministerios de Educación y de Sanidad, pero las plazas convocadas cada año no consiguen eliminar la ingente cantidad de médicos que no logran alcanzar la especialización oficial. La nueva especialidad de Medicina Familiar y Comunitaria con el procedimiento de acceso establecido por el Real Decreto 931/1995, de 9 de junio, no ha supuesto sino una gota de agua en el océano. El resultado de todo ello es un remanente de profesionales abocados al paro, trabajo en la ilegalidad o precariedad de la interinidad.

En diversas ocasiones la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha declarado la legalidad del cese del interino para contratar al especialista. (Ver sentencias de 22 de diciembre de 1995 y 21 de mayo de 1996). Aunque es a partir de 1990 cuando se puede detectar una mínima atención a la Especialidad Médica, porque en los nombramientos de Médicos interinos, la Administración de la Seguridad Social inicia la introducción de una cláusula en que se establece como otra causa más de extinción de la interinidad, la posibilidad de ocupar la plaza, también interinamente, por un Facultativo con Especialidad y no sólo se introduce dicha cláusula, sino que se intenta actuar y se acuerda el cese por su concurrencia.[92]

La realidad es que numerosos licenciados han prestado durante años y prestan servicios a la Administración Sanitaria que les contrató para ocupar plazas de especialistas a falta de titulados. Oftalmología, Pediatría y Ginecología han sido las especialidades en las que la Administración ha solido contratar frecuentemente a simples licenciados en Medicina para ocupar plaza a falta de titulados. Pero no sólo en estas especialidades.

Según el primer estudio oficial promovido por la Organización Médico Colegial sobre Médicos Españoles sin título Homologado (Mestho) a nivel nacional, el perfil es el de un médico entre 36 y 40 años, en paro o trabajando como interino en el sector público y en las especialidades quirúrgicas aparecen 6.017 mesthos, así como 42.392 a especialidades médicas y los 1.200 restantes no han podido definirse.[93]

Como nadie, al parecer, ha dudado de la calidad de sus servicios para resolver el problema de la falta de titulación, se aprobó el Real Decreto 1776/1994, que estaba destinado a conceder el título bajo el cumplimiento de ciertos requisitos a quienes no hubieran cursado la especialidad vía MIR. Pero tal norma se aprobó bajo importantes presiones que mediatizaron su pretendida amplitud y ello provocó su impugnación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo[94], donde se encuentra aún pendiente de fallo y puede pronosticarse un plazo de dos años. No es un secreto a voces que el Ministerio de Educación ha sido notoriamente restrictivo en la admisión de expedientes para el otorgamiento de títulos al amparo del Real Decreto citado.

La publicación del nuevo Código Penal y su posterior entrada en vigor ha motivado graves repercusiones laborales. Existe un proceso penal pendiente iniciado por el Juzgado de Instrucción n° 2 de Ceuta contra un ex gerente del Hospital de la Cruz Roja por contratar a un licenciado para desempeñar interinamente la plaza de especialista y un nombramiento ilegal, e incluso la propia falsedad por consignar en los datos del interino que posee la titulación exigida.[95]

Rememoremos que no es el nuevo Código Penal, sino normas extrapenales como el art. 1 del Real Decreto 127/1984 las que hacen obligatorio el título de Médico Especialista "para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas". No es por ello novedad del Código vigente porque también el art. 321 del derogado, bajo la referencia de "título oficial", lo aplicó señalando que un médico no especialista no puede dedicarse de manera continua al diagnóstico y tratamiento de enfermedades incluidas en el cuadro de especialidades médicas -sentencia de 13 de junio de 1990-. Lo que ha hecho el nuevo Código ha sido separar el intrusismo del carente del título académico -título de médico- y el oficial -de especialista- haciendo más grave aquella conducta. Pero no cabe duda de que se ha extendido el pánico entre los gestores públicos que han procedido a ceses en varias Comunidades Autónomas donde se había pactado cierta estabilidad laboral mientras se resolvía su situación administrativa.

Se dijo que la Organización Médica Colegial iba a solicitar al Ministerio de Justicia y al Consejo General del Poder Judicial una tregua en la aplicación de los artículos del nuevo Código Penal que están provocando el cese de especialistas sin título (sic),[96] con lamentable olvido de que una vez la Ley -en este caso Orgánica- se

---

[91] "Diario Médico" de 2 de octubre de 1995, pág. 6.

[92] José María Marín Correa, ob. cit., pág. 498. Ver también "Diario Médico" de 24 de abril y 24 de junio sobre dichas resoluciones, así como el de 30 de abril del mismo año, en que éste compañero de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo hizo declaraciones al respecto.

[93] "Diario Médico" de 2 de octubre de 1995, pág. 6.

[94] "Diario Médico" de 26 de mayo de 1995.

[95] "Diario Médico" de 6 de julio de 1996, pág. 7.

[96] Declaraciones del Presidente de la Organización Médica Colegial en "Diario Médico" de 8 de julio de 1996, pág. 6.

apruebe por el Parlamento, se publique y entre en vigor, los Jueces y Tribunales no tienen más remedio que aplicarla y si no lo hacen, prevarican e incurren en grave responsabilidad delictiva. Lo que sí es cierto es que ha sido la Administración la que ha creado el problema, admitiendo a unos compañeros que han ido solucionando la asistencia y ahora consiente que sean eliminados por intrusos".[97]

La división entre dos organizaciones de los propios interinos ha favorecido la reticencia de la Administración en otorgar soluciones. Una se denomina MESTO (Médicos especialistas sin título oficial) y aunque de ámbito nacional tiene su origen en Cataluña y fue la primera que aportó datos a la Administración sobre su situación real[98] y agrupa exclusivamente a médicos de atención especializada (hospitales). La otra se denomina MESTHO (Médicos españoles sin título homologado) y reúne asimismo a los médicos de primaria. Parece que por fin se han decidido a negociar juntas con la Administración, gracias a la mediación, nunca ponderada, de la Organización Médica Colegial.[99]

Fue preciso para agilizar el tema de los no especialistas la creación de una Comisión Mixta de los Ministerios de Sanidad y Educación[100], porque la lentitud o desidia del Ministerio de Sanidad aparecía patente, habida cuenta que los primeros datos del colectivo MESTO se le entregaron en 1994 y empezó a elaborar un censo propio a partir de marzo de 1996[101]. Lo que no debe silenciarse es que los trabajos avanzaron con toda rapidez y parecen estar completados.[102]

Otros datos pueden aducirse. Al detectarse por la Sociedad Española de Cardiología la presencia de "mesto s" en su especialidad, se pretendió una solicitud de aumento de plazas en el MIR, pero ello daba un tufillo a "caza de brujas" y provocó la censura de la Federación de Asociaciones CientíficoMédicas de España.[103]

Pero en general existe actualmente un clima casi general de simpatía hacia los mestos y al problema que sufren, así como el reconocimiento a los servicios que prestan o han prestado y la necesidad de concederles una salida justa. Así los mestos y el Colegio de Médicos de Valencia llegaron a un acuerdo con la mayor parte de las sociedades científicas de la Comunidad Valenciana para que éstas avalasen los expedientes de los profesionales que reunieron la suficiente formación para acceder al título de la especialidad[104], pero la Federación de Asociaciones Científico-Médicas de España (FACMA) no apoyó tal iniciativa porque la proliferación de respaldos locales podría amenazar la homogeneidad en la calidad de tal reconocimiento[105], sugiriendo que fuese la Organización Médico Colegial la que asumiese el papel a nivel nacional, lo que fue acogido por OMC.[106]

También las Administraciones Sanitarias de Cataluña y Andalucía han exigido el título para los mestos que consideran suficientemente formados a través del mero ejercicio de la especialidad[107] y Canarias se ha comprometido a mantenerlos en la red pública.[108]

El Presidente de la Real Academia de Medicina propuso otorgar a los mestos "títulos de cualificaciones especiales", no equiparables al logrado a través del MIR, pero que les permitieran ejercer de manera legal a dichos profesionales. La reacción de los mestos no fue muy homogénea. Mientras que el representante de Madrid afirmaba que aunque no era una solución ideal resolvía el problema más urgente: el de trabajo, uno de los autores del censo Mesto no estaba de acuerdo y resultaba la propuesta un parche por su carencia de homologación en Europa y una representante de los mesthos expresó su tristeza por tratarse de una propuesta de los médicos y pese a sus buenas intenciones "es un planteamiento de racismo" (sic)[109]. El propio Ministerio de Sanidad, por boca del Director General de Ordenación Profesional, señalaba que no se descartaba ninguna posible solución[110] y Segovia de Arana, Presidente del Consejo Asesor del Ministerio de Sanidad, propuso un título profesional que permita el desempeño de la plaza sin problemas legales, ciñéndose dicho título a la plaza ocupada y sometiéndose asimismo a un plazo de reciclamiento.[111]

Los Presidentes de varias Comisiones Nacionales de Especialidades del Ministerio de Sanidad y encargados de la revisión de los expedientes de titulación que más "mestos" concentran (Oftalmología, Ginecología y Pediatría) se han mostrado partidarios de ofertar a estos médicos formados al margen del MIR una prueba que les sirva para demostrar su preparación y poder conseguir el título oficial. Tal posibilidad no está contemplada en el Real Decreto 1776/1994, pero se pretende aplicar a los "Mestos" la misma medida que disfrutan los extranjeros con título no homologado.[112]

Después de este largo recorrido sobre la situación de mestos y mesthos hay que hacer algunas consideraciones sobre el segundo inciso del párrafo primero del artículo 403 del vigente Código Penal. No se trata de que los mesthos vayan a ir a la cárcel por intrusismo, como pretende victimalmente el Presidente del Grupo

---

[97] Ibídem

[98] "Diario Médico" de 5 de mayo de 1994.

[99] "Diario Médico" de 9 de julio y 16 de septiembre de 1996.

[100] "Diario Médico" de 6 y 24 de junio de 1996.

[101] "Diario Médico" de 8 de marzo de 1996.

[102] "Diario Médico" de 12 de julio de 1996.

[103] "Diario Médico" de 3 de junio de 1996.

[104] "Diario Médico" de 8 de marzo de)996.

[105] "Diario Médico" de 11 de marzo de 1996.

[106] "Diario Médico" de 12 de marzo de 1996.

[107] "Diario Médico" de 17 de julio de 1996.

[108] "Diario Médico" de 15 de marzo de 1992.

[109] "Diario Médico" de 5 de febrero de 1996.

[110] "Diario Médico" de 9 de febrero de 1996.

[111] "Diario Médico" de 8 de julio de 1996.

[112] "Diario Médico" de 18 de septiembre de 1996. Tengo que hacer aquí expresamente mi reconocimiento y gratitud a Don Carlos Gil de "Diario Médico" por su aportación de todos los datos precedentes.

de Trabajo Mesthos-OMC, pretendiendo que el nuevo texto punitivo va a solucionar los problemas, precipitando las cosas a todos presos o todos absueltos y pretendiendo que las autoridades tengan que cubrir los servicios de urgencia[113]. Ello resulta exagerado. En primer lugar porque el delito está castigado con pena de multa de tres a cinco meses y como la cuota diaria se mueve de 200 a 50.000 pesetas, según el art. 50, 4, la multa podría no sobrepasar las veinte mil pesetas y tal suma se la pueden imponer en tráfico por una infracción cualquiera. En segundo lugar, porque a mi parecer la mayoría de los médicos de estos colectivos tendrían que ser juzgados con la apreciación de un error de prohibición (art. 14, 1) o de tipo (art. 14, 3) y concurriría un estado de necesidad propio en cuanto a la propia subsistencia y trabajo y general en cuanto a la asistencia sanitaria a los pacientes (art. 20, 5°).

Ello no significa, que no constituya delito el ejercicio de una especialidad médica sin poseer el correspondiente título oficial, porque el Código Penal de 1995 sanciona igualmente, si bien con penas distintas el ejercicio profesional sin título académico, cuando éste es preciso, como sin título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para ello.

Por lo demás, ya bajo el texto precedente se sancionaron estas conductas. Veamos, además, las normas extrapenales constituidas por la Ley de 20 de julio de 1955 reguladora de las especialidades médicas y el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, que llevan a estimar obligatorio tanto para la utilización de la denominación de Médico Especialista, para el ejercicio de la profesión con tal carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos e instituciones públicas o privadas con tal denominación.

Por ello Alonso Olea, Catedrático de Derecho del Trabajo y Asesor de la anterior Ministra de Sanidad, repetía que "es rigurosamente falso que el médico general pueda ejercer como especialista". Añade también: "La lex **artis** viene determinada por la titulaciones, que son las que determinan las capacidades que cada médico debe tener. Existe una sentencia del Tribunal Supremo que dice, anacrónicamente, en una jurisprudencia mal fundada y defectuosa, que el licenciado lo es en medicina y cirugía y que, por consiguiente, el médico licenciado puede hacer cualquier intervención".

"Esto es rigurosamente falso hoy por más que la colegiación sea común para todos, puesto que el sistema de titulaciones es muy variado, muy complejo y puesto que para todos los puestos públicos y privados no basta con la titulación general, sino con la de la especialidad de que se trate, lo que hace de la carrera de medicina la más compleja, la más larga y la más costosa del país".

"Para ser cirujano o cardiólogo, como para la mayoría de las especialidades, hacen falta cinco o seis años más de formación en la especialidad".[114]

A todo ello debe añadirse la titulación exigida por las directivas europeas para el ejercicio de las especialidades médicas (Ver Directiva 86/457, refundida en la 93/16, la 75/363 y la 81/1057) y la sentencia del Tribunal Constitucional que confirmó la condena a un médico general que ejercía como estomatólogo, que recoge que si generalmente se había entendido que los licenciados podían ejercer libremente, sin anunciarse como especialistas, la profesión médica concebida como una sola, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo lo rechazó abiertamente, en una línea jurisprudencial consolidada, que se inició el 18 de octubre de 1969. No debe olvidarse que la base del recurso consistía en que el Real Decreto 127/1984 carecía de rango de Ley para regular las especialidades, pero el Tribunal Constitucional recuerda al respecto la Ley de Especialidades Médicas de 1955.

No obstante otros autores se han basado en el carácter de norma reglamentaria del Real Decreto 127/84 y la exigencia de la reserva de Ley[115], pero a mi parecer este asunto está ya resuelto.

4.- La agravación común a ambas figuras delictivas.

El segundo y último párrafo del art. 403 del Código Penal señala que "si el culpable, además se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años".

La exigencia relativa a que la atribución de la cualidad profesional se haga públicamente (mediante anuncios, etc.) vuelve a relacionar este delito con la fe pública, no siendo suficiente que el sujeto se atribuya tal cualidad frente al particular, el cliente, por ejemplo, que puede ser sujeto pasivo de un delito de estafa.[116]

Pero la simple arrogación de esta cualidad profesional, no acompañada de la realización de actos propios de la misma, no tiene cabida en el citado precepto, aunque sí en la infracción venial tipificada en el artículo 637.[117]

Se exige una ostentación pública de la condición profesional, pero sólo alcanza esta infracción, si se efectúa conjuntamente con la actuación intrusa[118]. Tal atribución pública tiene lugar de manera ostensible, notoria y manifiesta de quien se presenta a los demás como miembro de dicha profesión -sentencias de 30 de mayo de

[113] "Tribuna Médica", 17 a 23 de junio de 1996.

[114] "Diario Médico" de 15 de noviembre de 1995, pág. 6.

[115] Ricardo de Lorenzo "¿Delito de intrusismo entre especialistas?" en "Madrid Médico". Boletín del Colegio de Médicos de Madrid. Octubre de 1996. También tengo que rememorar aquí su magnífico Informe sobre legislación española y de la Unión Europea sobre titulación y ejercicio de las especialidades médicas, a solicitud del Grupo de Trabajo Mesthos en septiembre de 1996, aunque llegue a conclusiones distintas de las aquí señaladas.

[116] F. Muñoz Conde, ob. cit., pág. 613.

[117] E. Orts Berenguer, ob. cit., pág. 1773.

[118] Vázquez Iruzubieta, ob. cit., pág. 553.

1975, 28 de septiembre de 1982 y 14 de marzo de 1987- [119]. Es suficiente, sin embargo, la potencialidad falsaria de la atribución sin que sea imprescindible que el cliente que acude al intruso haya resultado confundido y crea por ello que se encuentra ante un profesional auténtico.[120]

Pero debe hacerse una observación sobre la redacción deplorable de este segundo párrafo del artículo 403, pues debería hablar en plural de "los títulos referidos" (el académico y el oficial). Por otra parte, ello es grave defecto del Código, que unifica la pena en las dos figuras agravadas, pese a que se construyen sobre tipos básicos de diferente entidad.[121]

5.- La infracción venial del artículo 637 del Código Penal.

Característica de la nueva regulación es la desaparición de la falta del artículo 572 del anterior Código Penal: "Será castigado con la multa de 10.000 a 100.000 pesetas el titulado o habilitado que ejerciere la profesión sin hallarse inscrito en el respectivo Colegio, Corporación o Asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito". La desaparición de tal figura resulta más llamativa debido a la constitucionalidad de esta sanción penal a la falta de colegiación que fue reconocida en la sentencia 74/1994, de 14 de marzo del Tribunal Constitucional.

Esta normativa del nuevo Código Penal sólo sanciona como delito venial en el artículo 637 al que "se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea". La pena es de arresto de uno a cinco fines de semana o multa de diez a treinta días.

La atribución misma de la cualidad profesional ha de estar amparada por un título académico -y sólo académico- que no se posea y ello supone una falta contra el orden público[122]. Por ello no resulta exacto, como se ha afirmado alguna vez que tanto en el delito como en la falta el tipo legal requiere que la atribución sea de cualidad de profesional, como atribuirse la cualidad de Doctor en Medicina, o Doctor en Derecho, porque no constituyen profesiones[123], porque si ello es cierto con respecto al último párrafo del artículo 403, no con relación a la falta del artículo 637, que expresamente se refiere a "profesión amparada por un título académico".

III. CONCLUSIÓN

Tenemos que reconocer que el bien jurídico protegido en las figuras penales del intrusismo no es otro que el interés público, que se respete la exclusiva potestad administrativa para expedir títulos que capaciten para el ejercicio de determinadas profesiones[124]. Pero en la regulación actual, cualquier usurpación de un título académico o de un título oficial que acredite la capacitación habilite para el ejercicio, comporta la misma pena en cada caso. No se distingue entre las diversas actividades que amparan los títulos, que pueden ser muy diversas y en las que el intrusismo puede presentar consecuencias hasta diferentes. Con acierto, a mi juicio, nuestro primer Código Penal distinguió el intrusismo médico y lo separó de los demás. Resulta incongruente pretender que toda la población tenga una cobertura sanitaria y luego permitir que campen libremente los pseudomédicos, los curanderos, brujos y charlatanes que engañan a los pobres dolientes e impiden que la actuación sanitaria les ayude.

Poner el acento en este bien jurídico no es suficiente, ya que el derecho exclusivo del Estado a otorgar o reconocer títulos académicos y profesionales no es un derecho abstracto, sino que con tales títulos se satisfacen necesidades sociales.

El tema de los médicos no titulados y ejercientes como especialistas en la sanidad pública y privada es muy grave y no puede ser resuelto por la criminalización a través del Código Penal. Ha sido provocado, mantenido y tolerado por la Administración sanitaria y ella debe resolverlo con criterios racionales y de equidad.

La publicación de un Código Penal con la tipicidad del art. 493 donde se destaca la dicotomía título académico-título oficial, cuando más de 60.000 galenos se encuentran en la ilegalidad es un alarde de irresponsabilidad al que nos tienen acostumbrados los autores de este nuevo texto punitivo, que parece que hace agua por todas partes. Cuando esto escribo, se le señalan por doquier lagunas en la tutela de los menores, especialmente en el tema de la corrupción[125], y los tratadistas constantemente le proclaman sus defectos.

Con independencia de ello, la Administración sanitaria tiene que resolver este problema de mestos y mesthos, porque es un tema de justicia. Lo que ahora ya no es admisible es que después de la entrada en vigor del Código cierre los ojos a la situación creada, o la utilice como arma de despido. Este es un tema urgente que tiene que ser resuelto, para legalizar la actuación de tantos interinos y evitarle s las multas de la Ley penal.

Finalmente, creo que la supervisión de la falta del artículo 572 del texto anterior no ha sido un acierto. Dicha falta sancionaba con multa de 10.000 a 100.000 pesetas al "titulado o habilitado que ejerciere su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo Colegio,

---

[119] E. Orts Berenguer, ob. cit., pág. cit.

[120] Ibídem.

[121] J. L. Manzanares Samaniego, "El intrusismo médico en el Nuevo Código Penal", Conferencia pronunciada en las "Jornadas de Derecho y Medicina" organizadas por el Sindicato Profesional de Médicos, en Las Palmas de Gran Canaria, abril, 1996.

[122] Ibídem.

[123] Vázquez Iruzubieta, ob. cit., pág, cit.

[124] José L. Manzanares Samaniego, "El delito de intrusismo", ob. cit., pág.321.

[125] Como botón de muestra "ABC" de 20 de octubre de 1996, podrían aducirse muchos más

Corporación o Asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito". No debemos olvidar que nos encontramos en presencia de una Administración corporativa donde el Estado, la Administración Pública, delega facultades a estos entes. La vigilancia sobre la colegiación alcanzaba no sólo al carente de ella pero con título, sino al que carecía de ambos. La mayor persecución del intrusismo ha correspondido a los Colegios Profesionales.

Estimo que en ciertas profesiones, como la Abogacía, por ejemplo, la colegiación y la pertenencia a un grupo de profesionales es algo importante, muy importante y que debe ser protegido. La configuración como falta de tal incumplimiento no parecía exagerada criminalización.

APROXIMACIONES MULTIDISCIPLINARES, CRIMINOLÓGICAS, AL MORIR CON DIGNIDAD
(La eutanasia ayer, hoy y mañana)

A. Beristain, S.J.
Catedrático Emérito de Derecho Penal
Director del Instituto Vasco de Criminología
Universidad del País Vasco. San Sebastián

SUMARIO 1.- ¿QUE LAS LEYES SIN LOS VALORES? 2.- MORIR CON DIGNIDAD AYER. A.- Comités de ética y nueva legislación. B.Doble referencia histórica. C.- Perspectivas multidisciplinares. 3.- MORIR CON DIGNIDAD HOY. A.- Código penal español de 1995. B.- Aproximaciones médicas. C.- Respuestas deontológicas. 4.- MORIR CON DIGNIDAD MAÑANA. A.- Futuro de la Sanctity-Quality of Life

Al Profesor y Maestro. Dr. José Luis Munoa Roiz, de quien muchos universitarios tanto hemos aprendido en el campo de la Deontología

RESUMEN

El morir con dignidad en casos extremos es una cuestión de valores máximos que rebasa el mínimo ético del Derecho penal, y supera las cifras que ofrecen las estadísticas. Según la opinión de muchos especialistas (en). Medicina, Ética y Derecho) exige nuevos planteamientos multidisciplinares que abocan a admitir la "eutanasia pasiva" en frecuentes supuestos, e incluso la "activa" ante aporías y/o situaciones límite. Esta última, aunque encuentra serios obstáculos en el sector de los moralistas tradicionales y más aún en la doctrina vaticana, va suscitando cada día más defensores en las legislaciones y en la práctica.

PALABRAS CLAVE: Valores, Derecho penal, Ética médica, Moral, Criminología, eutanasia activa, muerte digna, Vaticano.

1.- ¿QUE LAS LEYES SIN LOS VALORES?

"Las normas de la moral civil tienden a ser positivizadas y a convertirse en derecho, ese mínimo de leyes consensuadas. Pero los proyectos morales, las concepciones del hombre... son propuestas de máximos: bosquejan ideales de hombre y de felicidad desde el arte, las ciencias y la religión; desde esa trama -en suma- de tradiciones que configuran la vida cotidiana".

A. CORTINA, Ética mínima, p. 150.

Quid leges sine moribus!? exclamaba y se preguntaba Horacio. Y nos seguimos preguntando veinte siglos después. La Ciencia penal se basa en el "mínimo ético", pero ella, y más la Criminología, que es ciencia y arte, no pueden olvidar el 'máximo ético", el "plus ultra", el misterio de que habla John Ecc1es, galardonado con el Premio Nobel por sus estudios sobre el cerebro. Es decir, no pueden limitar la convivencia a lo legalmente permitido y sancionado, con sus derechos/deberes formales. Han de tener siempre presente las costumbres, las tradiciones, los valores y las ilusiones de las personas y de las comunidades. Han de resolver el conflicto entre la santidad y la calidad de la vida (ESER, 377 s.; WILLIAMS, 177 s.). Ante el problema del morir con dignidad necesitamos mirar al pasado y al futuro con todo el poder creador/innovador de la persona. Hemos de centrar nuestras investigaciones en la dignidad del hombre y en su exigencia de felicidad. Estos horizontes nos sitúan, a veces, ante aporías que, para acogerlas, superarlas/aceptarlas y asimilarlas, exigen argumentaciones que rebasan la razón y los cinco sentidos, pero sin prescindir de ellos.

Ante una aporía nos coloca la situación trágica de Ramón Sampedro. Nació el 5 de enero de 1943. El 23 de agosto de

1968 cayó al agua desde una roca. El choque de su cabeza contra la arena le produjo la fractura de la séptima vértebra cervical. Desde aquel día vive su tetraplejia soñando en la libertad a través de la muerte. Desde hace cuatro años acude a los Tribunales de Justicia para pedir que no sea "sancionada

judicialmente la persona que me preste ayuda, sabiendo que es con el fin de provocar voluntaria y libremente mi muerte" (SAMPEDRO, 252). Siempre, incluso en el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, recibe respuesta negativa. Después volveremos sobre este caso; reflexionemos antes sobre los Comités de Ética y los legisladores.

Pero quede claro, ya desde el comienzo, que la persona humana es el titular último de su libertad y de su conciencia. También lo proclama Santo Tomás de AQUINO.

2.- MORIR CON DIGNIDAD AYER

A. Comites de ética médica y nueva legislación

"El sistema aquí examinado tendría un carácter de compromiso entre principios antinómicos, como una norma transaccional. El principio de intangibilidad de la vida sería sustancialmente respetado. El principio de calidad no sería unilateralmente pospuesto. El principio de humanidad no sería desconocido" .

A. TOKIO (244 s.)

El diputado de Esquerra Republicana de Cataluña, don Joan RIDAO, el 30 de octubre de 1996, presentó en la Comisión de Justicia del Parlamento catalán una propuesta no de ley para que, con carácter urgente, se regule el derecho del enfermo, en circunstancias límite, a morir dignamente. Es decir, el derecho a la eutanasia, entendiendo por tal, con más o menos matices, "aquel comportamiento que, de acuerdo con la voluntad o interés de otra persona que padece una lesión o enfermedad incurable, generalmente mortal, que le causa graves sufrimientos y/o le afecta considerablemente a su calidad de vida, da lugar a la producción, anticipación, o no aplazamiento de la muerte del afectado" (DIEZ RIPOLLES, 1995, 114). En adelante, emplearemos como sinónimas expresiones que convendría distinguir/analizar semánticamente, pero que supera los márgenes de nuestro ensayo: morir digno, culminación digna de la vida, ayuda a morir con dignidad, suicidio asistido, etcétera. Insistimos en que no debería usarse el vocablo eutanasia (que repetidamente aparece en las citas), pues predispone negativamente al lector; como si se tratase de matar/asesinar.

Actualmente, los Comités de Ética ya funcionan en los principales centros hospitalarios de muchos países y de España (ROMEO CASABONA y otros, 90 s.). Este año 1997 se concluirá su implantación en todos los hospitales de la Comunidad autónoma del País Vasco. Según comenta Azucena COUCEIRO VIDAL (293), "las experiencias habidas y la puesta en marcha de este tipo de Comités son algo más que mera anécdota".

Si aceptamos, con muchos especialistas, que el volumen de los casos de eutanasia (más o menos directa, más o menos activa) supera notablemente lo que declaran las estadísticas, comprendemos que uno de los interrogantes más graves que han de solventar los miembros de esos Comités y el personal médico en general es y será el de los supuestos del morir con dignidad que presentan las personas gravemente enfermas que desean se cumpla el llamado Testamento vital (BERISTAIN, 174 s.) que ellas firmaron cuando disfrutaban de plena salud; y, también, aunque se hable menos de ello, los problemas similares que ocupan y preocupan a quienes asisten a los enfermos terminales; a quienes quisieran "ayudarles".

Si los Comités de Ética en alguna Comunidad autónoma española empiezan a resolver positivamente estas cuestiones y si entra en vigor una legislación permisiva en Cataluña, quizás don Ramón Sampedro (postrado en cama, tetrapléjico, sin poder moverse desde hace veintinueve años) se traslade a una de estas Comunidades autónomas y pida al hospital correspondiente y a su Comité de ética que lean sus Cartas desde el infierno, y le permitan lo que los Tribunales de Justicia le están impidiendo repetidamente.

Estas realidades y otras similares en el campo de la Deontología médica patentizan el interés generalizado de muchas personas por conocer la normativa del nuevo Código penal acerca de los comportamientos que pueden darse en los, cada día más frecuentes, supuestos de quienes desean se les ayude a morir con dignidad y de los médicos que, quieran o no, vellis nollis, tienen que decidir si aplican o dejan de aplicar tal técnica o tal medicación que conlleva la muerte inmediata del paciente.

Muchos ciudadanos no entienden (aunque debían entenderlo, si "la justicia emana del pueblo", según el artículo 117 de nuestra Constitución) por qué los Tribunales prohiben a Ramón Sampedro llevar a cabo su deseo de que alguien le ayude a morir sin dolores. No entienden por qué un sacerdote le responde que se proporcione él mismo la muerte negándose a tomar alimentos; es decir sometiéndose a la tortura de morir de hambre.

Nuestras reflexiones desean aclarar este problema sin prejuicios, ni preconceptos, ni fanatismos, aunque sólo sea en lo fundamental. Si lo conseguimos, nos sentiremos satisfechos. La limitación de espacio impide plantear supuestos concretos y formular las conclusiones correspondientes.

Principalmente pretendemos lograr el asentimiento en la necesidad de un nuevo e innovador planteamiento básico. Propugnamos que tanto el problema ético como el jurídico-penal del morir con dignidad únicamente puede solucionarse, o empezar a solucionarse, si los Médicos, los Jueces y los

Moralistas perciben que en el umbral del tercer milenio la Medicina, la Ética y el Derecho penal, en todos sus problemas y más en éste, necesitan abrirse a métodos multi, ínter y transdisciplinares.

Los criminólogos opinamos que nuestra superación de las investigaciones unidimensionales puede jugar un papel innovador y gratificante por liberador de temores tan ancestrales como ilógicos. La Criminología analiza el interrogante del morir con dignidad en situaciones límite con metodología abierta e integradora de las mediaciones de las ciencias y las artes, sin olvidar las religiones. Así, desea ver o vislumbrar, al menos, hasta qué punto la Deontología médica y el Derecho penal del siglo XXI, y la correspondiente ética cívica, deben adoptar una nueva dirección en la estrategia teórica y práctica de la ayuda a morir con dignidad a la luz de la experiencia, la ciencia global y la creencia/convicción de las personas involucradas en la historia total de la empresa racional y razonable del respeto y desarrollo de los derechos y los sueños humanos. Sobra decir que la Criminología tiene en cuenta las modernas corrientes epistemológicas que se apoyan en Hans Küng, Thomas Kuhn, Edgar Morin, Hilary Putnam, Stephen Toulmin, etcétera.

Lógicamente, ahora hemos de referimos brevemente a los antecedentes históricos para, después, adentramos en el nuevo planteamiento metodológico que nos permita analizar el tema desde las nuevas perspectivas jurídica, médica, ética e incluso religiosa. Al final, intentaremos vislumbrar el futuro de la calidad del morir.

B.- Doble referencia histórica

"Cuando la vida es una pesada carga, la muerte se convierte en un ansiado refugio".

HERODOTO (c. 485-c.425 a.C.)

Antes de aproximamos a la doctrina y praxis contemporánea, conviene mirar, aunque sea brevemente, hacia la historia y rememorar que, desde hace muchos-siglos, se viene discutiendo el tema, como detallan las investigaciones históricas. Especial atención merecen dos casos emblemáticos de posturas extremas. Sirven como ejemplo un santo inglés del Renacimiento y el nazismo racista alemán. A finales del siglo XV encontramos, en Inglaterra, una persona señera partidaria de la eutanasia; y en la primera mitad del siglo XX nos sorprenden doctos catedráticos que, en Alemania, la nación, en cierto sentido, más culta, aceptan teórica y prácticamente verdaderos asesinatos bajo la absurda denominación de Sterbehilfe, ayuda a morir.

Recordemos en primer lugar la opinión tan explícita de un partidario de la libertad del morir con dignidad, de un católico muy conocido, canonizado por la iglesia católica, Santo Tomás Moro (1478-1535). En su clásica obra, Utopía, que describe la sociedad "utópica" regentada por el estamento sacerdotal, propugna la eutanasia activa; la califica de "honorable", con argumentos que también hoy conservan su paradigmático valor.

Escribe textualmente: "...se esmeran en la atención a los enfermos. No escatiman nada que pueda contribuir a su curación, trátese de medicinas o alimentos. Consuelan a los enfermos incurables, visitándolos con frecuencia, charlando con ellos, prestándoles, en fin toda clase de cuidados. Pero cuando a estos males incurables se añaden sufrimientos atroces, entonces los magistrados y los sacerdotes se presentan al paciente para exhortarle. Tratan de hacerle ver que está ya privado de los bienes y funciones vitales; que está sobreviviendo a su propia muerte; que es una carga para sí mismo y para los demás. Es inútil, por tanto, obstinarse en dejarse devorar por más tiempo por el mal y la infección que les corroen. Y, puesto que la vida (en esas condiciones) es un puro tormento, no debe dudar en aceptar la muerte. Armado de esperanza, debe abandonar esta vida cruel como se huye de una prisión o del suplicio. Que no dude, en fin, liberarse a sí mismo o permitir que le liberen los otros. Será una muestra de sabiduría seguir estos consejos, ya que la muerte no le apartará de las, dulzuras de la vida, sino del suplicio. Siguiendo los consejos de los sacerdotes, como intérpretes de la divinidad, realizan incluso una obra piadosa y santa".

A continuación, en párrafo aparte, por si no ha hablado con claridad suficiente, propone varios ejemplos concretos de cómo puede llevarse a la práctica la teoría expuesta. Dice así: "Los que se dejan convencer ponen fin a sus días, dejando de comer. O se les da un soporífero, muriendo sin darse cuenta de ello".

Inmediatamente, añade su condena tajante del asesinato y de cualquier interpretación caprichosa y exagerada de su doctrina: "Pero no eliminan a nadie contra su voluntad, ni por ello le privan de los cuidados que le venían dispensando". Con estas proféticas palabras condenó a quienes cuatro siglos después justificarán tales comportamientos criminales, en la Alemania hitleriana.

Nos referimos a la opinión y la conducta (que rechazamos, como Tomás MORO) de tantos alemanes apoyados principalmente en el libro que el año 1920 publicaron en Leipzig, el excelente penalista Karl BINDING y el médico-psiquiatra Alfred HOCHE, Die Freigabe der Vemichtung lebensunwerten Lebens: Ihr Mass und ihre Form (El permiso para destruir las vidas carentes de valor vital). Entienden por eutanasia, muerte asistida (Sterbehilfe) la muerte que se aplica a los, según ellos, parásitos de la sociedad, esos enfermos a los que ni siquiera conviene hacer vivir más tiempo, pues vegetan indignamente, sin noción del futuro: los niños subnormales, los enfermos mentales, los incurables, las personas de razas inferiores, etcétera.

Estas muertes, en nuestra opinión, no merecen otro calificativo que el de asesinatos agravados, aunque HOCHE los justi-

fique porque "El organismo estatal... es un todo con sus propias leyes y derechos, mucho más que un organismo humano, de modo que, en interés del bienestar del todo, abandona -como nosotros, médicos, sabemos- y rechaza partes o partículas que han perdido valor o han llegado a ser perjudiciales" (QUINTANO RIPOLLES, 159 s., D. GRACIA, 1996, 82 s., J.L. PUERTA Y A. MAURI, 189 s.).

Sobra decir que también nos alejamos frontalmente de la postura de Ernst JUNGER cuando, en su famoso Diario, afirma que, para él, la muerte es como quitar el polvo de los muebles viejos.

Estas cosmovisiones nazis, más inhumanas que las de PLATÓN en su República, posibilitaron el exterminio de 200.000 pacientes psiquiátricos y crónicos, así como el Holocausto de tantos millones de judíos.

Por desgracia, todavía hay algunas personas reducen la vida a "la embrutecedora necesidad de sustentarse materialmente" y no han llegado a preguntarse, con Miguel de UNAMUNO (486), "De dónde vengo yo y de dónde viene el mundo en que vivo y del cual vivo?, ¿a dónde voy y a dónde va cuanto me rodea?, ¿qué significa esto?".

C.- Perspectivas multidisciplinares.

"Charity in interpretation or benefit of the doubt"

H. PUTNAM, Representation and Reality,
Cambridge (Massachusetts), 1988, p. 13.

En un punto convergen muchos y eminentes tratadistas. Según ellos, para mejor plantear, discutir y solucionar las graves cuestiones que el morir con dignidad en situaciones límite suscita en la praxis hospitalaria, urge que el Derecho penal, la Victimología, la Criminología y la Ética cívica y/o religiosa, reflexionen desde una perspectiva nueva y con una metodología también nueva.

Para probar esta coincidencia, citamos a continuación testimonios de autorizados especialistas, seleccionados principal, aunque no exclusivamente, de un campo nada sospechoso de vanguardismo exagerado: la Ética y la Teología "romana". Aunque en muchos países y, especialmente, en los de cultura más o menos cristiana, el principal obstáculo que encuentran las tendencias permisivas en la cuestión de la muerte digna proviene de algunos sectores de la iglesia, sin embargo, como veremos ahora, autorizados teólogos se apartan del planteamiento y del rechazo tradicional; piden insistentemente nuevas perspectivas y se abren a respuestas liberalizadoras.

El catedrático de Moral en Münster, Bruno SCHUELER, S.J. (15), ya el año 1970, rebate uno de los principales argumentos contra el suicidio y la eutanasia, el de los creyentes cuando afirman que no pueden disponer de su vida porque no es propiedad de ellos mismos, sino de Dios. El jesuita alemán muestra que este razonamiento no es una argumentación, sino una tautología: no somos libres porque no somos libres (por ser propiedad de Dios).

Otro jesuita, Javier GAFO (125), Doctor en Teología, Licenciado en Ciencias Biológicas y en Filosofía y Profesor de Bioética en la Facultad de Teología de la Universidad de Comillas, juzga "que en el debate actual sobre la eutanasia se hace necesaria una revisión de los términos y conceptos utilizados clásicamente".

Pocos meses después, J. POHIER y D. MIETH (314) escriben: "Ante problemas nuevos (subrayo), la tendencia a querer resolverlos antes de estudiarlos y de haber tenido tiempo para analizar sus consecuencias es un reflejo de miedo, de falta de confianza en la eficacia del Espíritu y la fe en las comunidades que inventan una forma adecuada de ser cristianos".

David N. POWER (401 s.), profesor de Teología en la Universidad Católica de Washington D.C., al comentar "Las exequias por un suicida y su desarrollo litúrgico", ve con satisfacción que, ante los novísimos (subrayo) problemas éticos, la práctica de las comunidades creyentes ha aprendido a iniciar caminos y a elaborar conductas e incluso ritos que hubieran sido impensables hace cincuenta años.

El capellán de estudiantes y profesor de Ética y Dogmática en la Universidad de Amsterdam, Harry KUITERT (435 s.), considera que la pregunta ¿Tiene el cristiano derecho a darse muerte? (a la que responde afirmativamente) exige hoy unas premisas y unas argumentaciones nuevas (subrayo) (440). En esta cuestión "Santo Tomas de AQUINO y KANT no demuestran nada con su imagen del hombre, sino que se limitan a repetir su moral con ayuda de ella, y viceversa" (437).

Marciano VIDAL (1989, 74) considera "...necesario superar y abandonar (subrayo) ciertas opciones metodológicas en el planteamiento del problema moral del morir". E inmediatamente rechaza la argumentación moral basada en los principios tradicionales del "voluntario directo o indirecto" o del "doble efecto"; rechaza igualmente la distinción clásica de que se consiga el resultado por acción o por omisión; también que se acuda a la diversidad de las personas implicadas en las situaciones; y también que se relacione la exigencia de mantener en vida al paciente con el carácter ordinario o extraordinario que tengan los medios de que disponemos. Quien olvida la urgencia de superar estos criterios tradicionales "corre el peligro de caer en la tentación de fariseísmo hipócrita". Todavía más, VIDAL (1989, 79) pide "que se tengan en cuenta los matices diversos que nacen de la distinción entre dimensión objetiva y dimensión subjetiva y entre consideración moral (pecado) y consideración jurídica (crimen)". Y, recientemente (1997, 9 s.), propugna una nueva metodología que comience por ofrecer "horizontes de significado" y criterios generales y después (pero no antes) orientaciones en lo concreto "siempre que se pueda... En cuanto a la eutanasia

propiamente dicha, lo que hay que plantearse es el valor de la vida humana en esa fase final".

De modo semejante, el moralista religioso alemán K. DEMMER (1992, 729) empieza su estudio sobre la Eutanasia con estas palabras: "El progreso de las técnicas de reanimación pone en discusión el concepto de muerte natural y humanamente digna considerado válido hasta ahora. Hay que plantear, pues, de modo nuevo (subrayo) la clásica pregunta de si la medicina debe aplicar todos los medios de que dispone...". En otra publicación posterior, DEMMER (1995, 89, 99) insiste en la necesidad de innovar el método para no "caer en la fácil tentación de querer medir con patrones antiguos teoremas nuevos... la tradición no es un fósil, empuja hacia adelante" .

A la misma conclusión llega, aunque desde otro punto de vista, Diego GRACIA. Al comentar la moral normativa y el método ante las cuestiones modernas en la Bioética (1989, 484 s.), acude a Xavier ZUBIRI (63) y subraya que el método debe ser marcha dinámica, búsqueda y creación siempre provisional. "Provisional significa que aun siendo verdad, es una verdad que por su propia índole está llamada no a ser forzosamente derogada, pero sí a ser superada". En 1996 GRACIA (1996 a, 288) insiste otra vez: "La revolución que se está operando en nuestros días exige una puesta a punto de nuevos (subrayo) criterios de actuación, muy distintos de los tradicionales".

Michel THEOBALD, catedrático del Nuevo Testamento en la Facultad de Teología católica de la Universidad de Tübingen, critica que los problemas de la doctrina moral de la iglesia se analicen con "una metodología antihistórica" (40) pues se ha de tomar en serio la "creatividad ética..., la creatividad llamada a dar a cada hora histórica su más adecuada formulación ética y jurídica" (49).

En resumen, actualmente, un amplio sector de los teólogos coincide con muchos especialistas al afirmar que la discusión y la solución de los problemas de la culminación digna de la vida debe basarse no en los criterios y métodos tradicionales, sino en otros innovadores, porque la pupila científica (y metacientífica/espiritual) hodierna ve más y mejor, y porque las cuestiones actuales difieren objetiva y subjetivamente de las pretéritas.

3.- MORIR CON DIGNIDAD HOY

A.- Código penal español de 1995

"Cabría pensarse en excluir completamente la pena en la eutanasia activa cuando la ha solicitado expresamente el autorizado. No habría oposición constitucional a esta situación, pero tampoco imperativo constitucional de intervención del legislador" .

Carlos Mª ROMEO CASABONA (1996, 233)

Ya antes del Código penal de 1995, muchos teóricos y operadores del Derecho penal, la Criminología y la Política Criminal opinaban que los casos extremos de eutanasia activa exigen una legislación menos punitiva o deben quedar impunes (DEL ROSAL BLASCO, 61 ss.). En este sentido se declararon los 97 miembros del Grupo de Estudios de Política Criminal, en su Manifiesto sobre la objeción de conciencia, firmado en Madrid e15 de noviembre de 1993, publicado en el Anuario de Derecho penal (1994, pp. 311 ss.). Con más detalle se habían expresado, pocos meses antes, 77 firmantes del Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida (Madrid, 26 de junio de 1993. Cfr. Cuadernos de Política criminal, 1994, pp. 865 ss.). José Miguel ZUGALDIA ESPINAR (246 s.) encuentra serios reparos éticos y dogmáticos a esta propuesta. Prefiere la fórmula del Proyecto Alternativo alemán.

El nuevo Código penal español aprobado el ocho de noviembre de 1995 y que entró en vigor el 25 de mayo de 1996, tipifica e incrimina la eutanasia, pero con una sanción muy leve que en muchos casos resultará solamente simbólica, pues se les aplicarán las alternativas a la pena. Sin embargo, se restringe la libertad para los profesionales, pues a éstos, cuando reincidan, se les mantienen las sanciones establecidas.

Al tratar de los delitos y de sus penas, nuestro Código, en el Libro 11, dedica su primer Título (artículos 138-143) al delito de homicidio y sus formas. Ahora nos interesa la última de estas formas, el número 4 del artículo 143, que tipifica y sanciona diversos delitos de causación o cooperación a la muerte de otra persona. (Entre paréntesis, caigamos en la cuenta que el Código no emplea la palabra eutanasia, ni la expresión muerte digna o ayuda a morir. En estas páginas, como ya hemos indicado, usaremos cualquiera de estas denominaciones u otras similares, pues no tenemos espacio para sus análisis semánticos, aunque resultaría notablemente ilustrativo). El texto punitivo dice así: "El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar"...

Como se ve, formula cuatro tipos de delito que exponemos a continuación, con algunas breves referencias a la tragedia de Ramón Sampedro, sin que pretendamos deducir conclusiones aplicables a él, pues desconocemos mil circunstancias concretas.

1.- la causación de la muerte a otra persona por la petición de ésta que sufre una enfermedad tan grave que hubiera conducido necesariamente a su muerte. (No parece que sea ésta la situación de Sampedro, pues su enfermedad no le conduce

necesariamente a la muerte, ya que de hecho la tetraplejia no aboca a la muerte).

2.- la causación de la muerte a otra persona por la petición de ésta que sufre una enfermedad tan grave que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. (Este supuesto sí puede aplicarse a Sampedro, aunque no necesariamente, pues se puede discutir si su enfermedad le produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, ya que algunas personas tetrapléjicas prefieren seguir viviendo. Queda abierta la interrogación).

3.- la cooperación activamente con actos necesarios a la muerte de otra persona por la petición de ésta que sufre una enfermedad tan grave como en el caso l. (Lógicamente, si el supuesto 1 no podía aplicarse a nuestro enfermo, tampoco se le puede aplicar éste).

4.- la cooperación activamente con actos necesarios a la muerte de otra persona por la petición de ésta si sufre una enfermedad tan grave como en el caso 2. (Por el argumento que acabamos de formular, para algunos penalistas cabrá aplicar este tipo penal a nuestro enfermo, mientras que para otros no, porque opinan que su tetraplejia no le produce padecimientos permanentes tan graves que sean difíciles de soportar en el grado que supone la ley).

En los dos casos primeros el autor causa la muerte, mientras que en los dos últimos solamente coopera con actos necesarios. En los supuestos 1 y 3 la enfermedad es tan grave que hubiera conducido necesariamente a la muerte, mientras que en los casos 2 y 4 la enfermedad no es mortal pero produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. Todos los supuestos exigen como requisito indispensable que medie petición expresa, seria e inequívoca de la víctima. Por esto, aunque, como hemos indicado, el código no emplea la expresión eutanasia activa por piedad, ni otras similares, se puede afirmar que el legislador ha pretendido tipificar como infracción penal estas conductas que, en nuestros códigos anteriores, no se recogían como tales sino como homicidio consentido, auxilio o inducción al suicidio (en el artículo 409).

Respecto a la sanción, conviene tener en cuenta las normas, notable -aunque no suficientemente- innovadoras, del nuevo Código penal en sus artículos 61 y siguientes. Para los tipos de delito 1 y 3 la sanción puede oscilar, a juicio de los Tribunales y según las diversas circunstancias, desde la máxima que es la prisión de seis a tres años de prisión hasta la mínima que seria la prisión de tres años a dieciocho meses. Esta prisión de tres años a dieciocho meses es una pena "menos grave" (según el artículo 33, 3), por lo que el condenado puede, en muchos casos, no ingresar en la cárcel, ya que (a tenor del arto 80. 1) las penas menos graves admiten la suspensión de su ejecución, y/o ser sustituidas por algunas obligaciones o deberes que determine el Juez o el Tribunal (artículo 83).

Si el delincuente reincide, no cabe la posibilidad de dejar en suspenso la ejecución de la pena (art. 81, la). Por lo tanto, la tipificación deja de ser meramente simbólica para todas aquellas personas que por su profesión y/o convicción se encuentren "en riesgo" de reincidir.

Lógicamente, a los supuestos de delito 2 y 4 se señalan sanciones menores. Comprenden un abanico muy amplio: pueden consistir en privación de libertad hasta una duración máxima de dos años y se pueden aplicar las normas establecidas para la suspensión de la ejecución, y caben también la imposición de las obligaciones y deberes del artículo 83, de las cuales merecen citarse, por ejemplo, el "participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares". En estos casos 2 y 4, cuando la pena de prisión no exceda de un año, puede el Juez o el Tribunal sustituirla por arresto de fin de semana o multa (artículo 88, 1).

Después de esta sumaria explicación del texto punitivo actualmente vigente, espumamos a continuación algunas opiniones, sólidamente argumentadas, de penalistas hispanos. En general, aunque con discrepancias puntuales, consideran positiva la reforma introducida en este artículo 143. Algunos se inclinan en favor de considerar no sancionable penalmente la ayuda a morir con dignidad, en supuestos más o menos excepcionales, más o menos activos. No pocos llegan a proponer la legalización, en la línea de la actual normativa holandesa (Per STANGELAND, 40) y/o el Proyecto Alternativo alemán sobre la Ayuda a morir, de 1986.

Acerca de la legislación y praxis holandesa (Anton M. Van KALMTHOUT, 177 s.), su ministro de Justicia, el democristiano Ernst M. H. HIRSCH BALLIN (764) recuerda que en Holanda se mantiene "la penalización de la eutanasia y de la ayuda prestada al enfermo para que la realice", pero no se ha querido cerrar los ojos "ante aquellos casos en que la lucha contra el dolor y la asistencia no podrán evitar que una persona que se halle en extrema necesidad pida ayuda al médico para poner fin a su vida. Cuando un médico, después de madura reflexión e investigación, se ve en tal situación crítica un caso de fuerza mayor- entonces el Tribunal Supremo holandés se niega a que a ese médico se le aplique una sanción" (764). No se entablará proceso criminal en todos los casos de eutanasia. No todos los casos serán llevados ante el juez, y mucho menos, terminarán en condena (765). HIRSCH BALLIN se manifiesta cristiano y proclama que, como político cristiano, su disposición para aceptar "un ordenamiento jurídico en el que, en tales circunstancias (eutanásicas), pueda apelarse a la fuerza mayor, brota del respeto hacia la distancia que el derecho debe mantener ante las cuestiones supremas de la vida que en ello se manifiestan" (766).

El Proyecto Alternativo alemán de ley reguladora de la ayuda a morir, de 1986, en su parágrafo 216, tantas veces aludido (Borja MAPELLI, 865 s.) establece:

"1.- Será sancionado con la pena de prisión de seis meses a cinco años quien cometa un homicidio a solicitud expresa y seria de quien no quiere vivir más.

2.- El Juez podrá dispensar la pena en los supuestos del apartado anterior cuando el homicidio sirve para acabar con un estado de padecimiento grave e insoportable para el afectado, que no puede ser remediado o atenuado por medio de otras medidas". Actualmente, la ayuda a morir en Alemania tanto en la teoría como en la praxis legal continúa siendo un grave problema (Hans-Georg KOCH, 239 s.).

Como indica el profesor MUÑOZ CONDE (70 s.), ante los casos límite de ayuda a morir no parece justo imponer una sanción penal. Pero, no cabe una interpretación del 143 que lleve a la absolución. Parece preferible acudir al estado de necesidad, pues las vías de exculpación no llevan a la absolución, y la atenuación cualificada de la pena resulta insuficiente. La doctrina española propugna en general una respuesta más amplia que la del código, apreciando en algunos casos el estado de necesidad justificante o exculpante (TOKIO, 232 s.; VALLE; CASADO GONZALEZ, 1993, 116). También, en cierto sentido, ZUGALDIA admite justificar esta conducta por considerarla dentro del estado de necesidad. Al profesor ROMEO CASABONA (1996,234), en términos generales le parece acertado el planteamiento del artículo 143. No faltan quienes, como QUERALT y CABELLO, piden considerar la primacía de la libertad y la dignidad de la persona.

Enrique GIMBERNAT (52 s.) llega a conclusiones claramente liberalizadoras después de comentar tres supuestos eutanásicos, uno de ellos muy similar al de Sampedro, cuando "la muerte no aparece como peligro inmediato, pero el sujeto, a consecuencia de, por ejemplo, un accidente de circulación o una acción de guerra tiene que cargar con la existencia dramática de múltiples amputaciones y pérdida de alguno o algunos de los sentidos, lo cual va acompañado también, a menudo, de graves padecimientos físicos". En tales situaciones, si media consentimiento del enfermo, no debe aplicarse el artículo 143. La acción eutanásica puede cobijarse en el estado de necesidad y/o como la única manera de salvaguardar los derechos protegidos por la constitución española, en concreto los tres fundamentales: el "libre desarrollo de la personalidad", la "dignidad de la persona" (art. 10.1) Y la "libertad ideológica de los individuos" (art. 16.1).

Estas posturas de la doctrina española encuentran confirmación en el ámbito penal internacional y criminológico, como lo patentiza, entre otras, la publicación dirigida por el profesor DIEZ RIPOLLES (1996).

La jurisprudencia penal internacional juzga actualmente con criterios muy distintos que en años anteriores los actos de cooperación al suicidio. Ningún Tribunal formula en nuestros días una sentencia como la que, en 1954, escribió el Tribunal Federal alemán (153): "Todo suicidio -prescindiendo quizá de casos excepcionales extremos- es severamente reprobado por la ley moral, puesto que nadie puede disponer soberanamente de su vida y darse muerte".

Estos análisis y resultados jurídicopenales aquí resumidos, y otros muchos que hemos omitido por parquedad de espacio, muestran que, actualmente, tanto el Juez como el legislador penal han de percibir y aceptar las reflexiones acerca del sentido positivamente humano de algunos comportamientos de ayuda a morir que ayer se reprochaban y tipificaban como criminales. En las circunstancias hodiernas esas conductas deben considerarse lícitas e incluso plausibles, exigidas/permitidas por la dignidad de la persona, por la calidad de su vivir y su morir.

B.- Aproximaciones médicas

"Le médecin ne se reconnait pas le droit de donner la mort. Mais dans la situation precise, il ne voit, a moins de se dérober, pas d'autres solutions pour mettre fin au calvaire de son patient que de le faire mourir".

Maurice AS/VEN (157).

Para mejor conocer la hodierna problemática -tanto teórica como práctica- del morir con dignidad resulta indispensable aproximamos y auscultar también a los médicos (y a los capellanes de las instituciones hospitalarias).

Las abundantes investigaciones al respecto coinciden en afirmar que cada día cambia más la realidad fáctica (las estadísticas resultan convincentes), así como la cosmovisión teórica de la medicina en general y del problema concreto que nos ocupa. Que ese cambio aboca, con frecuencia, a la admisión de la muerte digna en supuestos extremos, como veremos a continuación.

Para comenzar merecen transcribirse aquí las estadísticas que recoge el conocido médico Jean-Pierre SOULIER (319 s.).

La eutanasia activa y los médicos: práctica y opiniones

Fuente: *Yvon Kenis*

Porcentaje de médicos enfrentados a una petición de eutanasia activa

Lugar	Año	Porcentaje de respuestas positivas
Estados Unidos	1970	12
Iowa	1974	18
Bélgica	1984	69
Bélgica	1985	64
Victoria	1988	40
California	1988	57
Países Bajos	1991	75
Australia (sur)	1992	±50

Porcentaje de médicos que aceptan el principio

de la eutanasia activa

Lugar	Año	Porcentaje de respuestas positivas
Estados Unidos	antes	
y Gran Bretaña	1975	11-63
Estados Unidos	1980	39
Francia	1982	28
Victoria	1983	31-40
Canadá	1983	40-47
Bélgica	1984	31
Bélgica	1985	34
Gran Bretaña	1987	35
Bélgica	1987	40
California	1988	62
California	1988	70
Colorado	1988	60
Victoria	1988	62
Bélgica	1988	52
Francia	1990	49
Europa	1990	36
Países Bajos	1991	88

Porcentaje de médicos que han practicado la eutanasia activa

Lugar	Año	Porcentaje de respuestas positivas
Bélgica	1985	19
California	1988	23
Victoria	1988	29
Europa	1990	36
Países Bajos	1991	54
Australia (sur)	1992	29

Médicos a favor de la legalización de la eutanasia activa

Lugar	Año	Porcentaje de respuestas positivas
Bélgica	1984	15,5
Gran Bretaña	1987	36
Bélgica	1987	24/20
California	1988	69
Victoria	1988	60
Australia (sur)	1992	±50

Conviene recordar que cada año mueren en Holanda (con 14,5 millones de habitantes) por eutanasia unos 2.300. Lo que representa el uno por ciento de todas las muertes. Ningún médico ha sido procesado si ha observado las normas legales cuyo texto definitivo último data del 14 de abril de 1994.

En los últimos años muchos médicos (y también algunos capellanes hospitalarios) han superado la opinión adversa o dubitativa acerca de la licitud del morir y ayudar a morir con dignidad. Hoy no están en minoría los que se manifiestan decididamente contra la postura tradicional.

El año 1986 Hipólito DURAN (125, 135), Catedrático de Cirugía en la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid, en su inteligente estudio sobre la eutanasia afirma que "es muy difícil establecer conclusiones concretas en estas materias", "es grave hacer generalizaciones". En 1997 muchos médicos dan el paso hacia adelante y afirman que es normal y obligado establecer conclusiones concretas.

Doce colegas médicos, con Sidney H. W ANZER (188 s.), del Concord Hillside Medical Center, en Massachusetts, han escrito sobre la responsabilidad del médico frente a los enfermos irremediables. Después de mostrar cómo, en el campo de los tratamientos a los enfermos terminales, con el trascurso del tiempo, van aceptándose prácticas que poco antes eran totalmente prohibidas, constatan que en los últimos años, en los Estados Unidos la opinión de los médicos y de los ciudadanos en general se muestra cada vez más favorable a la eutanasia activa.

A más de once idiomas se ha traducido el libro Cómo morimos. Reflexiones sobre el último capítulo de la vida, del profesor de Cirugía e Historia de la Medicina de la Universidad de Yale, Sherwin B. NULAND. Este libro admite la eutanasia activa pues puede darse un proceso en la relación entre el enfermo y el médico por el que éste reconoce gradualmente que debe ayudar a adelantar su muerte a su "paciente terminal que, con plenas facultades mentales y después de consultar a otras personas, escoge racionalmente su forma de morir" (151).

El especialista H. TRISTAN ENGELHARDT merece mayor atención. Basa su doctrina en dos postulados que encuentran amplia aprobación: 10 al médico no le corresponde la decisión principal; 2° el enfermo es el protagonista; 3 ₀ no existen "barreras morales absolutas" (394); 40 al médico se le prohibe actuar con clara malevolencia (295); 50 legalizar la muerte digna no conduce al fomento de asesinatos impunes.

El principio básico de que al médico no le corresponde la decisión lo resume con estas palabras (395 s.): "Tradicionalmente se ha considerado al médico de sala como capitán del equipo, y podríamos recurrir a metáforas más contundentes, como la noción de médico como capitán del barco. Estas metáforas han perdido actualidad por la independencia creciente, y en algunos casos por la entrega de licencias independientes a las enfermeras, así como por el mayor hincapié sobre los derechos del paciente. Si la autoridad para tratar al enfermo deriva de éste, directamente o a través de su familia, ¿no sería más bien el paciente el capitán y el médico el timonel?". Si se permite la eutanasia activa, escribe pocas páginas antes (391), no se coloca un peligroso tobogán... En apoyo de su tesis recuerda "el hecho de que en Texas durante 130 años no existieron leyes contra el suicidio, ni contra la inducción o ayuda al suicidio" y el número de éstos permaneció normal.

Comenta especialmente el principio de la necesidad del permiso, del consentimiento, de la voluntad, del paciente, y lo considera válido cuando se trata de la terminación de la vida de una persona anteriormente competente, con pleno uso de sus facultades mentales, que A) ya no lo es, B) no lo volverá a ser y C) parece claro y evidente que la persona en cuestión hubiera deseado no sólo que la dejasen morir, sino que le aligerasen la muerte (p. 394). Simultáneamente reflexiona sobre el principio de beneficencia que prohibe al médico actuar con malevolencia. Y, lógicamente, prohibe la eutanasia involuntaria, la no querida.

Antes de pasar al apartado siguiente para conocer la opinión de los moralistas, escuchemos al capellán del Hospital de la Stanford University, Emlé W. D. YOUNG (133). Como fruto de su larga experiencia asistencial a los enfermos terminales ha escrito acerca de la ayuda al suicidio desde una perspectiva ética. Este sacerdote, ante el problema de quien desea suicidarse o acabar con su vida pero no puede hacerlo él físicamente, es decir cuando pide ayuda a otra persona para que le cause la muerte digna, admite su licitud ética.

Propone una gama amplia de casos que van desde las formas de ayuda relativamente inocuas hasta un asunto tan serio como lo es el de quitar la vida a otro ser humano. Un supuesto concreto lo describe así: "Ayudar a administrar los medios empleados, por ejemplo preparar la dosis letal y acercarla a los labios de la persona que desea morir". Su respuesta ética es la siguiente: "Cada una de estas opciones puede considerarse moral siempre y cuando el caso reúna los criterios mencionados, y la motivación de la persona que aporta la ayuda sea, exclusivamente, la de beneficiar al moribundo".

Termina su estudio con una última recomendación: "Las disposiciones que prohiben la ayuda al suicidio deberían ser abolidas cuando esa ayuda se limite a suministrar apoyo moral o información". Y las que prohiben los casos de eutanasia activa "deben permanecer, pero incluyendo la previsión de atenuante o incluso eximente cuando se demuestre con claridad que quien ayudó lo hizo sólo por la compasión y altruismo, y no obedeciendo a otro móvil siniestro" (136).

C.- Respuestas deontológicas

"Una vida humana sin cualidades ni objetivas ni subjetivas no parece merecedora de continuarse".

José FERRATER MORA (106).

Lógicamente, después de haber escuchado a quienes pedían (también desde la Teología) que se emplee nueva metodología para estudiar nuestro problema, y después de haber oído a los penalistas y a los médicos, conviene prestar atención detenidamente a los teólogos y moralistas. Empezamos tomando en serio, como se merece, la postura que adopta el Vaticano: qué entiende por morir con dignidad, por ayuda a morir, por eutanasia, etcétera. Después comprobamos que no pocos moralistas católicos se apartan, más o menos, pero decididamente de la línea marcada por el Romano Pontífice. Por fin, constatamos que algunos llegan a admitir como lícita la eutanasia pasiva e incluso la activa.

Empecemos por la encíclica "Evangelium vitae", de 25 de marzo de 1995. En su número 65, proclama: "Por eutanasia en sentido verdadero y propio se debe entender una acción o una omisión que por su naturaleza y en la intención causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor". En esta definición es crucialla expresión "según su propia naturaleza".

Para Richard A. McCORMICK (1995), profesor de ética cristiana en la Universidad de N6tre Dame, Indiana, en sus reflexiones acerca del "evangelio de la vida", la encíclica "Veritatis splendor" no considera eutanasia el retirar los instrumentos técnicos que sostienen la vida del paciente, pues esos instrumentos, "según su propia naturaleza" no causan la muerte; lo que causa la muerte es la enfermedad.

En opinión del teólogo estadounidense algunas cuestiones que se tratan en la encíclica están preñadas de complejidad, dudas, inseguridad e incluso obscuridad. Por ejemplo, el número 82 exige una fidelidad "ciega" a la doctrina pontificia. Se compagina mal con el número 62 de la Gaudium et Spes que dice: "...debe reconocerse a los fieles, clérigos o laicos, la debida libertad de investigación, de pensamiento y de hacer conocer, humilde y valerosamente, su manera de ver en el campo de su competencia".

También se compagina difícilmente con la tradición de los teólogos científicos jesuitas y no jesuitas. Respecto a aquellos, merece citarse un párrafo de Ignacio ECHANIZ, S.J., en sus Conversaciones con San Ignacio (88): Hay situaciones conflictivas que nos afectan a todos. En nuestra sociedad superdemocratizada, la opinión pública lo somete todo a su juicio, y la critica a la autoridad constituida es práctica normal. Nosotros tendemos a transferir este comportamiento a la Iglesia; nos parece que no se le puede eximir de la 'claridad' y que va en ello su misma credibilidad. En las "Reglas" ignacianas se condena, a veces, taxativamente la critica pública de toda autoridad. ¿Qué diría hoy San Ignacio? ¿Haría algunas salvedades?

Para responder a estas preguntas del jesuita ECHANIZ, y de algunos otros, no hace falta fatigarse mentalmente. Difícil resulta probar que los textos de San Ignacio leídos en su contexto, condenasen taxativamente la crítica pública de toda autoridad. Pero, aunque así fuese, la historia de cuatro siglos y pico de la Compañía de Jesús patentiza lo contrario: muchos y eminentes jesuitas han criticado, critican y criticarán públicamente, de palabra y por escrito, a la autoridad, a toda autoridad, también a la eclesiástica. Ciñéndonos sólo a nuestros días, citemos a RAHNER en Alemania, V ALADIER en Francia, ELLACURíA en El Salvador, CURRAN y BERRI-

GAN en Estados Unidos, decenas y decenas de Jesuitas en los países marxistas.

Ninguna persona dedicada al estudio científico puede eximirse de su obligación de criticar -con el debido respeto y con la debida fundamentación; no apasionada y ciegamentea quienes expresan y formulan opiniones merecedoras de censura. No cabe aplaudir a quienes, por ello, les niegan (sin el debido proceso) la venia docendi en las instituciones eclesiales (Raúl ZAFFARONI, 723 s.).

Ya han pasado los tiempos en que la iglesia católica pretendía instalar en el mundo entero una sola religión, una sola percepción de la realidad ética, excomulgando las alternativas como herejías, punibles en el Código penal, pues impedían su monopolio religioso. Ya nadie debe pretender la hegemonía de la ética religiosa sobre la civil.

En cierto sentido, ya no cabe afirmar que la mayor oposición contra la liberalización o legalización de la ayuda a morir con dignidad proviene de los moralistas católicos, como veremos a continuación.

Merecen especial consideración los recientes estudios de autorizados moralistas católicos que han escrito seriamente sobre los temas relacionados con la culminación de la vida con dignidad. Por ejemplo, DEMMER, ELIZARI, FUCHS, SPORKEN, VICO PEINADO, VIDAL, etcétera, formulan coordenadas éticas mucho más abiertas de lo que generalmente se cree, pues coinciden en los siguientes puntos:

1º.- necesidad de cambiar radicalmente la metodología tradicional (como ya se ha indicado algo en nuestro anterior apartado cuarto).

2°.- amplio desarrollo de argumentos cercanos y semejantes a los que exponen los penalistas, criminólogos y médicos partidarios de la mínima o nula penalización de la ayuda a morir con dignidad.

3°.- tácita e indirecta resistencia a deducir las nuevas conclusiones lógicas de esos nuevos criterios y argumentos proclives a la permisividad (pero diversos u opuestos a la doctrina jerárquica), quizás por respeto u obediencia ciega a la autoridad canónica o por temor a incurrir en severas sanciones.

4°.- ausencia de proclamación y defensa expresa de la doctrina de la Jerarquía eclesial, posiblemente para evitar el reproche de "desobediencia científica".

Desde esta perspectiva se entiende al religioso alemán Klaus DEMMER (1992, 729 s.). Según él, éticamente es lícita la eutanasia pasiva directa que "se da en casos en los que la omisión de los cuidados reanimadores y terapéuticos comporta inevitablemente el colapso definitivo, ...y, también es lícita la segunda (eutanasia pasiva indirecta) que tiene lugar cuando la administración de fármaco s calmantes produciría, como efecto colateral, una abreviación, aunque fuese mínima, del tiempo de vida" (735 b, 737 b).

Pero, cuando trata de la eutanasia activa, es decir, la que "comporta el 'disponer' de la vida humana" (736 b), formal y expresamente ni la condena ni la admite. Expone los argumentos de la doctrina oficial de la Iglesia, pero no los hace propios.

Algún lector podrá decir que la considera lícita en supuestos extraordinarios, porque DEMMER (737 b) afirma que "en algunas situaciones extremas los límites entre eutanasia activa y eutanasia pasiva directa pueden llegar a ser muy variables; el médico ahí camina sobre el filo de una hoja de afeitar" (737 b). No hay, pues, límites claros y permanentes que separen la eutanasia pasiva directa de la eutanasia activa.

DEMMER expone detenidamente los argumentos que aducen los partidarios de la eutanasia activa, pero no se detiene a refutarlos, aunque tampoco dice expresamente que los acepta. Aunque, en cierto sentido, los acepta pues insiste en que "La vida no es el bien más alto; por eso el sacrificio heroico de la vida se ha considerado siempre un eventual modo sensato de disponer de ella, suponiendo que exista una razón que de verdad sea proporcionada. No se ha excluido ni siquiera la autoeliminación (por ejemplo, de alguien que guarda secretos de extrema importancia social)". Todavía más, recuerda que se han admitido en la ética cristiana casos concretos, como el del "soldado mortalmente herido que suplica le maten para escapar a una muerte atroz a que le sometería el enemigo"... (736 b).

Como complemento a este artículo del teólogo alemán, el redentorista español E. J. ELIZARI (1992 a), escribe unas adiciones respecto a la legislación penal española. En ellas se limita a exponer los argumentos en favor y en contra de la eutanasia activa (que él define como "la acción u omisión que por su naturaleza causa la muerte en una situación de salud grave e irreversible") (743 a) en el campo penal español; pero, no manifiesta su opinión personal al respecto, ni tampoco toma postura pro o contra la eutanasia activa en el ámbito ético.

Esta omisión axiológica del año 1992, da pie a pensar que él opina de manera distinta que la autoridad eclesiástica, pero no quiere entrar en problemas con la censura oficial. Algo de esto sugiere en su libro Bioética (1991, 5), cuando escribe: "El resultado que el lector tiene delante está condicionado en su expresión por ciertos filtros inevitables: las características personales del autor, el mundo en que uno vive, la situación actual de la Iglesia, etc." Esta confesada autolimitación se comprende pues varios redentoristas, colegas del autor, en Madrid, han sido sancionados por la jerarquía romana y española.

En su, antes citada, Bioética, exponía las razones en pro y en contra, sin discutidas. Pero, afmnaba textualmente que "Son muchas y poderosas las razones que abogan a favor de mantener fuera de la legalidad la eutanasia" (197).

Similares principios metodológicos y conceptos éticos básicos se formulan en las publicaciones del teólogo moralista Marciano VIDAL. Aunque condena la eutanasia activa, en sentido estricto, tal como él la define: "todo tipo de terapia que suponga objetiva e intencionadamente, directa o indirectamente, el adelantamiento de la muerte" (1989, 78 s.), sin embargo, con frecuente insistencia introduce nuevas perspectivas que abren la puerta para que el lector llegue a otras distintas conclusiones lógicas, menos o nada punitivas.

En páginas anteriores VIDAL (74 s.) abandona y supera radicalmente muchas e importantes premisas metodológicas tradicionales en las que se apoyaban los moralistas adversarios de la ayuda a morir con dignidad: habla del "morir" (concepto dinámico) más que de la muerte (concepto estático y esencialista) y de la eutanasia; rechaza que la moralidad acompaña la estructura física de la acción; considera farisaica e hipócrita la moral que se fundamente en la distinción de que se consiga el efecto por acción o por omisión, etcétera.

Todavía más, defiende que en las "situaciones" (dicho sea de paso que al emplear esta palabra ya supera muchas metodologías y muchas conclusiones tradicionales opuestas a la ética situacional, propugnada por Kad RAHNER) de eutanasia y distanasia puede hablarse de auténtico conflicto de valores cuando entran en juego el valor de la vida humana y el valor del morir dignamente (1989, 75).

Especial cuña innovadora (frente a muchos que rechazan el morir digno) introduce VIDAL cuando, entre las exigencias del derecho de todo hombre y toda mujer a morir dignamente, pide no privar al moribundo del morir en cuanto "acción personal" porque el morir es la suprema acción de la persona. En este punto, como en muchos otros, se observa una influencia positiva de la ética "postmoderna" de Karl RAHNER que, si se desarrolla hasta el final, aboca a la permisión de la ayuda a morir.

Lógicamente VIDAL admite el proporcionar al moribundo "todos" los remedios oportunos para calmar el dolor, aunque esta terapia suponga una aceleración de la muerte y sume al moribundo en un estado de inconsciencia. VIDAL añade inmediatamente (77): "no se puede privar al moribundo de la posibilidad de asumir su propia muerte".

A conclusiones más avanzadas llega el profesor de la Universidad Pontificia de Salamanca, sacerdote claretiano, J. VICO PEINADO, en su libro Dolor y muerte..., publicado en la editorial católica San Pablo, y recomendado en la revista del episcopado español Vida nueva (28 abril 1995).

Según él (220 s.) conviene distinguir, al menos, tres especies de eutanasia: una rechazable éticamente, y las otras dos admisibles. Se debe reprobar y sancionar penalmente la eutanasia activa heterónoma, es decir la eutanasia impuesta, contra o sin la voluntad del paciente, ya se dé bajo criterios de beneficencia o utilitaristas. Repugna hablar de criterio de beneficencia, cuando se administra un tratamiento occisivo y letal a otra persona, sin informarle ni tener en cuenta su parecer, aunque se busque evitar el pretendido (supuesto) sufrimiento del moribundo. Bajo criterios simplemente utilitario s se incurre en la éticamente rechazable eutanasia activa heterónoma cuando una persona o una colectividad, sin consultar a los interesados y juzgando según criterios materialistas, piensa que la supervivencia de determinados individuos es inútil, improductiva o demasiado costosa para la sociedad, por lo cual les provoca la muerte.

En cambio, en determinadas circunstancias, es admisible la ortotanasia, o eutanasia pasiva, negativa, indirecta, que supone la suspensión del tratamiento y la privación de los medios médicos (adistanasia o antidistanasia) que prolongaría la agonía del paciente (distanasia). También la eutanasia activa autónoma, en cuanto muerte libremente elegida por el paciente y secundada por quienes le atienden. Esta forma de eutanasia (se admite si) supone la conformidad con las peticiones libres y reiteradas de una persona, que desea ver acortada su existencia en determinadas circunstancias físicas o mentales precisadas previamente por escrito, o sentidas como insoportables en el curso de la enfermedad.

Merece transcribirse aquí la conclusión final (303) del libro que estamos comentando. Después de haber tratado de valorar críticamente la argumentación de la postura tradicional acerca del carácter absolutamente negativo que revestía la eutanasia activa, que se calificaba siempre como un comportamiento desviado desde el punto de vista ético, escribe: "En cambio, en la teología católica hay hoy posiciones que se apartan de esta tradición (adversa a la eutanasia activa), aceptando éticamente la eutanasia activa en la consideración de algunos casos determinados y extraordinarios. Así, por ejemplo, se manifiesta Paul SPORKEN (332): "Reflexionando sobre esto, se podrá decir con toda razón que un rechazo categórico y válido para todas las situaciones en relación con la eutanasia es algo insostenible".

El jesuita alemán Josef FUCHS, Profesor emérito en la Universidad Gregoriana de Roma, en 1997, sigue negando, al igual que hace diez años, el criterio tradicional de que Dios es señor absoluto de la vida y la muerte, y continúa afirmando la licitud de la eutanasia activa en casos extremos (242 s.).

En resumen, no todos los teólogos católicos condenan el morir con dignidad, ni condenan la eutanasia activa; mucho menos la pasiva. Lógicamente, por diversas razones, no puede afirmarse que existe un argumento religioso o teológico unánime para exigir que el Código penal tipifique y sancione todos los supuestos de eutanasia activa; mucho menos los de la pasiva. Más bien parece aconsejable seguir el ejemplo de los países que como Holanda o Australia (Territorio del Norte, desde el primero de julio de 1996) permiten los casos extremos.

4.- MORIR CON DIGNIDAD MAÑANA

A. - Futuro de la *Sanctity-quality* of life

"Retornó el amor de la mano de una mujer a la que adoro...Yo sé que le gustaría que un día le dijera: 'Desde que nos amamos ya no me quiero morir' . Pero no lo espera, tiene grabada en la mente una frase mía en la que le decía que sólo una persona egoísta podría pedirme que diera marcha atrás".

Ramón SAMPEDRO, Cartas desde el infierno, p. 283.

(Entre paréntesis, en el último apartado vuelvo al caso que me preocupó en el primero, y repito lo que he indicado al comentar el Código penal: desconozco mil detalles importantes para poder afirmar o negar que Ramón Sampedro se encuentra en alguno de los supuestos tipificados en el apartado 4 del artículo 143; pero me pregunto si los jueces se han identificado existencialmente con el demandante, si le han atendido y entendido "desde dentro", como lo requiere el círculo hermenéutico, al que volveremos enseguida. También me interrogo si el amor, que crea milagros de la nada, en un mañana próximo, le puede invitar a Ramón Sampedro a "dar marcha atrás").

Mirando al futuro, ante las trágicas cuestiones del morir digno, cabe legalizar posturas y comportamientos que hasta hoy se rechazaban, pues en verdad son posturas y comportamientos que responden a realidades otrora desconocidas, inexistentes. La novedad y complejidad del tema exige nuevas investigaciones, a la luz de las innovadoras/revolucionarias técnicas y doctrinas médicas, filosóficas, teológicas, morales, sociológicas, jurídicas, económicas, etcétera. Por ello, cuando no pocas personas, víctimas de situaciones extremas como las que formula el apartado 4 del artículo 143 del Código penal, piden poder ejercitar su libertad y su derecho a una culminación digna de su existencia (o que alguien les ayude a ello), el Juez y el Comité de ética, antes de contestarles negativamente, deben reflexionar detenidamente acerca de las matizadas actuales razones y opiniones formuladas por los especialistas de las diversas disciplinas a los que nos hemos referido en las páginas anteriores.

Particular atención han de prestar al nuevo concepto de la libertad del hombre respecto a su vida y su muerte, como antes hemos indicado. En la misma línea, la profesora de Filosofía y Filología en la Universidad de Basilea, Annemarie PIEPER, al exponer sus "Argumentos éticos en favor del suicidio", afirma que el bien supremo no es la vida sino la libertad. Textualmente: "La vida es una condición necesaria, pero no suficiente, para existir en cuanto hombre. La condición suficiente para que el hombre exista como hombre, de una manera humanamente digna, es la libertad" (369).

Conviene insistir que esta innovadora percepción del libre albedrío transforma radicalmente las valoraciones acerca del morir digno. Se evidencia una vez más en importantes investigaciones recientes. Baste citar tres estudios sobre el suicidio/morir digno, en Francia y en Suiza. La tesis en Droit Nouveau Régime de la médico-psiquiatra Anne PERRIER-LABERNADIE, sobre "La résistance de I'hornme face au suicide. Analyse criminologique: Je me tue a vous le dire", defendida y aprobada con la más alta calificación en la Universidad de Pau, ello de diciembre de 1994, concluye (p. 182) que "la moral, la religión y la ley, las tres instancias de control social del individuo, cada una desde su campo, han contribuido a neutralizar el mensaje subversivo subyacente en el gesto suicida, sin jamás objetivarlo como tal".

En sentido parecido, el sociólogo francés Patrick BAUDRY, al reflexionar acerca de "Nuevos datos sobre el suicidio" (315 ss.), muestra que el acto de lo que se denomina eutanasia, a veces, "no significa solamente una necesidad de amor, como puede decirse muy vagamente y, en definitiva, muy ingenuamente. Es una violenta llamada de atención a una redefinición de orden interrelacional". Por eso, tal violencia puede molestar, a veces. Porque es una protesta/petición del restablecimiento de vínculos sociales, de estructuras comunitarias menos injustas.

Más adelante llega el Titular de la cátedra de Ética cristiana en la Universidad de Notre Dame, Richard A. McCORMICK, S. J., cuando comenta la proclamación atinada de Juan Pablo TI, en su encíclica Evangelium Vitae, n° 47, "La vida corporal en su estado terreno no es un bien absoluto", y concluye que "La vida no es valor absoluto porque hay valores superiores a los que uno puede sacrificar su vida. 'No hay amor más grande que dar la vida por los amigos'. Después del ejemplo de Jesús, la muerte, aunque constituya la terminación de la vida tal como la conocemos, es su más completa realización" (1997, 23).

En este tema más que en otros, nunca debe olvidarse que, si quien interpreta y aplica las normas legales carece/prescinde de sus correspondientes valores (nuevos valores), nada se consigue; pero, si se consiguiera, ese resultado llegaría corrompido. La hermenéutica, la interpretación jurídicopenal presupone cierta identidad entre el juez cognoscente y el objeto/comportamiento que conoce y juzga. El factum/hecho humano subsumible en la norma legal sólo puede ser aprehendido axiológicamente a través de los instrumentos de comprensión propios de cada juez; la posibilidad que éste tiene de elaborar esos instrumentos se encuentra limitada por el conjunto de su "situación" global. Aunque resulte paradójico, esta situación constituye (existencialmente) el objeto de estudio/conocimiento que el magistrado pretende investigar. Cabe afmnar que el proceso hermenéutico crea una circularidad sin fin: la "situación" del cognoscente viene a coincidir con las consecuencias objetivas del evento estudiado, juzgado, creado/condenado. Cuanto más completa es la manera de "estar" lo conocido en el cognoscente, más objetiva y menos subjetiva es su percepción. Desde otra perspectiva, con for-

mulación de Eduardo CHILLIDA (41), "se ve bien teniendo el ojo lleno de lo que se mira". Como escribió R. TAGORE, quien no ama no sabe juzgar.

La cuestión de la muerte digna en situaciones extremas exige, ante todo, descubrir y describir nuevos métodos multi, ínter y transdisciplinares que deben aplicarse en estas cuestiones tan necesitadas de individuación casuística. Ya el año 198410 afmnó el jesuita Patrick VERSPIEREN, en su excelente comentario Sur la pente de l'euthanasie (48, 279), que suscitó tantas polémicas en Francia.

Según el método que se aplique se llegará a resultados distintos y aun opuestos. Quienes mantengan la metodología tradicional deductiva y dogmática rechazarán todo comportamiento activo y eficaz de ayuda a morir. En cambio, quienes acudan al actual método científico inductivo, interdisciplinar, metarracional, axiológico, virtual y holístico, introducirán matizaciones, casuísticas y criterios que, en algunos supuestos extremos, abocarán a conclusiones nuevas e innovadoras acerca del morir con dignidad la muerte propia, en profunda terminología rilkeana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Maurice ABNEN (1995): Une éthiQue pour la mort, Desc1ée de Brouwer, Paris.

Antonio BERISTAlN (1990): "Prolegómenos para la reflexión penal-criminológica sobre el derecho a culminar la vida con dignidad", en IDEM, De leyes penales y de Dios legislador. (AIfa y omega del control penal humano), Edersa, Madrid, 153-176.

Patrick BAUDRY (1985): "Nuevos datos sobre el suicidio", Concilium, 315-325.

María CASADO GONZALEZ (1995): "Sobre el tratamiento de la eutanasia en el ordenamiento jurídico español y sobre sus posibles modificaciones", Derecho y Salud, enero-junio, 111-122.

IDEM (1994): La eutanasia, Reus, Madrid.

COMITE EPISCOPAL PARA LA DOCTRINA DE LA FE (1986): Nota sobre la eutanasia, Madrid, 15 de abril.

COMITE EPISCOPAL PARA LA DEFENSA DE LA VIDA (1993): La eutanasia, Ed. San Pablo, Madrid.

Adela CORTINA (1996): Etica mínima, Tecnos, Madrid.

Azucena COUCEIRO VIDAL (1996): "Comités de ética y eutanasia", en Salvador URRACA (Comp.), Eutanasia hoy. Un debate abierto. Noesis, Madrid, 293-312.

Eduardo CHILLIDA (1994): Preguntas, Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, Madrid.

K. DEMMER (1992): "Eutanasia", Nuevo Diccionario de Teología Moral, Edic. Paulinas, Madrid.

IDEM (1995): "Opcionalismo: elección y opción fundamental", en Dietmar MIETH (Comp.), La Teología moral ¿fuera de iue_o?, Herder, Barcelona, 79-100.

José Luis DIEZ RIPOLLES (1995): "Eutanasia y Derecho", E¡:uzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 9, San Sebastián, 113-139.

José Luis DIEZ RIPOLLES, Juan MUÑOZ SANCHEZ (Comps.) (1996): El tratamiento juódico de la eutanasia. Una perspectiva comparada, Tirant lo Blanch, Valencia.

Hipólito DURAN (1986): "La eutanasia", en 1. GAFO (Comp.), Dilemas éticos de la Medicina actual, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 115-139.

Ignacio ECHANIZ (1990): Conversaciones con San Ignacio, Bilbao.

F.J. ELIZARI (1991): Bioética, Ed. Paulinas, Madrid.

IDEM (1992): "Eutanasia: lenguaje y concepto", Mm:IDill, 14, 145175.

IDEM (1992 a): "La eutanasia ante la ley", Nuevo Diccionario de Teolo ía Moral, Ed. Paulinas, Madrid, 742 ss.

Albin ESER (1977): "Zwischen 'Heiligkeit' und 'Qualitat' des Lebens. Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebenssechutz", en Tradition und Fortschrift im Recht, Mohr (paul Siebeck), Tübingen.

Albin ESER, Markus von LUTTEROTII (1992): sub voce: "Sterbehilfe", en A. ESER, M. von LUTTEROTIl, P. SPORKEN (Comps.), Lexikon Medizin Ethik Recht, Herder, Freiburg im Breisgau, cols. 1086 a 1101.

José FERRATER MORA (1994): en J. FERRATER MORA, Priscilla COHN, Etica aplicada. Del aborto a la violencia, 3á reimpresión de la 2edición, Alianza, Madrid.

Josef FUCHS (1987): "Kontinuitat kirchlicher Morallehre?", en Stirnmen .

Javier GAFO (1984): La eutanasia y el derecho a morir con dignidad, ed. Paulinas, Madrid.

Enrique GIMBERNAT (1990): "Eutanasia y Derecho penal", en IDEM, Estudios de Derecho penal, Tecnos, Madrid, 51-54.

Diego GRACIA (1989): Fundamentos de bioética, Edic. Universidad Complutense, Madrid.

IDEM (1996): "Historia de la eutanasia", en Salvador URRACA (Comp.), Eutanasia hay. Un debate abierto, Noesis, Madrid, 67-91.

IDEM (1996 a): "Eutanasia: estado de la cuestión", en Salvador URRACA (Comp.), Eutanasia hoy..., 273-292.

Ernst M. H. IDRSCH BALLIN (1993): "La democracia cristiana y la eutanasia", Concilium, núm. 248, 763-766.

Carmen JUANATEY DORADO (1994): Derecho suicidio y eutanasia, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid.

Anton M. Van KALMTHOUT (1995): "Eutanasia: el ejemplo holandés", Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 9, San Sebastián,163-193.

Hans-Georg KOCH (1996): "La ayuda a morir como problema legal en Alemania", en J.L. DIEZ RIPOLLES, J. MU-

ÑOZ SANCHEZ (Comps.), El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada, Tirant lo Blanch, Valencia, 233-260.

Harry KUITERT (1985): "¿Tiene el cristiano derecho a darse muerte?", Concilium. 435-442.

Richard A. McCORMICK (1995): "The Gospel of Life", Amerita, 29 de abril, pp. 10-17.

IDEM (1995 a): "Für das Leben - wie?", Orientierung, 30 de junio.

IDEM (1997): "Reto a la Etica coherente de la vida. ¿Puede la concepción católica sobre el cuidado de la vida servir de guía?", Selecciones de Teología, Barcelona, núm. 141, 17-26.

Ignacio MUÑAGORRI (1994): Eutanasia y Derecho penal, Centro de Estudios Judiciales, Madrid,

Francisco MUÑOZ CONDE (1996): Derecho penal. Parte Especial, undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia.

Sherwin B. NULAND (1995): Cómo morimos. Reflexiones sobre el último capítulo de la vida, trad. de C. Tomé, Alianza, Madrid.

Annemarie PIEPER (1985): "Argumentos éticos en favor del suicidio", Concilium, 363-374.

J. PORlER, D. MIETH (1984): "Presentación", Revista Internacional de Teología Concilium (monográfico sobre el suicidio y el derecho a la muerte), núm. 199, pp. 309-314.

David N. POWER (1985): "Las exequias por un suicida y su desarrollo litúrgico", Concilium, 401-409.

Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir. Introducción, texto y fundamentos. (Presentado por un grupo de juristas y médicos alemanes). Traducción de Borja MAPELLI CAFARENA, Anuario de Derecho penal, 1988, 833-875.

José Luis PUERTA LOPEZ-COZAR, Asumpta MAURI MAS (1996), "La pendiente resbaladiza en las decisiones médicas concernientes a la eutanasia", en Salvador URRACA (comp.), Eutanasia hoy. Un debate abierto, Noesis, Madrid, 183-203.

Antonio QUINTANO RIPOLLES (1982): sub voce: "Eutanasia", en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Francisco Seix, Barcelona, 153161.

Karl RAHNER (1969): "Sobre el morir cristiano", Escritos de Teología, t. VII,297-304.

Alicia RODRIGUEZ NUÑEZ (1994): "Eutanasia activa en la legislación holandesa", Revista de Derecho penal y Criminología, UNED, Madrid, 1157-1164.

Carlos Mª ROMEO CASABONA (1994): El derecho a la vida y la bioética ante los límites de la vida humana, ed. R. Areces, Madrid.

IDEM (1996): "La eutanasia en el Derecho comparado y en el Código penal español", en Salvador URRACA (Comp.), Eutanasia hoy..., 215-235.

Carlos Mª ROMEO CASABONA Y OTROS (1994): Medical Law. Spain, K1uwer, The Netherlands.

Bernardo DEL ROSAL (1996): "El tratamiento juódico-penal y doctrinal de la eutanasia en España", en J.L. DIEZ RIPOLLES, J. MUÑOZ SANCHEZ (Comps.), El tratamiento iuódico de la eutanasia. Una perspectiva comparada, Tirant lo Blanch, Valencia, 41-74.

Bruno SCHUELLER (1970), "Zur Problematik allgemein venbindlicher ethischen Grundsatze", Theolog-ie und Philosophie, 45, pp. 13-16.

Jean-Pierre SOULIER (1995): Morir con dig-nidad. Una cuestión médica. una cuestión ética, traducción al castellano, con documentos explicativos de la situación del tema en España, de J.M. López Vidal, edic. Temas de hoy, Madrid, 1995. Original en francés: Mourir en paix. Ouelle medicine en fin de vie?, Editions Albín Michel, 1994.

Paul SPORKEN (1974): Medicina y ética en discusión, edil. Verbo divino, Estella.

Per STANGELAND (1996): "Aspectos sociológicos de la eutanasia en España", en J.L. DIEZ RlPOLLES, J. MUÑOZ SANCHEZ (Comps.), El tratamiento iurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada, Tirant lo Blanch, Valencia, 23-40.

Michael THEOBALD (1995): "El fundamento bíblico de la doctrina moral de la iglesia", en Dietmar MIETH (Comp.) La Teología..., 29-52.

Angel TOKIO (1991): "Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia", Estudios penales y criminolóicos, XIV, Universidad de Santiago de Compostela,217-245.

TRIBUNAL FEDERAL ALEMAN (1954): Enstscheidungen des Bundesg-erichtshof in Strafsachen, Tomo 6.

H. TRISTAN ENGELHARDT (1995): Los fundamentos de la bioética, trad. de 1. Arias, G. Hernández y O. Domínguez, edic. Paidós, Barcelona.

Miguel de UNAMUNO (1950), Del sentimiento trágico de la vida, Obras completas, T. IV, Madrid.

Patrick VERSPIEREN, SJ. (1984): "Sur la pente de l'euthanasie", Eludes, 43-54.

IDEM (1984 a): "Euthanasie. Le débat étique", Eludes, 293-301.

José VICO PEINADO (1995): Dolor y muerte humana digna. Bioética teológica, San Pablo, Madrid.

Marciano VIDAL (1989), Bioética. Estudios de bioética racional, Tecnos, Madrid.

IDEM (1994): Eutanasia: un reto a la conciencia, ed. San Pablo, Madrid.

IDEM (1997): "El Evangelio es salvación, no condena", Vida Nueva, Madrid, 8 febrero, 8-11.

Sidney H. W ANZER Y OTROS (1992): "La responsabilidad del médico frente a los enfermos irremediables: Una segunda ojeada", en R.M. BAIRD, S.E. ROSENBAUM (Comps.), Eutanasia: Los dilemas morales, traducción de J.A. Bravo, Ed. Martínez Roca, Barcelona.

Glanville WILLIAMS (1958): The Sanctity ofLife and fue Criminal Law, Faber and Faber L TD, London.

Ernlé W.D. YOUNG (1992): "Ayuda al suicidio: Una perspectiva ética", en R.M. BAIRD, S.E. ROSENBAUM (Comps.), Eutanasia: Los dilemas morales, traducción de J.A. Bravo, Ed. Martínez Roca, Barcelona.

Raúl ZAFFARONI, Beatriz OLIVElRA (1991), "Ignacio, Cícero y el poder del amor", en J. Caro Baroja (Dir.), A. Beristain (Comp.), Ig-nacio de Loyola. Mag-íster Artium en París 1528-1535. Kutxa, San Sebastián.

Xavier ZUBIRI (1983): Inteligencia y razón, IRA, Alianza, Madrid.

José Miguel ZUGALDIA ESPINAR (1996): "Perspectivas constitucionales y político-criminales sobre la legalización de la eutanasia", en Salvador URRACA (Comp.), Eutanasia hoy..., 237248.

EN TORNO A LA ADECUACIÓN DE LA EXIGENCIA NORMATIVA DE UN VÍNCULO GENÉTICO ENTRE DONANTE Y RECEPTOR DE ÓRGANOS, TEJIDOS U OTRAS SUSTANCIAS DEL CUERPO HUMANO

Victor Angoitia Gorostiag
Profesor de Derecho Civil. Universidad del País Vasco

SUMARIO: 1. El artículo 7 del real decreto 411/1996, de 1 de marzo. 1.1. El referente francés. 1.2. La excepcionalidad de la licitud de la extracción no terapéutica en el menor de edad. 1.3. La necesidad de la intervención judicial. lA. Los diferentes requisitos de los centros autorizados para la obtención e implantación de médula ósea, en función de la concurrencia o ausencia de un vínculo entre donante y receptor. H. Las tendencias restrictivas en la cesión de órganos, tejidos y otras sustancias del cuerpo humano. H.!. La prevención de la mercantilización. 11.2. El vínculo genético y el estrecho parentesco. H.3. Las resoluciones internacionales. HA. El precedente italiano y la reciente legislación británica, argentina y francesa. In. Conclusiones: el difícil y obligado papel de la norma jurídica.

I.

El Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos[1], ha introducido, por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico, el singular requisito de que entre el cedente de una parte de su cuerpo y el destinatario de la misma haya de mediar *un vínculo genérico*, como determinante de la licitud de la extracción o toma *ex vivo* con una finalidad terapéutica en otra persona[2].

En efecto, conforme al artículo 7.2 del mencionado Real Decreto, que se ocupa de la emisión del consentimiento previo e informado del donante vivo[3], los menores de edad pueden, en contra de la previsión general establecida en el apartado 10, ser donantes de residuos quirúrgicos, de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea[4]. Ahora bien, en los dos últimos supuestos, sólo cabrá la extracción o toma en el me-

[1] BOE, 23 de marzo de 1996, pp. 11246-11253. En idénticas fechas se aprueban y publican el Real Decreto 412/1996, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, y el Real Decreto 413/1996, por el que se fijan los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

[2] La Disposición Final única del Real Decreto 411/1996 excluye de su ámbito de aplicación: a) la extracción y trasplante de órganos; b) la hemodonación, sangre y plasma humanos, bancos de sangre y productos derivados; c) los embriones y fetos humanos, sus células, tejidos y órganos; d) los gametos; e) la mera obtención de sustancias o tejidos humanos con la finalidad exclusiva de realizar estudios y análisis clínicos; f) el pelo, las uñas, la placenta y otros productos humanos de desecho, si bien el cordón umbilical y los progenitores hematopoyéticos obtenidos a su través no se consideran, a estos efectos, productos de desecho; g) los productos que incorporen una sustancia de origen humano que debido al tratamiento de que ha sido objeto haya perdido la organización celular y la estructura que caracteriza al tejido humano, los cuales se considerarán medicamento o producto sanitario.

[3] Por su parte, el artículo 8 se ocupa de la obtención de tejidos humanos de personas fallecidas, la cual podrá llevarse a cabo siempre que no hubieran dejado constancia expresa de su oposición y previa comprobación médica de su fallecimiento, cuya acreditación no requerirá imprescindiblemente la constatación de los signos de muerte cerebral.

[4] Conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1, la obtención de tejidos humanos de donantes vivos *mayores de edad* requiere que hayan sido previamente informados de las consecuencias de su decisión y que otorguen su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada, sin que puedan obtenerse tejidos de personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento en la forma indicada. Dicho consentimiento deberá formalizarse inexcusablemente por escrito y ser firmado por el donante y por el médico que haya de realizar la obtención, responsable, asimismo, de facilitar al cedente la información referente a las consecuencias previsibles de la extracción.

nor de edad en aquellas situaciones en las que concurra una relación genética entre donante y receptor y siempre con la previa autorización de sus padres o tutores. A ello se añade, a modo de cualificada garantía y respeto a los derechos de la personalidad del menor, que, en tales casos, deberá ser oído conforme a las previsiones del artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de donde deriva que su negativa a la extracción habrá de ser inexcusablemente respetada[5]. Por su parte, establece con carácter general el artículo 7.3 que, en los casos en que la obtención de un tejido de donante vivo precise una intervención quirúrgica, el consentimiento deberá formalizarse conforme a los requisitos del artículo 4 del Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero[6].

Coherentemente, la Disposición Derogatoria única, apartado 2°, del Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, ha derogado expresamente la Disposición Final 2a del Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, conforme a cuyo párrafo 4° los menores de edad podían ser donantes de médula ósea, dadas sus características biológicas, previa autorización de sus padres o tutores.

I.1.

En este punto, conviene recordar cómo la Ley francesa de 22 de diciembre de 1976, autorizaba en su artículo 1 la extracción en un menor de edad, siempre que se tratara de un hermano o hermana del receptor, con independencia del carácter regenerable o no regenerable del órgano o tejido extraídos. Dicha extracción requería el consentimiento del representante legal del menor y la autorización de un comité compuesto, como mínimo, por tres expertos. Conforme a lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 78-501, de 31 de marzo, que desarrollaba en su Sección TI la genérica previsión de la Ley *Caillavet*, siempre que el menor tuviera capacidad para expresarse habría de ser oído e informado de las consecuencias que pudiera conllevar la extracción, la cual no podría autorizarse en un menor que se hubiera negado a la misma[7] .

Como se sabe, las previsiones de la Ley francesa de 22 de diciembre de 1976 y del Decreto de 31 de marzo de 1978 han sido, en este punto, objeto de profunda reforma, como consecuencia de la entrada en vigor de las Leyes núms. 94-653 y 94-654, ambas de 29 de julio de 1994, relativas, la primera, al respeto del cuerpo humano y, la segunda, a la donación y utilización de elementos y productos del mismo, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal, por las que se modifican diversos preceptos del *Code Napoléon,* del Código Penal y, singularmente, del Código de la Salud Pública[8]. En concreto, por lo que ahora me ocupa, el artículo L. 671-4 del Código de la Salud Pública prohibe la extracción de órganos para su donación en menores de edad o adultos sujetos a medidas de protección legal. Únicamente en el supuesto de la médula ósea, el artículo L. 671-5 autoriza la extracción en un menor de edad, *siempre que se realice en beneficio de un hermano o hermana*. Complementariamente, el artículo 511-3 del Código Penal sanciona la extracción llevada a cabo en un menor de edad, en contra de las previsiones de los artículos L. 671-4 Y L.671-5 mencionados, con la pena de siete años de prisión y multa de 700.000 francos. Por su parte, el artículo L. 672-5 del Código de la Salud Pública prohibe la extracción en el menor de edad, sin una finalidad terapéutica directa para el mismo, de tejidos, células y otros productos del cuerpo humano, sancionando el artículo 511-5 del Código Penal dicha conducta con la pena de cinco años de prisión y multa de 500.000 francos.

I.2.

El somero análisis comparado de ambos ordenamiento s, en tantos sentidos afines y especialmente próximos en el ámbito de los derechos físicos de la personalidad, refleja una tendencia restrictiva, singularmente acusada en el caso francés, respecto a la regulación normativa anteriormente vigente. En efecto, también por lo que a nuestro ordenamiento se refiere, resulta reseñable la limitación de la autorización de la extracción de médula ósea en los menores de edad a aquellos supuestos en los que *exista un vínculo genético entre donante y receptor*, sin duda menos estricta que la colateralidad de segundo grado exigida por la normativa francesa, pero, en todo caso, restrictiva respecto a la anteriormente contemplada en la Disposición Final 2a, párrafo 4°, del Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, en la que ninguna exigencia se formulaba respecto a la concurrencia de vínculo alguno entre donante y receptor[9].

---

[5] Recuérdese, en este sentido, que el artículo 162 del Código Civil exceptúa del ámbito de la representación legal de los padres, respecto a sus hijos menores no emancipados, los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. Sobre esta cuestión, *vid.* a modo de síntesis, GONZÁLEZ MORAN, Luis, "El artículo 162.1° del Código Civil y el derecho del menor a la salud", en La Tutela de los derechos del menor, Córdoba, 1984, pp. 217-220; ANGOITIA GOROSTlAGA, Víctor, Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 325-354.

[6] En consecuencia, dicho consentimiento habrá de manifestarse, por escrito, ante el Juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate.

[7] Para un detenido análisis de la anteriormente vigente normativa francesa, *vid.* BATIGNE, Monique, Les greffes d'organes en Droit Penal, Université de Montpellier **1,** 1980; DUBO, Bernard, La transplantation d'organes. Etude de Droit Privé, Université de Lille TI, 1978; LABBEE, Xavier, La condition juridique du corps humain avant la naissacne et apres la mort, Presses Universitaires de Lille, 1990

[8] *lCP* (1994), TII, 66973 Y 66974. Ambas Leyes fueron sometidas al conocimiento del Consejo Constitucional, a iniciativa tanto del Presidente de la Asamblea Nacional como de un grupo de más de sesenta diputados. Por decisión de 27 de julio de 1994, núms. 94-343-344 DC, el Consejo Constitucional declaró las mismas conformes a la Constitución.

[9] Sobre la singular problemática suscitada por los requisitos de histocompatibilidad exigidos en el trasplante de médula ósea, *vid.* Conseil de L'Europe. La transplantation d'organes. Etablisse ment d'un registre européen de donneurs

Desde dicha perspectiva, la reforma introducida por el artículo 7 del Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, se hace acreedora a un juicio favorable, en la medida en que traduce el consenso generalizado concurrente respecto a la excepcionalidad de la licitud de la extracción en menores de edad sin una finalidad terapéutica directa en los mismos[10], desde la que cobra coherencia que se autorice exclusivamente en los supuestos en que se producen aquellas singulares circunstancias[11]. De otro lado, desde la perspectiva formal o sistemática, se abandona la subrepticia ubicación anterior de tan trascendental autorización, para incorporarla al articulado del nuevo Real Decreto 411/1996, sin que ello alcance a despejar, totalmente, las razonables dudas aún persistentes sobre la adecuación o legalidad de que el principio de especialidad ampare la contravención de lo dispuesto en el artículo 156 del Código Penal[12] y en el artículo 4° de la Ley 30/1979, de 27 de octubre[13].

Siendo cierto que ambas previsiones se formulan, fundamentalmente, en relación a la extracción de órganos, de donde cabría sostener su no aplicabilidad a otras sustancias, tejidos, elementos y productos del cuerpo humano que, por su diferenciado carácter, se hacen acreedores a una específica regulación, no cabe olvidar la generalizada equiparación de los requisitos para la válida extracción de médula ósea con los concurrentes en la extracción de órganos, a pesar del carácter regenerable de aquélla.

I.3.

En este sentido, el artículo L.671-5 del Código francés de la Salud Pública exige el consentimiento de cada uno de los titulares de la autoridad parenta1 o el del representante legal del menor de edad, en los casos en que se pretenda la extracción de médula ósea del mismo. Dicho consentimiento ha de prestarse ante el Presidente del Tribunal de Gran Instancia o ante el Magistrado en quien delegue. La autorización a la extracción ha de ser, además, acordada por un comité de expertos, compuesto, según el artículo L. 671-6, por tres miembros, dos de los cuales habrán de ser médicos y, el tercero, *una personalidad ajena a la profesión médica*[14]. La decisión del comité contraria a la autorización no habrá de ser motivada. Conjunto de previsiones, en fin, que no han modificado sustancialmente las contempladas con anterioridad en la Ley de 22 de diciembre de 1976 y en el Decreto de 31 de marzo de 1978.

Personalmente, entiendo que, también en nuestro ordenamiento, la extracción de médula ósea en el menor de edad debe quedar sujeta a los requisitos y garantías con que se inviste la emisión del consentimiento en el artículo 4° del Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, independientemente del efectivo alcance que haya de merecer el concepto de *intervención quirúrgica*, desde una perspectiva estrictamente médica. Así lo exigen las disposiciones reguladoras de la menor edad en nuestro ordenamiento jurídico, conforme a las cuales las decisiones adoptadas por los representantes legales del menor en la esfera de los derechos de la personalidad han de ser sometidas a un cierto control oficial, que garantice que aquéllas se adoptan efectivamente en beneficio o interés del

---

bénévoles typés por ma pour la transplantations de moelle osseuse, Estrasburgo, 1987, pp. 1-6.

[10] *Vid.* por todos, MANTOVANI, Perrando, I trapianti e la sperimentazione umana Del Diritto italiano e straniero, Padua, Cedam, 1974, pp. 254-280; CURRAN, William J., «A problem of consent: kidney transplantation in minors», *New York University Law Review*, mayo, 1959, pp. 891-898.

[11] No obstante, conviene recordar que, aunque la polémica suscitada por los actos de disposición del cuerpo de menores e incapacitados pretende con frecuencia ceñirse exclusivamente al ámbito de la cirugía sustitutiva, existen otros supuestos en que la vulneración de su integridad física se manifiesta igualmente requerida, sin que la misma redunde de manera directa en su propio beneficio. Así acontece, singularmente, en las hipótesis en que la investigación de determinadas enfermedades, asociadas precisamente a personas de corta edad o causantes de graves deficiencias, exige la realización de tratamientos experimentales, que sólo cobran sentido llevándose a cabo en personas de dicha condición, sin que quepa esperar, con carácter inmediato, un beneficio directo para el sujeto pasivo de los mismos. Sobre esta cuestión, *vid.* BELLELLI, Alessandra, Aspetti civilistici della sperimentazione umana, Padua, Cedam, 1983, p. 62. El artículo 60.6 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, establece que el consentimiento al ensayo clínico, incluso sin interés terapéutico particular para el sujeto de la experimentación, será otorgado por el representante legal en el caso de personas que no puedan emitido libremente, si bien será necesaria la conformidad de éstas si sus condiciones les permiten comprender la naturaleza, importancia, alcance y riesgos del ensayo.

[12] Conforme a su párrafo primero, 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... salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Dicha previsión no varía lo anteriormente establecido en el artículo 428 del Código Penal. Reseñable, sin embargo, resulta la fundamental innovación introducida por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, al establecer con carácter general el nuevo artículo 155 del Código Penal que en los delitos de lesiones se impondrá la pena inferior en uno o dos grados, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido; previsión que, en cualquier caso, tampoco resulta aplicable al consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.

[13] Taxativamente establece dicho precepto que el donante vivo de un órgano para su ulterior injerto o implantación en otra persona ha de ser mayor de edad, exigencia que se reitera en el artículo 2.a) del Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero. Todo ello llevaría a considerar de "legalidad más que dudosa la Disposición final 2" del Reglamento", duda razonablemente trasladable a la previsión del artículo 7.2 del Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo. Sobre esta cuestión, *vid.* DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON BALLESTEROS, Antonio, Sistema de Derecho Civil, vol. 1, 8" edición. 2" reimpresión, Madrid, Tecnos, 1994, p. 348.

[14] Los inequívocos términos del artículo L. 671-6 del Código francés de la Salud Pública *-une personnalité n' appartenant pas aux professions médicales-* y el espíritu que, a mi juicio, en ellos se encierra, invitan a una seria reflexión sobre el acierto de la práctica no inusual en nuestro país, conforme a la cual son los propios profesionales de la Medicina, a través de una formación de post-grado, los que alcanzan la teórica cualificación que les legitima para representar en diversos órganos aquellos intereses y planteamientos originariamente llamados a contrastar y enriquecer la estricta perspectiva médica frente a determinadas tesituras.

menor[15]. En particular, establece el artículo 158.3° del Código Civil que el juez dictará, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, cuantas disposiciones considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios[16], al tiempo que el artículo 163, párrafo primero, señala que siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él[17].

No parece, en cualquier caso, aconsejable una duplicidad de procedimientos, en la medida en que las garantías que velan por que aquella extracción se ajuste en todos sus términos a las previsiones de nuestro ordenamiento, pueden adecuadamente articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 4° del Real Decreto 426/1980, tal y como, acertadamente, ha venido a corroborar el artículo 7.3 del Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo[18].

I.4.

Finalmente, la existencia o ausencia de un vínculo genético *o de parentesco* entre el donante y el receptor de médula ósea, se traduce en los diferenciados requisitos que habrán de cumplimentar los centros de obtención e implantación de dicho tejido. Así, el artículo 11.3 añade a los requisitos y condiciones mínimos que deben cumplir los centros sanitarios para poder ser autorizados a la práctica de obtención de tejidos humanos, el de estar autorizado para la realización de implante de médula ósea autólogo o alogénico y contar con la experiencia suficiente, en el caso en que se pretenda la autorización para la obtención de médula ósea de donante *no emparentado.*

Por su parte, el Anexo al Real Decreto 411/1996, en el que se establecen los requisitos específicos de los centros de implantación de tejidos humanos, según la actividad a desarrollar, añade a los requisitos mínimos específicos comunes que han de cumplimentar los centros autorizados a realizar actividades de implantación de médula ósea, una serie de requisitos diferenciados en función de los distintos tipos de trasplante para e1l10s que se solicite autorización; distinguiéndose, en concreto, la realización de autoimplantes, la realización de implantes alogénicos a partir de *donantes familiares* y, por último, la realización de implantes alogénicos a partir de *donantes no emparentados.* En este supuesto, además de reunir todos los restantes requisitos, el centro deberá garantizar la disponibilidad de un laboratorio de histocompatibilidad con capacidad de determinar DR por DNA de alta resolución y haber realizado, durante los dos años anteriores a la solicitud de la autorización, un mínimo anual de diez implantes alogénicos de *donante familiar.*

II.

En todo caso, los cualificados argumentos que avalan la excepcionalidad de la autorización de la extracción de médula ósea en los menores de edad y su consiguiente limitación a los supuestos en que concurra un vínculo genético entre donante y receptor de tan preciada sustancia del organismo humano, cuyos extraordinarios requisitos de histocompatibilidad justifican tanto aquélla como las añadidas garantías que habrán de cumplimentar los centros autorizados a la implantación a partir de donantes no emparentados, no parecen fundadamente trasladables a la cesión de otros órganos, tejidos y sustancias del organismo humano, respecto de la que parece, igualmente, cultivarse una creciente convicción en la adecuación de su limitada autorización a los supuestos en que cedente y receptor aparezcan *genéticamente vinculados o, cuando menos, estrechamente emparentados.*

II.1.

Los razonables temores que suscita la posibilidad de que el donante vivo de un órgano o tejido de su cuerpo actúe movido por un ánimo de lucro o, más realistamente, por el de obtener unos ingresos a fin de subvenir a sus necesidades más básicas[19], se ven, a mi juicio, suficientemente salvaguardados

---

[15] Sobre esta cuestión, *vid.* GETE-ALONSO y CALERA, Ma del Carmen, La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona, Madrid, Civitas, 1985; GONZALEZ MORAN «El artículo 162-1° del Código Civil», cit., pp. 217-220; GORDILLO CAÑAS, Antonio, Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos, Madrid, Tecnos, 1986; MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho Civil»>, *ADC,* octubrediciembre, 1992, pp. 1391-1498; PEREZ DE CASTRO, Nazareth, El menor emancipado, Madrid, Tecnos, 1988; ANGOITIA GOROSTIAGA, Extracción y Trasplante, cit., pp. 325-354; DIEZ-PICAZO, Luis, «El principio de protección integral de los hijos ("Tout pour l'enfant"»>, en La tutela de los derechos del menor, Córdoba, 1984, pp. 127-131.

[16] Tras la reforma por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, el artículo 216 incorpora un párrafo para disponer que "las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser adoptadas también por el juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores o incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos".

[17] Para un detenido análisis, *vid.* JORDANO FRAGA, Francisco, «La capacidad general del menor», *RDP,* octubre, 1984, pp. 883-904

[18] Que establece en efecto que, "en el supuesto de que sea precisa una intervención quirúrgica específicamente destinada a la obtención de un tejido de un donante vivo, el consentimiento escrito deberá formalizarse en la forma y condiciones que establece el artículo 4 del Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero".

[19] No es casual, desgraciadamente, que tal realidad se manifieste especialmente en países como India, célebre por las muy precarias condiciones en que viven muchos de sus habitantes. Para más detalles, *vid.* DAAR, A. S., «Commerce in transplantable human kidneys», *R.E.T., vol.* 2, extraordinario 1, junio, 1993, pp. 58-61. Según dicha fuente, un riñón puede "adquirirse" en Bombay por 3.000 dólares, buena parte de los cuales no van a parar al cedente, sino al intermediario en la operación. Ello entronca con una triste tradición, particularmente incidente en las cesiones de sangre, en que son las personas más necesitadas o menesterosas las mejor dispuestas a sacrificar su integridad física, a cambio de algunas monedas que sólo por un breve tiempo podrán contribuir a mejorar sus condiciones de vida.

desde las garantías que, con precisión y exquisitez reseñables, se establecen desde la propia norma jurídica[20].

Tanto los requisitos que en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, como, singularmente, en el Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, se configuran a fin de garantizar que el consentimiento del donante resulte efectivamente libre y desinteresado, alejan hoy de nuestro entorno la posibilidad efectiva de que la cesión en vida de un órgano, singularmente un riñón, obedezca a un ánimo de lucro o a una expectativa retributiva y no a un móvil altruista o solidario. Similar juicio resulta generalizable, en principio, a todos aquellos países del entorno europeo, particularmente los Estados miembros del Consejo de Europa, en los que las leyes reguladoras establecen requisitos y garantías próximos a los contemplados en nuestra normativa[21]; todo ello sin perjuicio de la posible concurrencia de otros fenómenos deleznables, como el llamado tráfico de prioridades en las listas de espera[22].

No obstante, una cuasi-obsesiva preocupación por prevenir la posibilidad de que, a pesar de aquellas garantías, lleguen a producirse supuestos en los que el atentado a la integridad física que la extracción en vida conlleva obedezca, no a un consentimiento desinteresado, otorgado libremente a fin de socorrer a otro ser humano, sino al ánimo de obtener una retribución previamente acordada, prometida o, simplemente, esperada o deseada, parece ir generando la convicción de que aquella vulneración de la integridad, cuando alcanza la entidad de la extracción de un órgano, sólo debe ser autorizada en personas estrechamente emparentadas con el receptor, hipótesis en la que aquel riesgo desaparecería.

II.2.

Aunque frecuentemente utilizados de manera indistinta, existen, en principio, sustanciales diferencias entre los conceptos que se formulan bajo los términos *persona genéricamente emparentada* y *persona estrechamente emparentada.* El primero se ajusta más propiamente a los requisitos de histocompatibilidad, mientras que el segundo obedece, fundamentalmente, a la necesidad de prevenir cualquier forma de comercio de órganos o de evitar toda cesión que no responda exclusivamente a un ánimo altruista y solidario[23].

Es evidente, de otro lado, que prefieren ignorarse en dichos planteamientos las razones que, desde otra perspectiva, se argumentan a favor de que tales cesiones entre parientes hayan de ser, precisamente, prohibidas por las leyes reguladoras, en cuanto en las mismas concurren, frecuentemente, elementos expresa o tácitamente coactivos, que vician el proceso de formación de la voluntad del donante hasta invalidar su consentimiento[24].

En realidad, la conveniencia de que la extracción en vida de un órgano se lleve exclusivamente a cabo en personas genéticamente emparentadas con el destinatario del mismo nunca ha sido ajena al desarrollo de la cirugía sustitutiva, si bien la razón fundamental esgrimida respondía a imperativos médicos de compatibilidad entre donante y receptor[25]; requerimiento que, afortunadamente, la ciencia médica ha logrado ir situando en mayores niveles de tolerancia en los últimos años[26].

II.3.

Por otra parte, la excepcionalidad con que, en todo caso, se contempla por parte del Derecho la licitud de la extracción en vida de un órgano para su trasplante a otra persona,. se traduce en que las diversas resoluciones de carácter internacional aconsejen el recurso a la misma sólo en aquellas hipótesis en que el trasplante de cadáver no resulte posible o aconsejable. En ese sentido, el artículo cuarto de la Resolución (78)29 del Consejo de Europa, de 11 de mayo de 1978[27], establecía que las extracciones de sustancias no regenerables debían limitarse a los trasplantes entre *personas genéticamente emparenta-*

---

[20] *Vid.* en ese sentido, GORDILLO CAÑAS, Antonio, Trasplantes de órganos: *Pietas* familiar y solidaridad humana, Madrid, Civitas, 1987, pp. 66-72

[21] Sobre esta cuestión, *vid.* Conseil de l'Europe. Conference des Ministres Européens de la Santé. La transplantation d'organes. La législation actuelle daos les Etats membres du Conseil de l'Europe et en Finlande et hilan de la coopération européenne, Estrasburgo, 1987, pp. 53-55.

[22] Para un detenido análisis, *vid.* Conseil de L'Europe. Conference des Ministres, cit., Problemes ethiques et socioculturels soulevés par la transplantation d'organes, Estrasburgo, 1987, pp. 1622.

[23] *Cfr*. en este sentido, el artículo 4° de la Resolución (78)29 del Consejo de Europa, que hablaba de *personnes génétiquement apparentées,* y el artículo 8° del Texto Final de la Tercera Conferencia de Ministros Europeos de la Salud, que habla de un *genetically or closely related living donor*. La Directriz 3" de la Resolución WHA 44.25, de la Organización Mundial de la Salud, acoge exclusivamente a los *genetically related donors; vid.* para más detalles, KENNEDY, 1. Y GRUBB, A., Medical Law. Text with materials, London, Butterworths, 2" edición, 1994, pp. 1087-1092.

[24] En este sentido, *vid.* SCOTT, Russell, The body as property, Nueva York, Allen Lane, 1981, pp. 122-123; Notes, «The sale ofhuman body parts», *Michigan Law Review,* may, 1974, p. 1199.

[25] *Vid.* sobre esta cuestión, MANTOV ANI, Ferrando, I trapianti e la sperimentazione, cit., p. 196. Ello explica, como se sabe, que el primer trasplante de riñón de donante vivo llevado a cabo con éxito tuviera como protagonistas a dos gemelos univitelinos, así como el recurso como cedentes a menores e incapacitados, alternativa que, afortunadamente, ha ido con el tiempo mostrándose como innecesaria, salvo por lo que al trasplante de médula ósea se refiere.

[26] A ello ha contribuido de manera unánimemente reconocida el descubrimiento de la ciclosporina, medicamento que reduce la respuesta del sistema inmunitario y, consecuentemente, disminuye las posibilidades de rechazo. Para más detalles, *vid.* ALVAREZ DE MON, Melchor, «Bases inmunológicas del tratamiento inmunosupreSO!», en De la donación al trasplante. Aspectos legales, médicos y logísticos, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1987, pp. 1925.

[27] Conseil de L'Europe. Comité des Ministres. Resolution (78) 29 sur l'hannonisation des législations des Etats membres relatives aux prélevements, greffes et transplantations de substances d'origine humaine, Annexe, arto 4 : Les prélevements de substances non susceptibles de régénération doivent etre limités aux transplantations entre personnes génétiquement apparentées, sauf en cas exceptionnellorsqu'il existe des chances sérieuses de réussite.

das, salvo en casos excepcionales en que existieran grandes posibilidades de éxito[28]. Más restrictivamente, los artículos 6, 7 Y 8 del Texto Final de la Tercera Conferencia de Ministros Europeos de la Salud, celebrada en París en noviembre de 1987[29], aconsejan que el uso de órganos de donantes vivos debe ser restringido y, en la medida de lo posible, progresivamente eliminado, de modo que sólo se extraigan de los mismos sustancias regenerables[30]. No obstante, cabe proceder a la extracción de riñón de un donante vivo, *genérica o estrechamente emparentado al receptor,* en aquellos supuestos en que ni la diálisis ni otra técnica alternativa resulten factibles y no se disponga de un órgano adecuado procedente de cadáver, o bien cuando el uso de un órgano procedente de donante vivo resulte médicamente más aconsejable[31].

Por su parte, la Directriz Tercera de la Resolución WHA 44.25, de la Organización Mundial de la Salud, adoptada el 13 de mayo de 1991[32], incide en la necesidad de que las extracciones de órganos se realicen preferentemente en cadáveres, no obstante lo cual también los donantes vivos pueden ceder órganos siempre que, *en general, estén genéricamente emparentados con los receptores,* salvo en la cesión de médula ósea y otras sustancias regenerables[33].

En similar sentido, también para la Sociedad de Trasplantes debe recurrirse a donantes vivos no emparentados con el receptor sólo excepcionalmente, cuando no pueda disponerse de un adecuado donante cadáver o de un pariente de aquél, debiendo en tal hipótesis extremarse las garantías de que la cesión obedece a un móvil verdaderamente altruista y no se actúa para obtener un beneficio propio. En definitiva, exclusivamente en aquellos supuestos en los que, con independencia del parentesco genético, el cual, en todo caso, vendrá aconsejado por razones médicas de histocompatibilidad, exista un vínculo entre donante y receptor, que la Sociedad de Trasplantes acertadamente ha sintetizado en *a closed relationship and intense interest in the welfare ofthe recipient*[34].

II.4

No obstante lo anterior, ni la Ley de 27 de octubre de 1979 ni el Real Decreto de 22 de febrero de 1980 establecen limitación ninguna respecto a la vinculación genética o de otra índole que deba mediar entre el donante vivo y el receptor, por lo que, sin perjuicio de lo que la propia realidad imponga, cualquier persona puede ceder en vida uno de sus órganos no regenerables, siempre y cuando concurran los requisitos contemplados en la ley[35]; autorización que en modo alguno resulta excepcional, sino que igualmente se contemplaba en la Ley francesa de 22 de diciembre de 1976 y en el Decreto de la extinta República Democrática Alemana, de 4 de julio de 1975[36].

Sin embargo, la Ley italiana de 26 de junio de 1967 sólo autoriza la extracción de riñón de donante vivo en los padres, los hijos o hermanos del paciente, salvo cuando éste no tenga tales parientes consanguíneos o ninguno de ellos resulte idóneo o disponible, en cuyo caso cabrá recurrir a otros parientes o a donantes extraños. En concreto, el artículo primero de la Ley señala que, como excepción a la prohibición del artículo quinto del Código Civil, se permite disponer a título gratuito

---

[28] Parece derivarse de ello que la inadecuación del recurso a otros cedentes vivos no emparentado s con el receptor se contemplaba, no tanto en prevención de conductas indeseables, en cuanto no movidas por un ánimo altruista, sino como consecuencia de las grandes posibilidades, en tales casos, de rechazo del órgano por el receptor, lo cual no justifica la asunción de los riesgos y la vulneración de la integridad física que la extracción comporta.

[29] Council of Europe. Committee of Ministers. Third Conference of European HeaUh Ministers. Final Text, Appendix n, arto 6: The use of organs from living donors should be restricted and, where possible, gradually eliminated.

[30] Ibídem, art. 7: Only regenerative substances of human origin may normally be removed from a living donor. El propio texto aclara que, a dichos efectos, se consideran sustancias regenerables la piel y la médula ósea, no debiendo incluirse en el ámbito de la declaración los testículos, ovarios, embriones, óvalos, esperma y sangre.

[31] Ibídem, art. 8: A single kidney may, however, be removed from a *genetically or closely related living donor*... Obsérvese cómo se introduce, respecto a la Resolución (78) 29, la figura del donante "estrechamente" emparentado, lo cual, a mi juicio, amplía sensiblemente el círculo de potenciales cedentes, si bien, en todo caso, delimitado al grupo de personas cercanas al receptor. Por otra parte, la referencia exclusiva a la extracción de riñón se explica, en mi opinión, por ser la misma la hipótesis más usual, sin que pueda interpretarse en el sentido de excluir otras posibilidades como la extracción parcial de hígado.

[32] Para más detalles, *vid.* Human Organ Transplantation. A Report on Developments under the auspices of WHO (1987-1991), Ginebra, 1991, pp. 8-10.

[33] Ibídem, Guiding Principie 3 : Organs for transplantation should be removed preferably from fue bodies of deceased persons. However, adult living persons may donate organs, but in general such donors should be genetically related to fue recipients. Exceptions may be made in fue case of transplantation of bone marrow and other acceptable regenerative tissues.

[34] Sobre esta cuestión, *vid.* The Council of fue Transplantation Society, «Cornmercialisation in Transplantation. The problems and some guidelines for practice», *The Lancet,* september, 28,1985, pp. 715-716.

[35] En efecto, el artículo cuarto de la Ley de 27 de octubre de 1979 establece que el donante ha de ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales, haber sido previamente informado de las consecuencias de su decisión y otorgar su consentimiento, de forma expresa, libre y consciente, tras lo cual se requiere, no ya como requisito de validez del consentimiento, sino como presupuesto de admisibilidad de la extracción, que el destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada, sin que ello pueda entenderse como exigencia de un vínculo determinado entre donante y receptor, el cual, en cualquier caso, vendrá impuesto por la propia realidad. Por otra parte, ha de señalarse el carácter excepcional en nuestro país del recurso a donantes vivos, tanto en el trasplante de riñón como, especialmente, en el de hígado, si bien se apunta a la posibilidad de que tal estado de cosas varíe en los próximos años, ante la imposibilidad de que los órganos procedentes de cadáveres alcancen a cubrir las necesidades de las listas de espera, al tiempo que la viabilidad del trasplante de órganos procedentes de animales parece requerir aún algunos años de prudente espera.

[36] Como se sabe, el artículo primero de la Ley francesa de 22 de diciembre de 1976 exigía, en efecto, aquel vínculo entre donante y receptor exclusivamente cuando el donante potencia! fuera un menor de edad, en cuyo caso el receptor habría de ser inexcusablemente un hermano o hermana del mismo. Nada tiene que ver el fundamento de dicha limitación con la cuestión que ahora nos ocupa. Por su parte, el parágrafo nueve del Decreto de 4 de julio de 1975 de la RD.A. establecía que el donante del órgano podría dar su asentimiento para la extracción con la condición de que el mismo se trasplantara únicamente a un receptor determinado.

del riñón con la finalidad de trasplante entre personas vivas. La actuación se permite a los padres, a los hijos y a los hermanos de doble o de un solo vínculo del paciente que sean mayores de edad[37].

Más recientemente, la Sección 2ª de la Ley británica de 27 de julio de 1989 establece que será reo de delito en Gran Bretaña quienquiera que extraiga un órgano de una persona viva para ser trasplantado a otra, o trasplante un órgano extraído de persona viva, salvo en los supuestos en que donante y receptor estén genéticamente emparentados. A tales efectos, ha de entenderse que existe parentesco genético entre una persona y: a) sus padres e hijos naturales; b) sus hermanos y hermanas de doble o un solo vínculo; c) los hermanos y hermanas de doble o un solo vínculo de sus padres naturales; y d) los hijos naturales de sus hermanos o hermanas de doble o un solo vínculo o los de los hermanos y hermanas de doble o un solo vínculo de sus padres naturales. Dicho parentesco deberá ser acreditado conforme a los medios establecidos en las disposiciones reglamentarias dictadas por la Secretaría de Estado. Ahora bien, tal limitación podrá dispensarse por la autoridad correspondiente en los casos en los que se tenga constancia de que no se ha efectuado ni va a efectuarse contraprestación económica alguna y se cumplan los restantes requisitos legales.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley argentina núm. 24.193, de 24 de marzo de 1993, establece que "sólo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos años si de dicha relación hubieren nacido hijos". Paradójicamente, respecto de dicha previsión se ha señalado que, "como se hiciera notar durante los debates en la Cámara de Diputados, *el concubinato homosexual* también queda abarcado por este amplio artículo, en el que viene a ser así el primer reconocimiento de efectos jurídicos que nuestro Derecho otorga a este tipo de pareja"[38].

Todo ello convierte en particularmente reseñable el hecho de que, conforme a la Ley francesa de 29 de Julio de 1994, núm. 94-654, referente a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica a la procreación y al diagnóstico prenatal, la extracción de un órgano de donante vivo para su trasplante a otra persona sólo pueda llevarse a cabo cuando el receptor ostente la condición de padre, madre, hijo, hija, hermano o hermana del donante, salvo en caso de urgencia en que también podrá donar el cónyuge[39]. La nueva normativa francesa se constituye, así, en cualificado exponente de una tendencia restrictiva que, a mi juicio, parece caracterizar los más actuales planteamientos sobre el ámbito de admisibilidad de las actuaciones propias de la cirugía sustitutiva.

III.

Desde dicha perspectiva, la garantía absoluta de que en ningún caso habrán de producirse cesiones de órganos de donantes vivos movidos por la expectativa o promesa de una retribución, justifica la restricción del ámbito de potenciales donantes vivos al núcleo de los familiares más estrechamente vinculados a quien requiere el órgano. Siendo cierto que, en cualquier caso, la posibilidad de que otras personas no vinculadas al receptor aparezcan dispuestas a sacrificar significativamente su integridad con el ánimo exclusivo de socorrer al mismo se configura como remota y poco probable, cabe preguntarse, no obstante, por el acierto y fundamentación de que la norma jurídica haya de vedar la libre determinación del individuo, cuando ésta se traduce en una conducta, no sólo sujeta a estrictos requisitos en cuanto a su motivación, sino digna del mayor elogio y admiración.

Parece así imponerse la prevención de las conductas indeseables sobre la regulación de los actos que, no resultando en sí mismos condenables, le son dados llevar a cabo a la persona. Ello implica un tácito reconocimiento de la inadecuación de la norma jurídica para regular, conforme a los habituales parámetros axiológicos, determinados ámbitos de la realidad, cuya complejidad, por contra, aconseja su exclusión absoluta a través del mandato prohibitivo.

Personalmente, no creo que el Derecho pueda fundadamente prohibir que el cónyuge o el compañero, el amigo íntimo, el novio o el padre adoptivo, actuando en el ejercicio de su libertad, donen una parte de su cuerpo a fin de salvar la vida o mejorar notoriamente la salud de la persona a la que le unen aquellos lazos, todo ello en base a la proscripción de una posible mercantilización de la persona y a la salvaguarda de su dignidad esencial. Si los requisitos extraordinarios con los que, ya hoy, se contempla la licitud de la cesión en vida de un órgano albergan, al parecer, la posibilidad de que, quebrantando los mismos, se produzcan cesiones de órganos movidas por unos fines ajenos al altruismo y solidaridad humanos, cuyo control y prevención resultarían inviables desde la actual regulación autorizadora de las normas jurídicas, no pare-

---

[37] Sobre esta cuestión, vid. MANTOVANI, Ferrando, 1 trapianti e la sperimentazione, cit., pp. 195-199.

[38] RABINOVICH, Ricardo David, Régimen de trasplantes de órganos y materiales anatómicos, Buenos Aires, Astrea, 1994, pp. 46-48.

[39] Conforme al artículo 5° de la Ley referida, el artículo L. 671-3 del Código de la Salud Pública establece que "Le prélevement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut etre effectué que dans l'intéret thérapeutique direct d'un receveur. Le receveur doit avoir la qualité de pere ou de mere, de fils ou de fille, de frere ou de soeur du donneur, sauf en cas de prélevement de moelleosseuse en vue d'une greffe. En cas d'urgence, le donneur peut etre le conjoint".

ce fundado que ello haya de traducirse, finalmente, en la prohibición de que aquellas cesiones puedan en ningún caso llevarse a cabo, salvo en cuanto aparezcan determinadas por un estrecho parentesco genético entre donante y receptor.

Por ello, dicha limitación resulta exclusivamente admisible en la medida en que, apareciendo como deseable y obligada en la generalidad de los supuestos por la propia realidad de las cosas, no se configure con un carácter absoluto, excluyente de cualquier otra posibilidad, sino que, por contra, albergue la autorización, en términos similares a la establecida en la Ley italiana de 26 de junio de 1967[40], de que otras personas no genéticamente emparentadas con el receptor puedan también donar una parte de su cuerpo a fin de salvar a otra persona, conforme a los requisitos legalmente establecidos, siempre que dicha actuación aparezca como la más viable y adecuada, tanto desde la perspectiva estrictamente médica como desde la indisponibilidad de otros donantes vivos o cadáveres.

Parece evidente que en dicha hipótesis, singularmente en el caso de que la tendencia apuntada alcance una generalizada traducción normativa en las leyes reguladoras de la extracción y trasplante de órganos, las posibilidades de que la cesión en vida de un órgano obedezca, no a un móvil altruista y solidario, sino al ánimo de obtener una contraprestación o retribución de carácter material, prácticamente desaparecen, hasta el punto de plantear serias dudas sobre el acierto de continuar el ya tradicional debate en los términos en los que, hasta la fecha, se ha sostenido; se apunta, por contra, a la conveniencia de configurar la posible compensación al cedente vivo desprovista del tácito juicio de desvalor que sobre la misma se ha proyectado, en la medida en que en ella ha querido vislumbrarse la encubierta retribución que la norma prohibe[41].

Otras posibilidades, frecuentemente barajadas, como la clandestina importación de órganos procedentes de países del tercer mundo o la compraventa y secuestro de niños para su traslado a países desarrollados en los que se procedería a la extracción de sus órganos[42], debiendo situarse, fundamentalmente, en el terreno de la ciencia-ficción, tan singularmente vinculada a la cirugía sustitutiva desde sus propios orígenes, se hacen, en todo caso, acreedoras no ya de específicas previsiones de las normas reguladoras de la extracción y trasplante de órganos, sino que constituyen conductas aberrantes cuya tipificación y sanción corresponde al Derecho Penal.

En este sentido, el artículo 9 de la Ley francesa de 29 de julio de 1994, núm. 94-653, relativa al respeto del cuerpo humano, introduce en el Libro V del Código Penal un Título **1,** que se ocupa de las infracciones en materia de salud pública. En concreto, el artículo 511-2 del Código Penal establece que el hecho de obtener de una persona uno de sus órganos a cambio de un precio, cualquiera que sea la forma, será sancionado con siete años de prisión y multa de 700.000 francos[43], *con la particularidad reseñable de que las mismas penas serán aplicables en el caso de que el órgano obtenido de dicha manera provenga de un país extranjer*[44].

---

[40] El artículo primero de la Ley autoriza, en efecto, la extracción del riñón en otros parientes o en donantes no emparentados, cuando el receptor no disponga de los parientes consanguíneos autorizados inicialmente a donar o ninguno de ellos resulte idóneo o disponible.

[41] En este sentido, *vid.* GORDILLO CAÑAS, Trasplantes de órganos, cit., pp. 55-64: "No es difícil disfrazar de libre compensación, incluso de donación, lo que realmente y de hecho se exige como precio". Para una aproximación sintética al debate sobre la procedencia de la retribución o compensación al cedente de una parte de su cuerpo, *vid.* HORSLEY, Hannah, The Human Body as Property: Policy implications for organ transplantation, University of Utah, 1989, pp. 82-105; DICKENS, Bemard M., «The Control of Living Body Materials», *University of Toronto Law Joumal*, núm. 27, 1977, pp. 142-198; HARDIMAN, Roy, «Toward the Right of Cornmerciality: Recognizing property rights in the cornmercial value of human tissue», *Ucla Law Review*, 34, 1987, pp. 208-264; Notes, «The Sale of Human Body Parts», cit., pp. 1182-1264; KASS, Leon R., «Thinking about fue Body», *H.c.R.*, february, 1985, pp. 20-30; CAPLAN, Arthur L, «Organ Procurement: It's not in fue Cards», *H.c.R.*, october, 1984, pp. 9-12; Varios autores, «Required Request for Organ Donation: Moral, Clinical and Legal Problems», *H.c.R.*, april-may, 1988, pp. 27-34; MURRA Y, Thomas H., «Gifts of the Body and fue Needs of Strangers», *H.c.R.*, april, 1987, pp. 30-38; ANDREWS, Lori B., «My Body, My Property», *H.c.R.*, october, 1986, pp. 28-38; ANNAS, George J., «Life, Liberty, and the Pursuit of Organ Sales», *H.c.R.*, february, 1984, pp. 22-23; GUTTMANN, RD., «Future markets: Claims and meanings», *Transplantation Proceedings*, vol. 24, october, 1992, p. 2203; GUTTMANN, Astrid Y GUTTMANN, Ronald D., «Attitudes of healthcare professionals and fue public towards fue sale of kidneys for transplantation», *Joumal of Medical Ethics*, 1993,19, pp. 148-153; MOSKOP, John C., «The morallirnits to federal funding for kidney disease», *H.c.R.*, april, 1987, pp. 11-15; PROTTAS, Jeffrey M., JONASSON, OIga y KLEINIG, John 1., «In organ transplants, americans first?», *H.c.R.*, october, 1986, pp. 23-25; REISS, Robert F. y PINDYCK, Johanna, «Reconciling patients' wishes with fue public good», *H.c.R.*, april, 1987, pp. 9-10; SADLER Jr., Alfred M. y SADLER, Blair L, «Transplantation and the Law: The need for organized sensitivity», *The Georgetown Law Joumal*, vol. 57: 5, 1968, pp. 5-54; íd., «A community of givers, not takers», *H.c.R.*, october, 1984, pp. 6-9.

[42] A modo de ejemplo de las numerosas "noticias" publicadas en ese sentido, sirva la aparecida en *El Correo Español-El Pueblo Vasco*, 22 de abril de 1992, pág. 41, donde se "informa" de la desarticulación de una banda en Guatemala dedicada a engordar niños (sic.) que posteriormente eran enviados a Estados Unidos "para experimentos médicos y para que sus órganos fueran utilizados en trasplantes".

[43] "Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700.000 F d'amende. Est puni des memes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder a titre oneréux un tel organe du corps d'autrui".

[44] "Les memes peines sont applicables dans le cas ou l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger".

En cualquier caso, no cabe obviar el hecho de que las restricciones apuntadas, singularmente traducidas en la exigencia de que el cedente vivo haya de formar parte del grupo de personas estrechamente vinculadas al receptor, se susciten exclusivamente respecto a la extracción en vida de órganos no regenerables, sin que aquella limitación se pretenda en tejidos y sustancias de naturaleza regenerable, a salvo el supuesto con el que se iniciaban estas breves reflexiones, cuya fundamentación responde a razones nítidamente diferenciadas. Ello traduce las mayores reservas que suscita la autorización de la cualificada vulneración de la integridad física que la extracción de un órgano en vida del cedente implica, no sólo desde la prevención de la indeseable comercialización del cuerpo humano sino, particularmente, desde la excepcionalidad de la licitud de dicha extracción en sí misma considerada, en cuanto no amparada por una finalidad terapéutica en la persona que la padece[45].

[45] En efecto, la licitud de la extracción en vida de un órgano no regenerable, derivada de su expresa autorización normativa, no excluye el carácter excepcional con que, en todo caso, ha de llevarse a cabo la misma, sin que, en consecuencia, pueda llegar a configurarse, a mi juicio, como un tratamiento alternativo a otras posibles terapias que pudieran resultar desaconsejadas desde una perspectiva económica.

EL PERSONAL AL SERVICIO DE LA SANIDAD LOCAL: LOS FUNCIONARIOS SANITARIOS LOCALES

Gonzalo Villarino Samalea
Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

SUMARIO: l. Evolución normativa de los funcionarios sanitarios locales. II. Los orígenes de una situación compleja y confusa: la transferencia de los funcionarios sanitarios locales a las Comunidades Autónomas y su integración en los Equipos de Atención Primaria de Salud. III. Sobre el estatuto jurídico de los Funcionarios Sanitarios Locales. Análisis de un caos. 1. La condición jurídica de los Funcionarios Sanitarios Locales. Cuadro normativo que les es aplicable. Situaciones administrativas y propuestas de mejora. 2. "Funciones: a. Las funciones del Médico Titular, en tanto que Funcionario Sanitario Local. b. Las funciones del Médico Titular, en tanto que Médico de la Seguridad Social. 3. El régimen retributivo. 4. Los concursos de traslados. IV. Conclusiones.

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS FUNCIONARIOS SANITARIOS LOCALES[1].

El antecedente más remoto y primigenio del Cuerpo de Funcionarios Técnicos de la Administración Central al servicio de la Sanidad local se remonta a los Facultativos que nombraban los Ayuntamientos para asistir a los enfermos pobres y cumplir los demás servicios sanitarios en la localidad respectiva.

Su primera regulación se contiene en el Reglamento de 15 de enero de 1831, que nace con la loable intención de perseguir el intrusismo en la función médica procurando que la atención de las familias pobres recayese en los médicos más expertos, y sobre todo en los que contasen con un Título[2]. El rigor de las exigencias de este Reglamento, en lo que al nombramiento de los Médicos se refiere, es atemperado por la Real Orden de 21 de marzo de 1846, al ofrecer a los Ayuntamientos un mayor margen de maniobra para su contratación. El Real Decreto de 5 de abril de 1854 establece las clases de facultativos que debería haber en cada pueblo, según las circunstancias de éstos, así como sus derechos económicos.

Pero es al año siguiente, con la aprobación de la Ley Orgánica de Sanidad de 28 de noviembre de 1855 cuando se acomete una regulación más minuciosa del estatuto de estos profesionales. En esencia, los artículos 64 a 80 venían a preceptuar que las Juntas Provinciales de Sanidad invitaran a los Ayuntamientos para que creasen, con el consentimiento y concurso de los vecinos, plazas de Médicos Titulares, y se exigiese responsabilidad a las Corporaciones locales cuando por no tener médico titular falleciese algún indigente sin asistencia médica. Por otro lado, se fijaban las funciones[3] que aquellos Médicos habrían de desempeñar: unas de tipo asis-

[1] Si bien utilizamos la más genérica expresión de Funcionarios Sanitarios locales, vamos a centramos principalmente sobre los Médicos Titulares. Los otros dos colectivos aún subsistentes (Practicantes y Matronas) revisten, a los efectos de la Sanidad local menor importancia, no sólo por su menor número sino también por las funciones que desempeñan

[2] El citado Reglamento preceptuaba que "las plazas de médicos-cirujanos, de médicos sólo o de cirujanos titulares de los pueblos donde haya alcaide mayor, corregidor o gobernador político, y que perciban el todo o parte de su dotación de fondos de mi Real Erario, cualquiera que fuesen, se proveerán por las autoridades respectivas, precisamente en uno de los que designe en una terna mi Real Junta Superior, formada de los más dignos y meritorios entre todos los aspirantes, cuyos memoriales, o sus copias, autorizadas debidamente por quien corresponda, se remitirán sin excusa a la Real Junta de la Facultad; quedando aquélla responsable de la elección que hicieren contra lo terminantemente prevenido en este artículo".

[3] Sobre las duras condiciones de trabajo de los Médicos Titulares ironiza *El Siglo Médico:* 1" Cobrar las igualas en especie, y de puerta en puerta, como si se pidiera para las ánimas benditas. 2" Visitar por la mañana y tarde a todos los enfermos, aunque no padezcan más que estornudo s y sabañones. 3" Dar declaraciones e informes por el amor de Dios y la prosperidad de los curiales. 4" Pedir licencia al tío Pedro para salir a pescar o a cazar gorriones (el tío Pedro es el Alcalde). 5" No comer ni dormir con tranquilidad, y acudir pronto al llamamiento de un vecino, pues para esto paga un celemín de centeno todos los años. 6" Tener una opinión política tricolor, o tres opiniones distintas para vivir en paz con el cura, con el escribano y con el alcalde. Citado por Agustín Albarracín Teulón en su ponencia "Pasado, presente y futuro del Médico Titular" en el marco de las *Ponencias y Comunicaciones del Primer Congreso Nacional de Médicos Titulares,* Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1988, p. 30.

tencial y otras de carácter asesor, las cuales, deberían especificarse ambas en el contrato celebrado entre el médico y el Ayuntamiento correspondiente, determinándose en el mismo los derechos y obligaciones de las partes otorgantes, la relación de familias pobres a quienes habrían de asistir los Titulares, y la asignación anual que a los mismos correspondería percibir en virtud de la prestación de los servicios pactados, asignación de cuyo pago se responsabilizarían los Ayuntamientos, bien por sí, bien en forma mancomunada.

Para el desarrollo de la Ley se dictaron las Reales Órdenes de 22 de junio de 1859 y 23 de abril de 1862, hasta que el Real Decreto de 9 de noviembre de 1864 aprobó un Reglamento sobre los Partidos médicos que, por cierto, no llegó a entrar en vigor. El Decreto de 11 de marzo de 1868 aprobó otro reglamento sobre la misma cuestión, que fue derogado por el de 24 de octubre de 1873, y éste a su vez por el de 14 de junio de 1891[4]. La Real Orden de 13 de mayo de 1902 declaró incompatibles los puestos de médico titular y forense, pero sólo cuando ambos cargos fuesen retribuidos, tal y como aclara la Real Orden de 5 de junio de 1903.

La Instrucción General de Sanidad de 12 de enero de 1904 introduce ciertas innovaciones importantes en el orden de la función sanitaria local. En el aspecto *orgánico* sienta las bases definitivas para la organización en Cuerpo de los Médicos Titulares, cuyo primer Reglamento fue aprobado aquel mismo año, concretamente el 11 de octubre de 1904[5]. Se regula asimismo la constitución de Partidos sanitarios, se ordena la creación de plantillas orgánicas, y se fijan los principios a que habría de ajustarse la provisión de plazas por los Ayuntamientos y la contratación de servicios sanitarios. En el aspecto *funcional,* se mantienen las atribuciones asistenciales y asesoras que a favor de los Titulares estableciera la Ley de 1855, pero se añade una categoría funcional que a partir de entonces adquirirá gran importancia: la función inspectora sobre los servicios sanitarios municipales.

El sanitario titular sigue dependiendo funcional y económicamente de los Municipios pero es justo decir -siguiendo a A. DE LORENZO- que "las innovaciones introducidas por la Instrucción dejaron sentadas las bases de una posterior evolución en la que, paulatinamente, se observa cómo los funcionarios adscritos a los servicios sanitarios locales -verdaderos funcionarios municipales- se van desligando del Municipio para integrarse progresivamente en esferas administrativas más amplias"[6]. Los pasos de esta evolución vinieron marcados, en primer lugar, por el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924 y por el Reglamento de Sanidad Municipal de 1925 promulgado en desarrollo de aquél. Posteriormente, ha de reseñarse la Orden Ministerial de 27 de enero de 1931 que aprobó el escalafón del Cuerpo de Médicos Titulares Inspectores Municipales de Sanidad. La centralización se acrecienta con la Ley de 15 de septiembre de 1932 y la Orden Ministerial de 7 de marzo de 1933 sobre regulación de los puestos de trabajo desempeñados por el Cuerpo ya que si bien las oposiciones y concursos convocados para la provisión de las plazas continúan siendo convocados y resueltos por los Ayuntamientos, tal provisión comienza a ser intervenida por las Inspecciones Provinciales de Sanidad, órganos periférico s de la Administración Central del Estado.

El proceso centralizador o centrípeto se agudiza todavía más con la Ley de Coordinación Sanitaria de 11 de julio de 1934. En efecto, en desarrollo de esta Ley se aprueba el Decreto de 29 de septiembre de 1934 que a la par que convierte el Cuerpo de Médicos Titulares Inspectores Municipales de Sanidad en el Cuerpo de Médicos de Asistencia Pública Domiciliaria (APD) centraliza todas las formas de provisión de plazas en la Subsecretaría de Sanidad y Asistencia Pública, del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión. A este movimiento coadyuva también la Ley de 31 de diciembre de 1941, según la cual los Titulares de 1" y 2" categoría seguirán percibiendo sus haberes con cargo a los Presupuestos Municipales mientras que los de 3", 4" y 5" categoría lo harán, a partir de ahora, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

La Ley de Bases de Sanidad Nacional de 22 de noviembre de 1944 consolida la condición estatal de los diversos Cuerpos de funcionarios al servicio de los Municipios. La Base 21, al tratar los centros secundarios de sanidad rural dispone que actuarán como filiales de los Institutos provinciales, de los que dependen técnica y administrativamente. Son organizaciones donde trabajan los Médicos de Asistencia Pública domiciliaria y se encuentran bajo la dependencia de la Dirección General de Sanidad[7]. Esta naturaleza se perfila con mayor nitidez para los centros primarios de sanidad, que constituyen, en palabras de la Ley, el "último escalón de los servi-

[4] Fue este Reglamento el que organizó el servicio benéfico-sanitario de los pueblos. Según el mismo era preceptiva la presencia de Médicos Titulares en todas las poblaciones que no excediesen de 4.000 vecinos. Entre los deberes de estos facultativos se contaban, además de la asistencia gratuita de las familias pobres: la vacunación y asistencia a los nacimientos y abortos que ocurrieren en el domicilio de éstas o en cualquier asilo municipal; prestar los servicios sanitarios de interés general, dentro del término jurisdiccional, auxiliar con sus conocimientos científicos, dentro de su demarcación a las Corporaciones Municipales, en cuanto se refiere a policía sanitaria; comprobar y certificar gratuitamente las defunciones que ocurran en su distrito municipal; auxiliar a la administración de justicia, conforme a lo preceptuado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y prestar en casos de urgencia, y con la debida retribución, aquellos servicios que por el gobernador de la provincia se les encarguen, en los pueblos cercanos al de su residencia".

[5] Según este Reglamento, los Médicos Titulares serán representados por una Junta de Gobierno y Patronato, quienes defenderán sus intereses y elevarán a los poderes públicos las quejas, denuncias y reclamaciones que aquéllos formulen.

[6] Vid. A. DE LORENZO, *Estatuto Jurídico del Médico Titular. Régimen funcional orgánico.* Madrid, 1971, p. 45.

[7] En la Base 21 queda clara la inserción de los centros sanitarios secundarios -y por tanto del personal que en ellos trabaja- en la Dirección General. Literalmente dispone: "La Dirección General de Sanidad extenderá progresivamente estas organizaciones a medida que las circunstancias lo aconsejen, hasta tener una red completa de centros sobre la superficie del país".

cios sanitarios nacionales", y cuya Dirección "recaerá en un médico de Asistencia Pública Domiciliaria de la localidad, que actuará en su zona como delegado del Jefe provincial de Sanidad, o del Director del Centro secundario, si lo hubiese". Finalmente, y en lo que aquí nos interesa, se declara subsistente el escalafón del Cuerpo médico de Asistencia Pública Domiciliaria aprobado por Orden Ministerial de 27 de enero de 1943, al que habrá que ingresar por medio de oposición.

Con el objeto de desarrollar la citada Ley en lo que a la Sanidad local se refiere, se promulgó el Reglamento de personal sanitario local de 27 de noviembre de 1953[8], cuya aplicación se extiende a todo el personal sanitario local (provincial y municipal) salvo el de los Municipios capitales de provincia o populosos que ya se hubiesen expresamente exceptuado o lo fueran a hacer en el futuro por contar con Cuerpos propios para el cumplimiento de las funciones de Beneficencia y Sanidad. La norma se divide en dos Títulos, relativos al personal sanitario de la Beneficencia Provincial y al personal de los servicios sanitarios municipales respectivamente. El primero, salvo la fiscalización indispensable, se somete al Estatuto de funcionarios de la Administración local. Por el contrario, el segundo se ajusta a la regulación orgánica de la Administración central, delimitando el ámbito funcional de cada Cuerpo (Médicos Titulares, de Casas de Socorro y Hospitales Municipales, Tocólogos, Odontólogos, Farmacéuticos, Veterinarios, Practicantes y Matronas Titulares), sus plantillas y clasificación de plazas, escalafones, ingreso, condiciones de ejercicio del cargo, situaciones administrativas, derechos y obligaciones, y régimen disciplinario. El personal de todos estos Cuerpos tiene expresamente reconocida su condición de *funcionarios técnicos del Estado,* dependientes del Ministerio de la Gobernación, a través de la Dirección General de Sanidad, de las Jefaturas provinciales y de las Jefaturas de Sanidad Civil de Ceuta y Melilla, sin perjuicio de la dependencia jerárquica inmediata en que se encuentran con respecto al Alcalde como funcionario al servicio de la Sanidad local (art. 30.2). Su Disposición Final Segunda deroga todas las disposiciones anteriores de rango reglamentario sobre funcionarios de sanidad local. Este RPSSL no ha sido expresamente derogado por ninguna norma[9]. No obstante, sus previsiones han sido ampliamente superadas por el paso del tiempo, y por ello han caído en desuso.

En cambio, a diferencia de la Ley de 1944 y del Reglamento del Personal al servicio de la sanidad local, los cuales continúan en vigor en lo que no se opongan a las normas que hoy regulan los funcionarios sanitarios locales, sí que han sido derogadas la Ley de 20 de diciembre de 1960 y las Órdenes dictadas para su aplicación (de 21 de febrero de 1961, 10 de abril de 1962,23 de febrero de 1965) relativas a la provisión de vacantes.

El 7 de febrero de 1964 se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado. En principio, los sanitarios locales caen dentro de su ámbito de aplicación pues tienen la condición de funcionarios y no fueron excepcionados como los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y funcionarios civiles de la Administración Militar (DT Tercera de la Ley de Bases). Sin embargo, en atención a la singularidad de sus funciones se dudó si les podía o no ser plenamente aplicable. La Dirección General de Sanidad siguióun criterio vacilante, pero el TS en su sentencia de 12 de diciembre de 1969 sentó la doctrina de que "si bien los sanitarios locales son funcionarios de la Administración civil del Estado, lo son de cuerpo especial y se rigen por sus disposiciones específicas". De este modo, la Ley de 1964 les fue solamente aplicable con carácter supletorio.

Fueron estas mismas especialidades funcionales las que aconsejaron al legislador dotar a nuestros funcionarios de un tratamiento retributivo propio y diferenciado, lo que se acometió a través de la Ley de retribuciones de los Funcionarios Técnicos del Estado al servicio de la Sanidad local, de 28 de diciembre de 1966[10]. Lograda así una satisfactoria uniformidad en los conceptos retributivos, se impuso una paralela uniformidad en los derechos pasivos, por lo que se somete decididamente al personal de estos Cuerpos al régimen común de derechos pasivos de los funcionarios civiles del Estado, que en aquella época se encarnaba en el Decreto 1120/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido en la materia y su Reglamento de 13 de agosto del mismo año[11].

---

[8] La publicación de este Reglamento tiene una historia peculiar. Por Orden de 15 de marzo de 1954 se prohibe a Corporaciones, Entidades y particulares la reproducción del texto del referido Reglamento durante un plazo de seis meses, a contar desde su publicación en el BOE. La medida nos parece un tanto injustificada. Parece ser que responde al deseo de obtener ciertos ingresos con la venta de tal edición oficial, los cuales se destinaran, eso si, a fines sanitarios: creación de becas (50%), Mutualidad de Funcionarios de la Dirección General de Sanidad (25%), Asociación Benéfica de Socorros, Colegios de Asistencia de huérfanos de funcionarios de los Cuerpos Técnico-administrativo y auxiliar del Ministerio de la Gobernación. La distribución y venta de los ejemplares, así como su liquidación se encomienda al Instituto de Estudios de la Administración Local.

[9] El citado Reglamento ha sufrido, sin embargo, algunas modificaciones. Véase el Decreto 1385/75, de 30 mayo de 1975, que modifica el art 59 RPSSL

[10] El Preámbulo de la Ley advierte sobre los motivos que condujeron a dicha necesidad. Ofrecemos un extracto de su tenor literal: "se tiene presente que la mayoría de los puestos de trabajo correspondientes a los Cuerpos objeto de regulación son desempeñados en circunstancias muy peculiares. Y asf las funciones típicamente sanitarias y las asistenciales a las familias incluidas en los Padrones de Beneficencia sólo absorben una parte de la total capacidad de actuación que cabe estimar como normal en el funcionario titulado, dándose el hecho de que estos funcionarios simultanean -incluso obligatoriamente por precepto reglamentario- sus propias funciones con la prestación de otros servicios al sector público y al sector privado. Y así, por otra parte, el funcionario no suele estar sujeto a horario, su servicio es potencialmente permanente en cuanto ha de acudir a cualquier hora siempre que su presencia sea requerida".

[11] Por su inferior rango reglamentario citamos aquí, en nota a pie, toda una pléyade de normas que vinieron a complementar la Ley especial de retribuciones de los funcionarios técnicos del Estado al servicio de la Sanidad local.

La Ley 56/1969, de 30 de junio corrige la coexistencia de dos Escalas distintas -A y B- para un mismo cuerpo de Médicos Titulares eliminando la escala B (art. 1); Y en consecuencia dispone un nuevo sistema de ingreso y de provisión de plazas vacantes. En su desarrollo se dictó el Decreto 2120/71, de 13 de agosto.

A partir de esta fecha se seguirán dictando numerosas disposiciones afectantes a los Médicos Titulares, todas ellas sobre asuntos concretos y de detalle, razón por lo cual no alcanzarán rango de Ley. Entre ellas podemos citar: la Resolución de 10 de agosto de 1972 (Dirección General de Sanidad) sobre concursillo de traslado en partidos sanitarios con pluralidad de distritos; el Decreto 2344/72, de 7 de julio (Presidencia) que les modifica el grado de actividad; el Decreto 3318/74, de 21 de noviembre (Gobernación) sobre determinación y modificación de partidos sanitarios, clasificación de puestos de trabajo y plantillas; el Decreto 2065/74, de 30 de mayo de 1974, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social que resulta importante para los sanitarios locales ya que les atribuye tareas asistenciales (art. 115.1); la Orden de 8 de enero de 1977 (Gobernación) que modifica el modelo de contrato de prórroga de funciones; el Decreto 1385/75, de 6 de octubre de 1977 (M. Interior) que aprueba el Texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de régimen local donde se contiene una tabla de vigencias y derogaciones que declara vigente el RPSSL y sus disposiciones concordantes.

Otras disposiciones hasta el año 1982, fecha en que se produce la transferencia de los Sanitarios Locales a las Comunidades Autónomas, son el Decreto 610/78, de 11 de marzo, por el que se reconoce a efectos de trienios los servicios efectivos prestados en las mismas funciones, previos a la constitución de los correspondientes cuerpos, escalas o plazas, o de su ingreso en ellos; el Decreto 2221/78, de 25 de agosto, delimitador del Mapa sanitario; el Real Decreto 1130/81, de 5 de junio, que establece para los Médicos Titulares el procedimiento de ingreso en el Cuerpo y provisión de puestos de trabajo. Este procedimiento nacido con carácter provisional fue simplificado por el Real Decreto 712/82, de 2 de abril. Todas estas normas serán estudiadas con más detalle en otros apartados de este mismo trabajo.

Decretos n° 187, 188 y 192, de 2 de febrero de 1967, dictados respectivamente para regular la fijación de las equivalencias de grado de actividad, jornada normal de trabajo de los funcionarios del Estado, medidas preliminares encaminadas a la revisión de plantillas, y coeficientes multiplicadores atribuidos a cada Cuerpo. Orden de 17 de marzo de 1967, sobre desempeño de funciones y provisión transitoria de plazas. *Decretos* n° 3206 y 3207 de 28 de diciembre de 1967 reguladores respectivamente del régimen provisional de complementos de sueldo de sanitarios locales y del régimen de acumulación de plazas. *Decretos* n° 3279 y 3283 de 26 de diciembre de 1968 por los que se reestructuran los Partidos sanitarios y se establece el régimen de sustituciones retribuidas. Se trataba, como vemos, de una materia harto compleja que hizo incluso necesario la publicación en el Boletín Oficial de Hacienda una *Circular* de 7 de abril de 1967 resolviendo consultas sobre retribuciones.

2. LOS ORÍGENES DE UNA SITUACIÓN COMPLEJA Y CONFUSA: LA TRANSFERENCIA DE LOS FUNCIONARIOS SANITARIOS LOCALES A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y SU INTEGRACIÓN EN LOS EQUIPOS PRIMARIOS DE SALUD.

El devenir histórico -más o menos pacífico- de los Funcionarios sanitarios locales habrá de experimentar una agitada convulsión como consecuencia de la nueva concepción de salud y de los emergentes principios de organización sanitaria. Se entra en una época en la que la tradicional separación en la organización sanitaria entre las actividades de sanidad preventiva y las asistenciales se juzga poco consecuente con las exigencias de un sistema sanitario que quiera calificarse de moderno.

Con esta finalidad, y con la de superar los problemas que de índole competencial pudieran suscitarse por la existencia de las Comunidades Autónomas, se dicta el Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, sobre Estructuras Básicas de Salud. Este Decreto instaura un nuevo modelo sanitario en el campo de la Atención Primaria que posteriormente acabará consagrándose en la Ley General de Sanidad.

El Decreto tiene, por tanto, un carácter preparatorio de la profunda reforma que se avecina ya en mente del legislador. y ante el temor de que esta nueva concepción integral de los servicios sanitarios pudiera resultar dificultada por el hecho de que el Estado retenía todavía competencias en materia de asistencia sanitaria, mientras que ya habían pasado a depender de las Comunidades los tradicionales servicios de sanidad preventiva y parte de los funcionarios que los atendían, es por lo que dicha reestructuración se inspira en una intensa cooperación con las Comunidades Autónomas. En efecto, éstas se erigirán como verdaderas protagonistas no sólo del Sistema Nacional de Salud, sino también de las tareas -muchas de ellas harto espinosas, como es el caso que tratamos conducentes a su implantación[12].

Entre dichas tareas se encuentra la de organizar, armonizar y coordinar los medios personales sanitarios con que contaba por entonces nuestro país. A tales efectos, se facultó al Gobierno para revisar las plantillas de los Cuerpos de Funcionarios Técnicos del Estado al Servicio de la Sanidad Local "de forma que permita atemperar las funciones públicas ejercidas

---

[12] La Exposición de Motivos del RD 137/1984, de 11 de enero (BOE de 1 de febrero de 1984) expresa con nitidez esta idea que acabamos de exponer cuando dice: "la necesaria integración (...) no podrá producirse sin contar con la *colaboración* de las Comunidades Autónomas que hayan asumido responsabilidades en materia sanitaria", o también "por todo ello, *con absoluto respeto* a las competencias estatutarias de las diferentes Comunidades Autónomas, el presente Decreto establece principios normativos generales ...".

por los sanitarios locales con las circunstancias del momento y coordinarlas, en la medida de lo posible, con las de niveles superiores" (Disposición Final Cuarta, apartado primero de la Ley 116/1966, de 28 de diciembre). De este modo, El RD citado, al crear los Equipos de Atención Primaria dispone que dentro del conjunto de profesionales sanitarios que lo componen se encuentran los funcionarios técnicos del Estado al servicio de la Sanidad local (art. 3.3 b).

Ahora bien, esta medida no podía imponerse por la fuerza pues ello chocaría con las normas que regulan nuestra función pública. Por ello, la mencionada integración en los EAP se habría de ir realizando mediante oferta de incorporación a todos los afectados. (DT Cuarta).

La oferta de integración es, en efecto, el sistema seguido por las Comunidades Autónomas en aras a lograr la necesaria unidad de los Equipos de Atención Primaria[13]. En todas ellas se ofrecen facilidades y ventajas para que los sanitarios locales acepten la oferta (reiteración de la oferta en caso de una primera negativa, mantenimiento del cupo que cada sanitario viniera disfrutando, retribución equivalente al personal homónimo del Equipo, mantenimiento de su estatus jurídico funcional, etc). Ahora bien, es justo precisar que algunas de estas facilidades -que incluso podríamos calificar de privilegios- no son concesiones graciosas y voluntarias de las diferentes Comunidades Autónomas, sino verdaderas exigencias normativas, derivadas del propio Real Decreto 137/1984 que venimos estudiando. Así, la eventual incorporación de los funcionarios sanitarios locales que prestaban atención sanitaria a beneficiarios de la Seguridad Social debería suponer la integración del cupo de titulares del derecho a la asistencia sanitaria correspondiente a la plaza desempeñada, de manera definitiva. Además, dicha plaza, una vez realizada la transformación tendrá, a todos los efectos, la consideración de plaza de Equipos de Atención Primaria, cuyo régimen será de ineludible cumplimiento para el funcionamiento que pudiera desempeñarla; en cualquier caso, aquél mantendrá su actual "status" funcionarial inherente a su pertenencia a un Cuerpo de Sanitarios Locales (DF Primera).

A los efectos de alcanzar en todas las Comunidades una homogeneidad de criterios que viniese, en cierto modo, a garantizar una mínima identidad de trato a nuestro colectivo en todo el territorio nacional se suscribió un acuerdo por las representaciones de la Administración Sanitaria del Estado y las Centrales Sindicales Convergencia Estatal de Sindicatos Médicos y ATS de España (CEMSATSE), Confederación de Comisiones Obreras (CC.OO), Confederación de la Unión General de Trabajadores (UGT) y Confederación Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF). En este acuerdo, dado en Madrid el18 de enero de 1990[14], se establecen las condiciones de trabajo del personal sanitario local, incluido el interino, que mantenga una relación de servicios de carácter asistencial con el INSALUD. En este sentido, se aclaran las condiciones retributivas de los sanitarios locales que opten por integrarse, el calendario laboral, el número de guardias a realizar, el número de puestos de guardia en cada Zona Básica de Salud, etc.

El afán del Acuerdo por fomentar esta integración en los Equipos de Atención Primaria le arrastra a introducir incluso la nueva figura del "preintegrado". Pertenecen a esta categoría aquellos sanitarios locales que aceptando ser integrados en un EAP no lo han podido ser todavía por inexistencia de plantilla reconocida por el Ministerio de Sanidad y Consumo. Esta situación provocó un descontento generalizado en el seno del personal al que nos venimos refiriendo, lo que ha dado lugar a contínuas reclamaciones que no hacen más que poner de manifiesto la necesidad de arbitrar una solución que pasa, a nuestro juicio, por la creación de un cuerpo único que englobe a todo el Personal al Servicio de la Atención Primaria, buscando la homogeneidad en el régimen aplicable al mismo.

3. SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS FUNCIONARIOS SANITARIOS LOCALES. ANÁLISIS DE UNA SITUACIÓN CAÓTICA.

3.1. La condición jurídica de los Funcionarios Sanitarios Locales. Cuadro normativo que les es aplicable. Situaciones administrativas y propuestas de mejora del sistema.

El personal sanitario local pese a lo engañoso de su nombre, constituye un Cuerpo Estatal de funcionarios[15], que, como consecuencia de las transferencias autonómicas, son hoy funcionarios en "activo" de las Comunidades Autónomas. Este dato nos obliga a tomar en consideración, junto con la normativa estatal, a la normativa propia de aquel otro ámbito administrativo, puesto que les es plenamente aplicable.

En este sentido, hemos de decir que la regulación normativa autonómica ha arbitrado prácticamente una solución idéntica en todas las Comunidades. En efecto, todas ellas han optado

[13] Véanse: la Orden de 6 de mayo de 1986 de la Generalidad de Cataluña; el Decreto 111/1987 de 14 de mayo, de Galicia y la Orden de 2 de junio que lo desarrolla; la Orden de 10 de julio de 1990, de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de Cantabria; la Orden de 25 de julio de 1990 de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de Castilla-La Mancha; la Orden de 27 de julio de 1990 de la Consejería de Sanidad, Trabajo y Servicios Sociales de Canarias; el Decreto 209/90 de 30 de julio del País Vasco.

[14] Dicho Acuerdo fue publicado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 20 de febrero de 1990 (BOE de 14 de marzo).

[15] Así lo proclama el artículo 30.2 del RPSSL de 27 de noviembre de 1953.

por integrar a los Médicos Titulares en sus correspondientes Servicios de Salud[16].

El personal sanitario local, también conocido como de Asistencia Pública Domiciliaria (APD) y que engloba a Médicos Titulares, Practicantes Titulares, Matronas Titulares y Farmacéuticos Titulares (estos últimos con una problemática claramente diferenciada) tiene un régimen jurídico de difícil concreción. Se rigen básicamente por el Reglamento de personal de los Servicios Sanitarios Locales de 27 de noviembre de 1953, y por las Leyes propias de la Función Pública.

Tradicionalmente han venido teniendo una situación híbrida; de un lado, ejercen las funciones propias del Cuerpo Estatal al que pertenecen, funcionarios de Sanidad Local, con competencias básicamente de medicina preventiva y residualmente asistencial, y de otro asumen por ministerio de la Ley las funciones asistenciales sanitarias propias de la Seguridad Social[17].

El hecho de la dependencia del INSALUD en cuanto que asumen la asistencia sanitaria de la Seguridad Social en su marco local de referencia, no los convierte, contra lo que pudiera parecer, en personal estatutario de la Seguridad Social. Son funcionarios de las Comunidades Autónomas y sólo dependen del INSALUD funcionalmente en un sector de sus tareas médico-asistenciales, situación bifronte que conlleva indudables disfuncionalidades (régimen disciplinario, retribuciones, jurisdicción competente, ...) que estudiaremos en otros apartados de este mismo epígrafe. Esta naturaleza híbrida nos obliga a tener en cuenta los dos artículos que separadamente -para personal sanitario estatutario por un lado y funcionarial por otro- regulan tales colectivos en la Ley General de Sanidad.

Según el artículo 84 LGS el personal de la Seguridad Social (conocido también como personal *estatutario)* se regirá por lo establecido en un Estatuto-Marco a aprobar por el Gobierno en desarrollo de la Ley. Dicho Estatuto, que tendrá carácter de norma básica para todas las Administraciones, contendrá la normativa aplicable en materia de clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo y situaciones, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo. Lamentablemente, el desarrollo previsto en base al mencionado Estatuto todavía no ha sido llevado a la práctica, dato que nos priva de un elemento normativo de primera mano, a la par que impide a las diferentes Comunidades Autónomas abordar dicha regulación, que podrían y habrían deseado hacer al emanar sus Leyes sobre los respectivos Servicios de Salud autonómicos.

De conformidad con el artículo 85 LGS, los *funcionarios* al servicio de las distintas Administraciones Públicas, a efectos del ejercicio de sus competencias sanitarias, se regirán por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y el resto de la legislación vigente en materia de funcionarios. Este artículo permite igualmente que las Comunidades desarrollen dicha legislación. Ahora bien, esta remisión a la Ley 30/1984 resulta poco operativa toda vez que las previsiones contenidas en los artículos 1.1 e) y 1.2, así como en la Disposición Adicional Decimosexta no se desprende una regulación concreta y expresa del personal sanitario[18]. Por esta razón, y en aplicación de las disposiciones generales sobre vigencia de las normas (art. 2 Cc) debe entenderse que el Reglamento de Personal de los Servicios Sanitarios Locales y demás disposiciones concordantes que lo desarrollan continúan en vigor, si bien en la citada normativa abundan apartados que han caído en desuso y cuya vigencia resulta cuestionable una vez implantados los nuevos principios inspiradores del Ordenamiento Jurídico Constitucional y del Sistema Nacional de Salud.

Pero a esta indeterminación de que adolece la base estatal, habrá todavía que añadir las dificultades derivadas de los criterios organizativos de gestión por los que han optado las Comunidades Autónomas. Así, -y centrándonos en el caso asturiano- la configuración del Mapa Sanitario del Principado, siguiendo los criterios de ordenación sanitaria y zonificación derivados del RD 137/1984, de 11 de enero, sobre Estructuras Básicas de Salud llevó a la necesidad de coordinar las actividades de gestión que realizaba esta Administración Regional con las que llevaba a cabo el INSALUD, lo que se puso en práctica mediante varios acuerdos. De entre ellos, nos interesa reseñar aquí el Convenio de Cooperación entre el INSALUD y la Consejería del Principado para la ejecución de las estructuras básicas de salud[19] y el Protocolo Anexo para el funcionamiento integrado de redes en las Áreas de Salud del Principado de Asturias de 26 de julio de 1989.

---

[16] Aprobado el Estatuto de Autonomía por Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, el Principado de Asturias asumió con carácter definitivo, las competencias en materia de Sanitarios Locales en virtud del Real Decreto 512/1984, de 8 de febrero, sobre valoración definitiva, ampliación de medios adscritos a los servicios traspasados y adaptación de los transferidos en fase preautonómica al Principado en materia de Sanidad, en cuyos anexos se incluyen las listas del personal que se transfiere.

[17] Varias son las normas que les confieren tales atribuciones: las órdenes de 26 de enero de 1948,31 de enero de 1949 y 27 de abril de 1960; el artículo 64.1 del Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social; el artículo 49 de la Orden de 26 de abril de 1973, por la que se aprueba el Estatuto del personal auxiliar sanitario titulado y auxiliar de clínica de la Seguridad Social; el artículo 115.1 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social. El TR de la LGSS de 1994 no contiene ninguna previsión expresa al respecto, pero por el juego de su artículo 53, podría ampliar los cometidos a desempeñar por los Médicos Titulares.

[18] A tenor del articulo 1. c) las medidas de la Ley para la Reforma de la Función Pública son de aplicación al personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social. El artículo 2, por su parte, dispone que en aplicación de la Ley podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del personal docente e investigador, *sanitario,* de los servicios postales y de telecomunicación y del personal destinado en el extranjero.

[19] Vid. la Resolución de 28 de julio de 1986. (BOPAP de 8 de agosto).

De conformidad con la cláusula quinta del mencionado Protocolo, el INSALUD, a través del Director de cada Área Sanitaria, se compromete al adecuado funcionamiento de la estructura sanitaria del Área, incluyendo las actuaciones precisas para lograr la coordinación necesaria en cuanto a contrataciones de interinidad, vacaciones, y permisos legalmente establecidos, así como de la adscripción adecuada de grupos de población y cambios de personal, respetando la legalidad vigente, para una mejor prestación de servicios. Según esta cláusula, la *gestión* de todo el personal sanitario local viene siendo asumida por las Direcciones de Área del INSALUD. Pero, ¿qué se ha de entender por gestión?

Humildemente reconocemos que no nos atrevemos a ofrecer una respuesta.

La confusión se vuelve aún más delirante si consideramos los tres colectivos, que por obra de aquella *gestión*, podemos diferenciar dentro del Personal Sanitario local: interinos, sustitutos, y de carrera. Los problemas que suscita la existencia de esta trilogía no son insignificantes, de ahí que queramos esbozar ahora nuestro criterio sobre la solución que podría venir a poner paz y eficacia en el quehacer cotidiano de la sanidad local.

De este modo, atendiendo a los Sanitarios locales que son funcionarios **interinos** se propondría que las plazas ocupadas por este personal pasaran a ser reconocidas por el INSALUD como plazas del tipo que se determine (de personal funcionario, estatutario o laboral) y se reconociera la preferencia de aquellos profesionales que las vinieran ocupando para acceder a las mismas en las condiciones que se convinieran.

Atendiendo al personal "sustituto" contratado por el INSALUD con cargo a plazas vacantes de Sanitarios Locales se propone que dichas plazas pasen a serlo, del tipo que se determine, de la Seguridad Social, máxime si se tiene en cuenta que el INSALUD viene gestionando de forma unitaria la totalidad de las plazas vacantes de Atención Primaria, incluidas las de personal de APD, de conformidad con la ya citada cláusula quinta del Protocolo de 26 de julio de 1989, contratando, con cargo a dichas plazas, a personal con arreglo a la figura de personal interino prevista en sus Estatutos.

Y atendiendo a los Sanitarios Locales que son funcionarios **de carrera**, sería conveniente que los diferentes Servicios de Salud de la Comunidades Autónomas elevasen el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud una propuesta en el sentido de que estos profesionales pudieran optar, -para el conjunto de las plazas o las que definiera cada Comunidad Autónoma-, por integrase en las mismas con el carácter estatutario o laboral, respetando sus derechos adquiridos y teniendo presente que corresponde al mencionado Consejo, de acuerdo con el artículo 47 LGS, coordinar con los distintos Servicios de Salud y con la Administración Estatal, entre otros, los principios básicos de la política de personal.

Los Funcionarios Sanitarios Locales que optaran por la integración en las plantillas de personal, al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, gestionadas por el INSALUD o por los correspondientes gestores de los servicios transferidos a las Comunidades Autónomas en el sector sanitario público de Seguridad Social, habrían de ser declarados en situación de excedencia voluntaria en el Cuerpo o Escala de la Administración de origen, de conformidad con el artículo 29.3 a) de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el artículo 17 del Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 730/1986, de 11 de abril y los artículos pertinentes en las diferentes Leyes autonómicas sobre ordenación de la Función Pública[20]. A los efectos de antigüedad habrá de reconocérseles, en su caso, la antigüedad que tuvieran acreditada en la plaza de procedencia.

Esta última propuesta se fundamenta en dos puntos básicos: por un lado, avanzar hacia la existencia de un cuerpo único de profesionales del Sistema Sanitario Público y por otro lado, solventar un problema que adquiere tintes dramáticos en los profesionales de este Cuerpo de Titulares, pues convocado un concurso de traslados, los sanitarios locales no podrían ejercer su derecho de traslado en igualdad de condiciones que el personal estatutario al contar con más dificultades para poder acceder a las ciudades, problema sobreañadido si consideramos que ciertas ciudades están exentas de Médicos de APD y, por tanto, estos profesionales nunca podrían optar a las mismas[21].

De prosperar, esta propuesta supondría un avance importante en el establecimiento de una regulación unitaria para todos los trabajadores al servicio de la sanidad pública y podría ser un primer paso para la posterior unificación, simplificación o refundición de los estatutos del personal médico de la Seguridad Social, del personal sanitario no facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social y del personal no sanitario de las mismas, siguiendo lo establecido en el artículo 116.1 de la Ley General de la Seguridad Social y en el artículo 84 de la Ley General de Sanidad. De conformidad con este último, el personal de la Seguridad Social regulado en los tres estatutos citados, así como el personal de las Entidades Gestoras que asuman los servicios no transferibles y los que desempeñen su trabajo en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, se regirán por el ya conocido Estatuto-Marco que debe aprobar el Gobierno. Sin embargo, este artículo confiere al Gobierno la potestad reglamentaria en una materia reservada a la Ley (art. 103.3 CE: "La Ley regu-

[20] En el Principado de Asturias dicho precepto sería el artículo 62.5 de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, modificada por la Ley 4/1991, de 4 de abril.

[21] Oviedo es una de estas ciudades exceptuadas de Médicos Titulares. También lo están Madrid y Zaragoza, entre otras.

lará el estatuto de los funcionarios públicos ...") si se tiene en cuenta que el personal al servicio de las Instituciones Sanitarias debería estar sometido al régimen funcionarial, porque si bien se trata de un colectivo que presenta peculiaridades, éstas no son de suficiente entidad como para ser sometidos a un régimen jurídico distinto al funcionarial.

3.2. Funciones.

Resulta sorprendente, pero la primera conclusión que debemos arrojar sobre las competencias de los Médicos Titulares[22] es la de que la norma básica sobre la materia es el Reglamento de Personal Sanitario Local de 27 de noviembre de 1953. Esto es así, debido al incumplimiento por parte del Gobierno de las Disposiciones Finales del Decreto 2120/1971, de 13 de agosto, que establece el Reglamento provisional para ingreso y provisión de puestos de trabajo de los funcionarios sanitarios locales, según las cuales, aquél debería aprobar en un plazo máximo de dos años el texto definitivo que contuviese la Reglamentación completa de los Cuerpos Sanitarios Locales. Por ello, continúan vigentes las normas que la propia Disposición Final enumeraba como aplicables en tanto no se aprobara el Reglamento definitivo. ¡Ha sido largo el período transitorio!. Tales disposiciones son, para lo que aquí nos interesa -esto es, las funciones- los artículos 32 al 56, ambos inclusive, del RPSSL y los artículos 1 a 9, ambos inclusive, del Decreto 188/1967, de 2 de febrero.

En segundo lugar, debemos advertir ya de la dualidad funcional de dichos profesionales que, a su naturaleza de Funcionarios Sanitarios Locales, añaden la condición de Médicos de la Seguridad Social, adquirida por Orden Ministerial de 26 de enero de 1948. De este modo, se produce en el Médico Titular una ineludible integración de funciones preventivas y asistenciales, lo que lo convierte, a nuestro juicio, en el colectivo que mejor encarna el espíritu de la Reforma Sanitaria de 1986, y por lo que no alcanzamos a entender la "extinción" a que en la práctica se ha sometido a los Médicos Titulares. Por las razones apuntadas, y en aras de una mayor claridad expositiva analizamos dichas funciones de forma separada.

3.2.1. *Las funciones del Médico titular en tanto que Funcionario Sanitario Local.*

Partiendo, pues, de la base del Reglamento de 1953, vamos a ir comentando las funciones que éste encomienda a los Médicos Titulares, su adecuación a nuestros días, y su conveniencia de derogarlas o ampliarlas. El artículo 32 señala como funciones propias de los Médicos Titulares:

1°) Prestar asistencia médico-quirúrgica gratuita a las familias incluidas en el padrón de Beneficencia municipal. Esta asistencia comprende, según el reglamento, la asistencia médico quirúrgica normal, la asistencia a partos normales y distócicos, y la cooperación con otros Médicos Titulares. Tales cometidos se han visto absolutamente superados por el paso del tiempo. Ya no existen hoy en día aquellos vetustos padrones de Beneficencia municipal. La cobertura sanitaria que la Constitución ofrece a todos los ciudadanos (sean pobres o ricos) ya no se articula con arreglo a criterios de pobreza o prosperidad económica sino que se ventila con el criterio de la universalidad de la asistencia sanitaria que ofrece nuestra Seguridad Social. No queremos decir que no sean necesarias las atenciones quirúrgicas, lo cual sería sencillamente absurdo, pero sí que este apartado del artículo carece de aplicabilidad práctica.

2ª) "Realizar las prácticas necesarias en prevención y defensa de la salud pública, y muy especialmente la vacunación antivarólica de todos los nacidos en el territorio a que alcance la jurisdicción de su plaza, (...) así como la revacunación anual de todos los que lo necesiten, practicando igualmente todas aquellas otras vacunaciones que ordene la Dirección General de Sanidad y las que exijan las necesidades sanitarias. Asimismo, cumplirá los servicios de estadística sanitaria con arreglo a las disposiciones vigentes". Este apartado no ha caído totalmente en el anacronismo, pero sus disposiciones tienen que ser debidamente reinterpretadas y adaptadas a nuestra actual organización sanitaria. De este modo, la referencia a la Dirección General de Sanidad ha de entenderse eliminada; los sanitarios practicarán las vacunaciones conforme al calendario elaborado por el Servicio de Salud de las respectivas Comunidades Autónomas. Los servicios de estadística sanitaria corren a cargo de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Por el contrario la función de prevención y defensa de la salud pública no sólo no requiere de adaptación sino que ha cobrado todavía más fuerza, siendo deseable que los Médicos Titulares ejerciesen estas tareas con especial ahínco y dedicación. Mantenemos esta opinión por considerar la defensa de la salud pública como el medio más eficaz para mejorar los niveles tanto de salubridad como de salud de la población, siendo además la línea marcada por la OMS y la que siguen los países más desarrollados. Además constituye una función plenamente congruente con la división competencial diseñada en nuestra LGS. En resumen, el cuidado de la salud pública es una función eminentemente local que los funcionarios sanitarios locales deben esforzarse por ejercer y conservar, enorgulleciéndose de ser los llamados a su desempeño. La rúbrica es realmente ambiciosa, e incluso se ha llegado a decir que si se hubiese desarrollado al pie de la letra se habría vuelto innecesaria la Reforma Sanitaria. En ella se encuadran: la salud ambiental, la salud escolar, la

[22] Nuestra exposición sobre el régimen funcional de los Funcionarios sanitarios Locales se centra exclusivamente en los Médicos Titulares, toda vez que los Cuerpos de Médicos de Casas de Socorro, Tocólogos Titulares y Odontólogos Titulares fueron declarados a extinguir por el Decreto de 2 de febrero de 1967 (art. 2). Por otro lado, los Cuerpos subsistentes (Practicantes y Matronas) ven seriamente mermadas sus funciones a favor de aquéllos, hasta el punto de ser extinguidos en los partidos médicos cuya población no exceda de 750 y 1500 habitantes respectivamente (art. 4).

salud en la vivienda y en el trabajo, la prevención de drogodependencias, el control de zoonosis, la salud mental, etc. El ejercicio de dichas funciones por los Médicos titulares ha sido estudiado con perspectiva crítica por G. ALCALDE SÁNCHEZ, D. VENEGAS MALO y R. CANALS LIZANO[23]. Ofrecemos aquí, en modo resumido, algunas de sus consideraciones.

a) *Salud ambiental.* Siendo la degradación del Medio Ambiente uno de los mayores factores de riesgo en el padecimiento de enfermedades crónicas y degenerativas, se resalta la labor a desarrollar en este campo por el Médico Titular. Éste, en colaboración con el resto de sanitarios locales, farmacéuticos, veterinarios, y ATS, podría desempeñar un papel crucial con actuaciones como la realización de un diagnóstico de salud ambiental y la creación de un Consejo de Salud ambiental municipal.

b) *Salud escolar.* Se lamenta el despojo de competencias a que se han visto sometidos los Médicos Titulares como consecuencia de la puesta en marcha de equipos multidisciplinarios. No se objeta la existencia del equipo, pero sí la exclusión del mismo del Médico Titular, "el profesional más idóneo para desempeñar esta tarea, pues es a la vez médico de cabecera del niño y quien mejor conoce los condicionamientos sociales y ambientales que pueden incidir en el desarrollo de una determinada patología infantil".

c) *Vivienda y salud.* Afirmando que la vivienda es uno de los factores que más influyen en el padecimiento de enfermedad por los individuos que la habitan cuando sus condiciones no son las deseables se reconoce la escasa capacidad de actuación del Médico Titular en este aspecto. Con todo, resulta reprochable considerar la cédula de habitabilidad expedida por el Jefe Local de Sanidad como un trámite burocrático más, sin hacer excesivo caso a las deficiencias consignadas en dicho impreso por el médico.

d) *Control de zoonosis.* Creen que se lograría dar un paso de gigante si existiera una colaboración entre los distintos sanitarios locales y concretamente con los Veterinarios Titulares.

e) *Trabajo y salud.* La labor de los Titulares no debe limitarse a inspeccionar sino que debe incluir funciones de información, asesoramiento y colaboración activa en la consecución de una adecuada salud laboral.

f) *Prevención de drogodependencias.* Solicitan la colaboración decidida de la Administración, quien deberá impedir, en los medios de comunicación, la publicidad de las drogas.

3ª) Efectuar la asistencia médico-quirúrgica a transeúntes pobres, cuando no haya Hospital municipal. Vale aquí lo dicho en el apartado primero.

4ª) Verificar la comprobación y certificación de las defunciones de los incluidos en el padrón de Beneficencia municipal en el distrito respectivo y la de todos los fallecidos en el mismo distrito cuando lo ordene la autoridad competente. Subsiste esta obligación aun en el supuesto de que deba intervenir el Médico del Registro Civil, con arreglo a las disposiciones vigentes pero la inexistencia de padrón de Beneficencia municipal arrumba la eficacia del precepto.

5ª) Verificar, en defecto de Médico del Registro Civil o Médico forense, la comprobación subsidiaria del hecho del parto.

6ª) Prestar su cooperación a la Administración de Justicia. Esta cooperación se concreta, en esencia, en: sustituir a los Médicos del Registro Civil y Médicos Forenses en ausencias, enfermedades y vacantes, por designación del juez; auxiliar al forense si el juez lo estima oportuno; practicar autopsias como sustituto o auxiliar del forense; e informar como Peritos Médico-Legales, cuando lo solicite la autoridad judicial. Un análisis de la vigencia de estas funciones exige tomar en consideración los artículos 343, 346, 348, 353 LECr., el artículo 507 LOPJ y las disposiciones orgánicas de los Cuerpos de Médicos Forenses y Médicos del Registro Civil[24].

7ª) Practicar el reconocimiento de quintos dispuesto por la legislación de Reclutamiento y Reemplazo del ejército. Esta función ha quedado obsoleta. Los mozos, cuando alegan alguna causa eximente del servicio militar aportan sus propios certificados médicos que son posteriormente contrastados, mediante la oportuna exploración del joven, por médicos militares, en hospitales normalmente militares.

8ª, 9ª y 10ª) Se refieren a funciones de corte salubrista: servicios de inspección médico-escolar, fiscalía de vivienda y locales destinados a establecimientos públicos, mercantiles e industriales. Ya hemos vertido el comentario de los autores citados por lo que evitamos repeticiones inútiles.

11ª) Cumplir las demás obligaciones que le estén impuestas o puedan imponérsele por precepto legal, o por disposición de autoridad competente, o deriven por su naturaleza, de su condición de Facultativos titulares. Se trata, como se ve, de una cláusula que deja abierta la posibilidad de exigir a los Médicos Titulares cualquier otra misión relacionada con su cargo. Dentro de estas obligaciones añadidas que pueden imponérsele podemos citar las que dispone la Ley de Bases de Sanidad de 1944, que no han sido derogadas por la LGS 1986.

[23] Véase su ponencia "Desarrollo actual de las competencias del Médico Titular" presentada en el *Primer Congreso Nacional de Médicos Titulares*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1988, pp. 365-369.

[24] El artículo 343 se refiere a la autopsia preceptiva del cadáver, el 346 dispone que la sustitución del Médico Forense por otro Profesor que desempeñe igual rango en la misma población sea sustituido en caso de ausencia, enfermedad o vacante. El art. 348 habilita al juez para llamar a otros facultativos además del forense, y finalmente el 353 se refiere al lugar en que se ha de practicar la autopsia. Por su parte, las disposiciones orgánicas de los Cuerpos de Médicos Forenses y Médicos del Registro Civil obligan a los Médicos Titulares a sustituir a los Médicos Forenses en las intervenciones que, en caso de urgencia, les sean encomendadas por la autoridad judicial o fiscal. También han de auxiliarles si fuese necesario.

Tales obligaciones son: declaración de los enfermos contagiosos que reconozcan, y aislamiento, en su caso, por delegación del Alcalde, dando cuenta al Gobernador Civil (Base 4). Aunque esta medida nos puede parecer superada, el artículo 3 de la Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública viene a disponer lo mismo[25]. Obligación de proporcionar cuantos datos estadísticos se les pidan, siendo sancionables las faltas de puntualidad y veracidad en que incurran (Base 6). Como sabemos, el RPSSL también recoge esta obligación que ya hemos comentado. Cumplimiento, por delegación del Alcalde, de las disposiciones sanitarias, tanto de carácter general como específicas de su propio Ayuntamiento, así como asumir la Secretaría del Consejo Municipal de Sanidad (Base 24). Esta función recae sobre el Jefe Local de Sanidad. Atribuciones delegadas en materia de policía sanitaria mortuoria, en cuanto a inhumaciones y traslados de cadáveres (Base 33). Hoy por hoy no tiene sentido mantenerles esta función.

A todas las funciones reseñadas comprendidas o reconducibles -como en el supuesto inmediatamente anterior- al artículo 32 del RPSSL, hay que añadir todavía las que menciona el artículo 33, según el cual también son obligaciones de los Médicos Titulares asistir al personal de la Guardia Civil, Policía Armada y de Tráfico; a los Caballeros mutilados y a las fuerzas destacadas del Ejército. Resulta evidente que esta competencia ha perdido toda su vigencia al quedar los colectivos que nombra bajo la protección de la Seguridad Social o las Mutualidades de Funcionarios.

3.2.2. La funciones del Médico Titular en tanto que Médico de la Seguridad Social.

En tanto que Médico de la Seguridad Social[26], sus funciones aparecen recogidas en el Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre por el que se aprueba el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social. Tales funciones no son otras que las prescritas en el artículo 20 para los Médicos generales: a) asistencia médico ambulatoria y domiciliaria de las personas protegidas por la Seguridad Social que le hayan sido adscritas, b) permanencia en el lugar fijado para la consulta, durante el horario establecido al efecto, c) recepción y cumplimentación de los avisos para la asistencia a domicilio, d) asistencia de los avisos de urgencia que se reciban los días laborales y asunción del Servicio de Urgencia en las localidades donde éste no se hubiera establecido, e) toma de muestras, a domicilio, para análisis clínicos. A ellas hay que añadir: la cumplimentación y curso de los documentos oficiales que se deriven de la asistencia sanitaria prestada, la observación del horario y permanencia establecidos para las consultas y servicios, e incluso la contribución en el aspecto asistencial a la elevación de la consideración humana y social en las relaciones con los beneficiarios de la Seguridad Social (art. 27 tras su modificación por el Decreto 1873/1971, de 23 de julio).

Sobre dichas funciones poco es preciso comentar. Quizás únicamente el carácter marcadamente burocrático de las mismas. Lo cual se cohonesta mal con el espíritu -y la letra- del más reciente Decreto 137/1984 sobre estructuras básicas de salud que aboga por una sanidad más globalizadora, integral, formativa, comunicativa e interactiva[27]. Así se desprende de su artículo 5 que señala como funciones de los Equipos de Atención Primaria las siguientes: La) Prestar asistencia sanitaria, tanto a nivel ambulatorio como domiciliario de urgencia, a la población adscrita a los Equipos en coordinación con el siguiente nivel asistencial. b) Realizar las actividades encaminadas a la promoción de la Salud, a la prevención de la enfermedad y la reinserción social. c) Contribuir a la educación sanitaria de la población. d) Realizar el diagnóstico de salud de la Zona. e) Evaluar las actividades realizadas y los resultados obtenidos. f) Realizar actividades de formación ıpregraduada y postgraduada de atención sanitaria, así como llevar a cabo los estudios clínicos y epidemiológicos que se determinen. g) Participar en los programas de salud mental, laboral y ambiental. h) Aquellas otras de análoga naturaleza que sean necesarias para la mejor atención de la población protegida. 2. La realización de aquellos programas sanitarios que específicamente se determinen, de acuerdo con el diagnóstico de salud de la Zona.

3.3. El sistema retributivo.

El sistema retributivo de los Funcionarios Sanitarios Locales constituye -sin temor a caer en exageración alguna- la más enmarañada situación jurídica que jamás se haya imaginado. La doble condición de tales profesionales, su variada tipología administrativa, la dispersión normativa sobre la materia, la repartición de competencias entre los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y el INSALUD, la polémica integración en los EAP, la dualidad de conceptos retributivos

[25] El artículo 3 dispone: "Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que están o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

[26] Véase *supra* las normas que les confieren dicho carácter.

[27] Por nuestra parte, aplaudimos esta nueva concepción sanitaria y no compartimos las feroces críticas que sobre el mencionado Decreto ha vertido cierto grupo de Titulares. Para éstos, el Decreto introduce un "sistema con una elevada carga ideológica, con ramalazos tercermundistas, que convierte el sueño dorado de todo Médico Titular, disponer al alcance de su mano de la tecnología que impone el progreso y colaborar con sus compañeros en buscar soluciones para los problemas sanitarios de su comarca, en una aventura en que Centro significa camisa de fuerza, y Equipo, dilución de responsabilidades más que compartir esfuerzos. Por si fuera poco, introduce a bombo y platillo unas funciones a desarrollar que ya disponían hace tiempo los Médicos Titulares y que si muchas, no se han desarrollado convenientemente ha sido por haberse volcado el Estado en una Medicina asistencial por y para el hospital, no porque los funcionarios sanitarios locales hayamos incurrido en dejación de nuestras obligaciones". En "Desarrollo actual..." Op. cit. p. 372.

(básicos y complementarios) son factores que dan cuenta fehaciente de la complejidad que predicamos[28].

En un intento de arrojar un poco de claridad sobre este mundo tenebroso expondremos primeramente la normación cronológica de dicho sistema retributivo, para a continuación entresacar las normas que hoy en día deben de considerarse aplicables. Realizada esta operación -no exenta de dificultades- procederemos al análisis y explicación del diseño resultante. Como se verá no estamos ante un sistema pacífico. Antes bien, se presenta harto beligerante, (se han producido numerosas reclamaciones que han provocado incluso la intervención del TS) cuyo detonante ha sido, como en los supuestos anteriores, la integración en los EAP.

La primera norma que debemos mencionar es la Ley 116/1966, de 28 de diciembre, de Retribuciones de los Funcionarios Técnicos del Estado al Servicio de la Sanidad Local. También de rango legal se encuentra la LGSS de 1974 (art. 116.2), útil para conocer el sistema mediante el que se retribuye las funciones propias de la Seguridad Social del Médico Titular no integrado en ningún Equipo de Atención Primaria. Pero quizás las normas más interesantes, y las que más problemas han suscitado, hayan sido otras disposiciones. Entre ellas debemos citar inexcusablemente: la Orden de 9 de octubre de 1985 de régimen retributivo del personal de Equipos de Atención Primaria; el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre régimen retributivo del personal estatutario y la Resolución de 25 de abril de 1988 sobre el mismo punto; la Resolución de 20 febrero de 1990 en la que se publica el Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal, incluido el interino, que mantenga una relación de servicios de carácter asistencial con el INSALUD. Ya menos conflictivas han sido: el Decreto 187/1967, de 2 de febrero que fija equivalencias del grado de actividad de los Cuerpos de Sanitarios Locales respecto a la jornada normal de trabajo de los funcionarios civiles del Estado[29]; el Decreto 192/1967, de 2 de febrero que establece los coeficientes multiplicadores (4%) que permitirán hallar el sueldo; el Decreto 3283/1968, de 26 de diciembre sobre sustituciones retribuidas; el Decreto 610/1978, de 11 de marzo, por el que se reconoce a efectos de trienios los servicios efectivos prestados en las mismas funciones, previos a la constitución de los correspondientes Cuerpos, Escalas o plazas, o de su ingreso en ellas y la Orden de 3 de julio del mismo año que dispone las normas para su aplicación. Por último, las Órdenes de 25 de septiembre de 1989 y 17 de noviembre de 1992 publican sendas Sentencias del Tribunal Supremo que anulan el apartado 1.2. de las letras BI y BU del anexo de la Orden de 1985, respectivamente, declarando el derecho de los Médicos Titulares a percibir el mismo sueldo base que para los Médicos estatutarios establece el mismo anexo[30]. A todas estas normas específicas de los sanitarios locales deben añadirse las propias de la Función Pública.

De entre las normas citadas que todavía mantienen su vigencia, queremos entresacar tres: el Real Decreto-Ley 3/1987 sobre régimen retributivo del personal estatutario, la Resolución de 20 de febrero de 1990, y el artículo 116.2 LGSS de 1974, el cual no ha sido ni derogado ni modificado por el TR de 1994. En atención a tales disposiciones podemos afirmar que el sistema retributivo de los Médicos Titulares difiere según se encuentren integrados o no en un Equipo de Atención Primaria:

Las retribuciones básicas de los sanitarios integrados, compuestas por el sueldo, trienios y pagas extraordinarias, serán pagaderas por la Comunidad Autónoma respectiva. En tanto que funcionarios de Grupo A les serán abonadas las cuantías que para cada año se fijen en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Tales cuantías habrán de ser, como sabemos y por exigencia del artículo 24 de la LMRFP, iguales en todas las Administraciones Públicas, entre las que se cuentan las Comunidades Autónomas. Pues bien, éstas han ignorado dicho mandato y han reconocido distintas retribuciones básicas a unos mismos profesionales que pertenecen a un mismo Cuerpo y desempeñan unas mismas funciones[31]. Esta vergonzosa irregularidad fue subsanada en sus efectos prácticos merced a la dotación por parte del INSALUD de un complemento de sueldo hasta alcanzar su igualación en todo el territorio nacional, solución que se adoptó por Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de abril de 1988. En el apartado cuarto de este Acuerdo se especifica que "el personal de los Cuerpos Sanitarios Locales, transferidos a las Comunidades Autónomas e integrados en los Equipos de Atención Primaria, percibirá, con cargo al presupuesto del INSALUD, unas retribuciones complementarias por un importe tal que sumado a las previstas en el artículo 44 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, totalicen en cómputo anual unos importes equivalentes a los que percibirá, de conformidad con el presente Acuerdo, el resto del personal homónimo de los Equipos de Atención Primaria". Dicho Acuerdo ha sido declarado nulo[32] por la

[28] Tal ha sido la complejidad, que incluso se ha considerado necesaria la publicación de aquellas Circulares que resolvían consultas planteadas sobre retribuciones. Véase la circular 1/1967, de 7 de abril, publicada en el Boletín Oficial de Hacienda (n° 34), de 5 de mayo.

[29] Corrección de errores en el BOE de 18 de febrero. Además, el Decreto ha sido modificado por el Decreto 2344/1972, de 7 de julio, al elevar el grado de actividad hasta el 100%.

[30] Véanse el B.O.E. de 28-10-1989 y la STS de 29-3- 1989 (Ar. 2249) y el B.O.E. de 24-12-1992 y la STS de 30-3-1992 (Ar. 1922) respectivamente.

[31] A fecha de 1991 las diferencias entre las distintas Autonomías era, desde luego, considerable. El abanico comprendía desde las 82.248 pesetas que pagaban las Comunidades de Baleares, Cataluña, Murcia y Valencia hasta las 131. 773 que ofrecían Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla-León, Extremadura, Galicia y La Rioja. (Datos extraídos de los documentos que obran en poder del SIMPA).

[32] Art. 1933. Frente a la tesis del Abogado del Estado, para quien el Acuerdo es un acto administrativo de destinatario plural, el Tribunal acoge la postura de los recurrentes admitiendo la naturaleza jurídica de aquél, y en consecuen-

STS de 10 de marzo de 1993, pese a lo cual, podemos considerar válido lo que venimos diciendo pues las mismas disposiciones contenidas en dicho Acuerdo -y que por tanto deberían reputarse nulas- han vuelto a recogerse en el posterior Acuerdo de 18 de enero de 1990, aprobado por Resolución de 20 de febrero de 1990, la cual no ha sido ni impugnada ni anulada. Se produce, eso sí, una laguna legal durante el período que media entre la anulación del primer Acuerdo y la publicación del segundo, lapso durante el cual no sería abonable, en puridad legal, aquel complemento compensador. Pese a ello, no creemos que la Administración haya procedido a su suspensión.

En conclusión, una vez integrados en el EAP, los sanitarios locales únicamente podrán percibir unas solas retribuciones básicas, entre ellas los trienios, con cargo al presupuesto de la respectiva Comunidad Autónoma y unas retribuciones complementarias con cargo al presupuesto del INSALUD. No obstante, cuando las cuantías que, en concepto de antigüedad, vinieran percibiendo antes de su integración fueran superiores a las que, en concepto de trienios, percibían de la Comunidad Autónoma correspondiente en el momento de la integración, el INSALUD, a petición de los interesados, satisfará, asimismo en concepto de trienios, las diferencias existentes, con efectividad de la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 (apartado 3.1 del Acuerdo de 18 de enero de 1990 suscrito entre la Administración Sanitaria del Estado y las Centrales Sindicales)[33]. Como puede observarse, para obtener las diferencias existentes entre ambas se tienen en consideración dos conceptos: el de *antigüedad*, que es el concepto utilizado únicamente dentro del ámbito de la Seguridad Social, pues la expresión "antigüedad" se corresponde con la de "premio de antigüedad", empleada concretamente por la norma 12 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de febrero de 1967, por la que se aprobaron las normas sobre sistemas de pago, cuantías de las retribuciones y demás emolumentos del personal médico al servicio de la Seguridad Social y por el artículo 86 del Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial de 26 de abril de 1973; y el de *trienios*, o sea, el concepto común en el ámbito funcionarial, de modo tal que, cuando las cuantías que se viniesen percibiendo antes de la integración en concepto de antigüedad fueran superiores a las que se venían percibiendo en concepto de trienios, el INSALUD satisfará en concepto de trienios las diferencias existentes[34]. En idénticos términos se pronuncia pocos días más tarde el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de febrero de 1990[35].

Se trata de un apaño que pretende evitar en sus consecuencias prácticas los perjuicios que se derivaban de aquella ilegalidad. Loable en sus fines, más criticable en los medios. Los Acuerdos no abordan frontalmente el problema sino que eluden la exigencia de responsabilidades. En cambio, sí constituye un acierto la homogeneización retributiva que operan entre los profesionales al servicio de la atención primaria. Aun a riesgo de caer pesados queremos recordar que los sanitarios locales no podrán cobrar dobles trienios.

En realidad, esta homogeneización ya se había iniciado con anterioridad. Como sabemos, el artículo 115.1 de la LGSS 1974 preveía que "los Médicos, Practicantes y Matronas Titulares de los Servicios Sanitarios Locales tendrán el derecho y el deber, exclusivamente por el tiempo que dure su nombramiento como tales, de desempeñar los servicios sanitarios correspondientes, respectivamente, a plazas de Médicos generales, Practicantes y Matronas del Régimen General de la correspondiente localidad". Esta previsión se reitera tanto en

---

cia exige que su procedimiento de elaboración haya observado las normas relativas a la elaboración de disposiciones generales, por lo que al no cumplirse este requisito declara su nulidad. En palabras del propio Tribunal: "no creemos que la veste formal del acuerdo deba ser el criterio determinante para su caracterización, sino que se impone un análisis sustancial de su función jurídica. Según el criterio diferencial entre acto y norma acogido en nuestra jurisprudencia lo fundamental es decidir si nos hallamos ante la aplicación de una norma del ordenamiento (...) o si, por el contrario, se trata de un instrumento ordenador, que como tal se integra en el ordenamiento jurídico completándolo y erigiéndose en pauta rectora de ulteriores relaciones y situaciones jurídicas y cuya eficacia no se agota en una aplicación sino que permanece. (...) No es aceptable que el acuerdo que nos ocupa sea un mero acto de aplicación del nuevo régimen retributivo establecido en el RDLey 3/1987, de 11 de septiembre, un acto administrativo plural, o con pluralidad de destinatarios, que no innove el ordenamiento jurídico. Aquí no se trata de un supuesto determinado, en el que puedan hallarse una pluralidad indeterminada de sujetos, y a los que se aplique una norma preexistente, pues el RDL sólo establece criterios normativos muy generales insusceptibles por sí solos de una aplicación a ningún supuesto concreto. Por el contrario, el acuerdo tiene en sí un similar sentido de abstracción y generalidad, y de temporalidad indefinida, si bien, con mucha mayor concreción en su contenido, como complemento indispensable de la norma superior. El sentido ordenador del mismo resulta así evidente". Proclamado el carácter normativo del acuerdo impugnado su sustancial significado de disposición general es visto que en su elaboración debió seguirse el procedimiento regulado en los arts. 129 a 132 de la LP A, lo que no se verifica: ausencia del informe de la Secretaría General Técnica o de la Subsecretaría.

[33] Vid. BOE de 14 de marzo de 1990.

[34] A modo de precedente de esta solución podemos citar la arbitrada en el supuesto de las "plazas vinculadas", es decir, las previstas en el artículo 105 LGS y en el Real Decreto 1558/86, por el que se establecen las bases generales del régimen de conciertos entre las Universidades y las Instituciones sanitarias, y cuya vinculación se produce entre determinadas plazas asistenciales de las Instituciones sanitarias y plazas docentes de los Cuerpos de Profesores de Universidad. En esencia, la Disposición Transitoria Décima del citado Real Decreto permitía que el personal que desempeñaba distintas plazas y percibía distintos trienios por cada una de ellas percibiese, al pasar a desempeñar una sola, los trienios que considerase más beneficiosos, pero en modo alguno ambos acumulados.

[35] Vid. BOE de 27 de febrero de 1990. El apartado Primero 2 no se aparta ni un ápice del Acuerdo anterior y dice: "no obstante, cuando las cuantías que en concepto de "premio de antigüedad" vinieran percibiendo del INSALUD antes de su integración en los Equipos de Atención Primaria fueran superiores a las que, en concepto de trienios, percibían de la Comunidad Autónoma correspondiente en el momento de la integración, el INSALUD, a petición de los interesados, satisfará las diferencias existentes entre tales conceptos retributivos. Los efectos económicos de lo expresado, respecto de los Sanitarios Locales ya integrados en los Equipos de Atención Primaria serán desde la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990".

el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social (art. 64.1), como en el Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de la Seguridad Social (art. 49), en cuyos artículos se precisa, además, que este personal de los Servicios Sanitarios Locales tendrá los mismos derechos y deberes que el respectivo personal de la Seguridad Social.

A raíz de lo expuesto, nuestro colectivo ha venido desempeñando los servicios correspondientes a dos diferentes plazas dentro de las Administraciones Públicas: los correspondientes a una única plaza propia, de personal funcionario de los Servicios Sanitarios Locales, cuyo vínculo es con la respectiva Comunidad Autónoma, y los correspondientes a una plaza de la Seguridad Social, sin vínculo jurídico-administrativo directo alguno con el INSALUD, ni nombramiento, pues, en realidad, su actuación en la Seguridad Social es únicamente consecuencia automática de lo establecido por la Ley. Por ello, los sanitarios locales han venido percibiendo las retribuciones correspondientes a ambas plazas, percibiendo trienios tanto por su condición de funcionario como por el desempeño de la plaza de la Seguridad Social.

Era ésta una situación excepcional que pugnaría en principio con lo establecido por el artículo 1.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, según el cual, no se podrá percibir, salvo en los supuestos previstos en la propia Ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, este supuesto fue previsto y expresamente exceptuado de tal prohibición por la propia Ley 53/1984, cuya Disposición Transitoria Quinta establece que "los funcionarios de los Cuerpos Especiales al servicio de la Seguridad Social, en las condiciones legalmente establecidas, continuarán prestando las mismas funciones y devengando las remuneraciones que figuran en los Presupuestos del Estado y de la Seguridad Social, en tanto se reestructuran los Cuerpos o funciones aludidos, si bien una remuneración lo será en concepto de *sueldo* y la otra como *gratificación*, a cuyo efecto deberán formular los afectados la oportuna opción en los términos que reglamentariamente se determinen. En todo caso se les garantizará, a título personal, hasta el 30 de septiembre de 1985, el importe de la media mensual de las retribuciones percibidas en los dos puestos en los doce meses anteriores a la entrada en vigor de esta Ley".

No consta que la opción prevista en dicha Disposición Transitoria Quinta hubiese llegado a ser reglamentada. Lejos de ello, el artículo 28.1 del RD 596/1985, de 30 de abril, sobre Incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes, establece que "la situación, contemplada en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 53/1984, de los funcionarios de los Cuerpos Especiales al servicio de la Sanidad Local que deben prestar asistencia sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social o tengan encomendadas actividades de salud pública, se mantendrá, sin necesidad de solicitud ni autorización de compatibilidad, *hasta que tenga lugar* la reestructuración de las funciones o Cuerpos aludidos". Por otro lado, el apartado 4 de este mismo artículo preceptúa que "lo dispuesto en los apartados anteriores (el 2 y el 3 no hacen al caso) será de aplicación únicamente en tanto el personal quede integrado en las estructuras básicas de salud". Así, una vez producida la integración se pasa a desempeñar una sola plaza, la del Equipo de Atención Primaria, nueva y distinta de las dos anteriores, y en consecuencia resulta imposible el devengo de más de una remuneración y, por tanto, de dobles trienios.

Esta conclusión no quiebra por vía de la Disposición Transitoria Segunda Dos del RDL 3/97[36]. Y ello porque tal Disposición no está dirigida al personal de los Cuerpos Sanitarios Locales, sino al personal estatutario fijo del INSALUD. Esto, que podría tacharse de contradictorio con el hecho de aplicarles a los Sanitarios Locales el régimen retributivo del RDL 3/87, no lo es en realidad, sino que es plenamente congruente con todo lo expuesto. No es que no les sea de aplicación el régimen retributivo del Real Decreto-Ley; lo que no les es de aplicación es, en concreto, la DT Segunda Dos, la cual no tiene sentido más que para el personal estatutario, pues si se aplicase también a los sanitarios locales quebraría todo lo dicho ya que mantendrían la percepción de dos conceptos de trienios por el desempeño de una sola plaza -lo cual impiden los Acuerdos ya vistos- y además no se cumpliría el propósito de homogeneizar sus retribuciones con el personal del INSALUD integrado en los Equipos de Atención Primaria.

Otro punto de fricción entre los sanitarios locales y el INSALUD fueron las pretensiones de aquéllos en orden a percibir el complemento personal y transitorio que el RDL 3/1987, de 11 de septiembre reconocía, bajo ciertas condiciones, en su Disposición Transitoria Primera. Según esta Disposición "el personal que, como consecuencia de la aplicación del régimen retributivo establecido en este Real Decreto-Ley, pueda experimentar una disminución en el total de sus retribuciones anuales, con exclusión de las actuales determinadas por guardias, plus de nocturnidad o realización de horas extraordinarias, tendrá derecho a un complemento personal y transitorio por la diferencia, que será absorbido por cualquier futura mejora retributiva según los criterios que establezcan las sucesivas normas presupuestarias".

La inclusión de esta Disposición debe inscribirse dentro del principio del respeto de los derechos adquiridos, la cual tiene un restringido alcance en el ámbito de la relación estatutario funcionarial, significando únicamente, en lo económico, la

[36] Esta Disposición dispone: "sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 2.2, b), el importe de los trienios reconocidos al personal que a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley tenga la condición de personal estatutario fijo, se mantendrá en las cuantías vigentes con anterioridad. Igualmente, el primer trienio que totalice dicho personal a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley lo será en dichas cuantías".

necesidad de que cuando la Administración, en base a su potestad organizativa y reglamentaria, establezca un nuevo sistema de retribución imponiéndolo obligatoriamente al funcionario, respete la cuantía global de las retribuciones consolidadas percibidas por el mismo hasta el momento de que se trate.

Al enmarcarse dicho complemento personal y transitorio dentro del principio de respeto a los derechos económicos adquiridos, se configura como un concepto que parte de la ausencia de voluntad del funcionario en la modificación retributiva operada, de modo que nunca podrá ser reconocido, -a menos que la norma lo prevea expresamente- cuando la modificación retributiva experimentada sea consecuencia de encontrarse en una nueva situación, a la que el interesado hubiese pasado voluntariamente.

Pues bien, dado que con anterioridad al 25 de abril de 1988 (fecha de publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 15, por el que se aplica el régimen retributivo previsto en el citado RDL 3/87 al personal Facultativo y Ayudante Técnico Sanitario/Diplomado Universitario de Enfermería de los equipos de atención primaria) ya había personal de los Cuerpos Sanitarios Locales integrado en EAP, al cual le vino impuesto el nuevo régimen retributivo del RDL, resulta lógico que tuviesen derecho al complemento personal y transitorio reconocido por la DT Primera. En cambio, la cuestión varía radicalmente para aquellos sanitarios locales que optaron por integrarse con posterioridad a la publicación del Acuerdo u opten en un futuro, dada la voluntariedad de tal integración[37]. Es claro que no se puede hablar respecto de éstos últimos de modificación retributiva sobrevenida y coactivamente impuesta, pues conociendo el Acuerdo asumieron o asumirán libremente las consecuencias de la integración, entre ellas la de la aplicación del nuevo régimen retributivo. Por consiguiente, el personal de los Cuerpos Sanitarios Locales que se integre en los Equipos de Atención Primaria después de la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de abril de 1988 no se encuentra en el supuesto de hecho que contempla la Disposición Transitoria Primera del RDL 3/1987. En realidad, tras la STS de 10 de marzo de 1993 la fecha señalada ha de ser desplazada al 20 de febrero de 1990, ya que la declaración de nulidad del Acuerdo que aquélla contiene exige esperar a la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de enero de 1990 para que el RDL 3/1987 resulte aplicable a los Sanitarios Locales.

Junto a esta razón apuntada, existe todavía otra circunstancia que conduce a la misma conclusión. La teoría de los derechos adquiridos despliega sus efectos en orden a la "conservación global de las retribuciones *consolidadas* percibidas hasta el momento de que se trate" (STS de 21 de octubre de 1985). Pues bien, en el caso de los sanitarios locales que nos ocupan no se puede hablar de retribuciones consolidadas, y ello por las especiales características de su sistema retributivo. Este sistema, de "cupo" o de "coeficiente", consiste en la percepción de una cantidad fija por cada personal titular o, en su caso, por cada beneficiario cuya asistencia tenga a su cargo (art. 116.2 LGSS 1974) estando por consiguiente el importe de los emolumentos en relación con el número de titulares o beneficiarios asignados *en cada momento.* Esta permanente fluctuación de los cupos, y por tanto del dinero percibido, excluye cualquier derecho a las mayores retribuciones que se pudieran haber alcanzado en un momento dado[38]. En definitiva, que las retribuciones percibidas por este sistema no constituyen retribuciones fijas ni estables por lo que no son susceptibles de consolidación.

El sistema retributivo de los sanitarios locales **no integrados** ha planteado menos litigiosidad. Al igual que los integrados perciben sus retribuciones básicas de la correspondiente Comunidad Autónoma con la desventaja de que las diferencias salariales introducidas por éstas no son subsanadas por ningún complemento del INSALUD. En cambio, el resto de sus

[37] El carácter voluntario de la integración se encuentra establecido en la Disposición Transitoria Cuarta del RD 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud, ya examinada. También la Jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la voluntariedad de la integración. Nos referimos a la Sentencia de 18-2-87 del Tribunal Central de Trabajo que, refiriéndose al personal de la Seguridad Social, se pronuncia sobre la voluntariedad de su integración aludiendo indistintamente a las Disposiciones Transitorias correspondientes al citado personal, y a la Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto 134/1984. En la Sentencia se puede leer: "No parece correcto sostener, como lo hace la sentencia de instancia, que una vez que ha entrado en vigor el citado Real Decreto 137/1984 y en el instante en que una zona médica se haya creado un Centro de Salud con su correspondiente Equipo de Atención Primaria, todo Médico de la Seguridad Social de tal zona queda integrado en este equipo, toda vez que, aun cuando esta conclusión podría encontrar apoyo en las expresiones literales del artículo 3.3 de este Real Decreto, no puede olvidarse, en cambio, que está en total y manifiesta contradicción con lo que ordenan la Disposición Final 1" y las Disposiciones Transitorias la, 2a, 4a y 5" del mismo, de las que se desprende, con toda seguridad, que únicamente se incorporarán a los Equipos de Atención Primaria los facultativos de la Seguridad Social que así 10 deseen, lo soliciten debidamente y superen el concurso restringido de que habla la Disposición Transitoria 2ª".

[38] Nuestra Jurisprudencia no ha vacilado en este punto. El Tribunal Central de Trabajo, en su sentencia de 1 de julio de 1985 consideró que "de lo que disponen el artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social, el artículo 30 del Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad Social, y de las normas 2a y 15a de la Orden de 28 de febrero de 1967, se desprende con claridad que la especial modalidad retributiva que estas normas establecen y que consiste en el abono de una cantidad fija normal por cada titular o beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria que tenga asignado cada facultativo, tan sólo garantiza el cobro de las percepciones correspondientes a los titulares y beneficiarios que en *cada momento* tenga el médico de que se trate; lo cual se corrobora por el número del artículo 111 de la LGSS en el que se dispone que en ningún supuesto se garantiza "a cada médico un número concreto o mínimo de titulares o beneficiarios". Idéntica doctrina se mantiene en las sentencias, también del TCT, de 11-1-86,29-12-86,3-12-88, Y 26-4-89. En la penúltima de ellas se expresa que "por otra parte, no puede prevalecer, como pretende la recurrente, frente al ajuste cuantitativo de cartillas dispuesto por la norma jurídica, la sola consideración del derecho adquirido o condición más beneficiosa que implica la retribución según cupo pues ésta es *circunstancia contingente* dependiente de quien ostenta las potestades de dirección y organización de los servicios sanitarios". Véase, igualmente la STS (Sala Social) de 9 de diciembre de 1987.

ingresos proviene del vetusto sistema de cupo y zona, que se mantiene.

3.4. Concursos de Traslados.

La movilidad geográfica de los Médicos Titulares ha sido otro de los extremos conflictivos de su situación jurídica. Esto es así, como consecuencia del diseño que la LGS y demás normativa concordante hacen de la Atención Primaria, lo que ha prácticamente llevado a los funcionarios sanitarios locales a una situación de congelación o incluso se diría de "extinguir", toda vez que apenas se convocan oposiciones ni concursos de traslados.

Estos concursos se rigen por unas normas específicas contenidas en el Real Decreto 1062/1986, de 26 de mayo, por el que se regula el sistema de concurso unitario de méritos y traslado de funcionarios sanitarios locales. Ahora bien, este Decreto nace con una pretensión de provisionalidad, a la espera de que las Comunidades Autónomas dicten sus respectivas Leyes de Función Pública[39]. Hoy en día todas las CCAA han promulgado ya sus propias Leyes reguladoras de la función pública, erigiéndose éstas como la norma directriz.

De este modo, todas las cuestiones relativas a concurso de traslados habrán de ventilarse a tenor de las normas de la Autonomía en la que se convoque el concurso.

Ello no plantea mayores dudas. Aquí vamos a centramos en un aspecto más escabroso y oscuro: la posibilidad de que el concurso se convoque únicamente para los Funcionarios Sanitarios locales que vienen ejerciendo sus tareas dentro de la Comunidad Autónoma convocante, o si por el contrario está abierto a todos los sanitarios locales del territorio nacional.

La Ley Orgánica 12/1983, de 14 de octubre, sobre el Proceso Autonómico, en su artículo 26.3 reconoce a los funcionarios transferidos la facultad de participar en los concursos de traslado que convoquen otras Comunidades, debiendo de reservarse hasta el séptimo año de la transferencia un tercio de dichas plazas para funcionarios transferidos a otras Comunidades Autónomas respecto de aquéllos que ya desempeñaban sus funciones en la Comunidad convocante que debía reservar, aparte de reconocer el derecho a participar a funcionarios de otras Comunidades, un tercio de las plazas convocadas para dichos funcionarios. Este artículo no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente por la Ley 30/84 en su nueva redacción dada por la Ley 23/1988, de 28 de julio al limitarse a reconocer en su artículo 17.1 que los puestos de trabajo vacantes de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas podrán ser cubiertos por funcionarios que pertenezcan a cualquiera de estas Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo. Este precepto transcrito ha venido a desarrollar aquél, en el sentido de estimar que en tanto en la relación de puestos de trabajo no se limite qué funcionarios pueden concursar para ocupar determinados puestos de trabajo se ha de entender que pueden hacerlo tanto los de la Administración del Estado como los de las Comunidades Autónomas, sin que puedan hacerse interpretaciones restrictivas, cuando el artículo 26 de la Ley 12/1983 les reconoce el derecho a participar en los concursos que convoquen otras Comunidades.

Hasta ahora sabemos que las Leyes estatales sobre Función Pública no han derogado el artículo 26 de la Ley de Proceso Autonómico, pero ¿acaso no lo habrán hecho las de las Autonomías? No nos hemos detenido a examinar una a una todas ellas, no obstante lo cual podemos responder negativamente. El artículo 17.1 de la Ley 30/1984 tiene carácter básico (así lo declara el art. 1.3 de la misma Ley) por lo que ha de ser respetado por el legislador autonómico so pena de nulidad. En definitiva, los concursos de traslados para Médicos Titulares deben tener un alcance nacional, constituyendo la relación de puestos de trabajo la única cortapisa que podría menoscabar la plena movilidad geográfica de tales profesionales.

---

[39] La Exposición de Motivos del citado Real Decreto se puede leer ya revela la dicha intencionalidad. En ella se afirma que "las peculiares características de la función que realiza el personal de estos Cuerpos, reconocidas tradicionalmente en la normativa sobre función pública, de forma tal que existen numerosas disposiciones específicas de aplicación a ellos, justificarían por sí solas la regulación especial para provisión de puestos de trabajo que este Real Decreto aprueba, pero el mismo viene a solucionar también los problemas planteados en la gestión, con motivo de la casi total transferencia de sus plazas a las Comunidades Autónomas, *regulación que ha de tener forzosamente carácter provisional, dada la necesidad de que cada Comunidad Autónoma regule su función pública propia por Ley de su Asamblea Legislativa*, según lo que en ese sentido establece el artículo 11 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto"

IV. CONCLUSIONES

La conclusión principal que puede extraerse de cuanto se ha dicho radica en la ausencia de un tratamiento normativo unitario y homogéneo para el personal al servicio de la sanidad local. Antes al contrario, la regulación de estos profesionales adolece de dispersión y heterogeneidad, existiendo distintos regímenes retributivos, de personal, etc. en las diferentes Comunidades Autónomas. Este dato revela las escasas atenciones del legislador hacia este colectivo, -por lo demás el que mejor encarna el espíritu integrador que anima la LGS al realizar tanto tareas preventivas como asistenciales y soportar el peso de la atención primaria- actitud muy en la línea de toda su "deferencia" con la sanidad local.

Resulta claro que todavía no existe en nuestro país una concienciación de la importancia de la atención primaria, ni un reconocimiento social de los profesionales que le dedican sus esfuerzos. Asistimos a una terrible paradoja: la sanidad que se nos presenta más próxima, la que más nos afecta y ayuda es a la que le otorgamos nuestra menor consideración. Debemos de potenciar nuestra sanidad local, debemos abogar por una localización de la asistencia sanitaria, lo que incluye el establecimiento de una normativa coherente y adecuada. Desde aquí pretendemos que los poderes públicos adopten medidas conducentes a tales objetivos, que hagan un guiño a la sociedad para que vaya desterrando de su subconsciente parámetros de valoración desfasados. Entre estas medidas -y en lo que a personal se refiere- se encuentra el acometimiento de una regulación para todo el personal del SNS que ponga fin a los incómodos, injustos y descorazonadores agravios comparativos que actualmente vienen produciéndose. Esperamos el pronto alumbramiento del ansiado Estatuto-Marco, aunque tememos que tampoco éste vaya a resolver los problemas de un modo definitivo.

LA IMPRUDENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL. ESPECIAL REFERENCIA DE LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL Y LA INHABILITACION ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE UNA PROFESIÓN, OFICIO O CARGO

Núria Gratacós Gómez
Abogada

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN.II.- CONCEPTO:CONCEPTO DOCTRINAL DE LA IMPRUDENCIA. III.- INCRIMINACIÓN. IV.-CLASES DE IMPRUDENCIA SEGÚN SU REGULACIÓN POSITIVA: 1/REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL DEL 73. 2/REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995.V.-DETERMINACIÓN DE LA PENA. VI.- INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE UNA PROFESIÓN, OFICIO O CARGO:1/INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO IMPRUDENCIA PROFESIONAL. 2/NATURALEZA DE LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE UNA PROFESIÓN, OFICIO O GARGO. 3/ FUNCIÓN DE LA PENA VII.- RECAPITULACIONES. VIII.- BIBLIOGRAFÍA

I-INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (B.O.E., de 24 de noviembre), vigente desde el 24 de mayo de 1996, ha supuesto numerosas novedades en el ámbito que regula, y ello es debido principalmente, tal y como destaca la propia Exposición de Motivos del mencionado Código a las profundas modificaciones en el orden económico social y político operadas en nuestro País, así como para adaptarlo a los valores constitucionales. Entre las novedades introducidas destacaré el cambio producido en la forma de incriminación de la imprudencia, pues es precisamente ésta la que más afecta al ámbito sanitario, desarrollando concretamente la importante modificación del significado de la imprudencia profesional, pues no sólo no ha sido suprimida como parecía que sucedería a tenor de alguno de los últimos proyectos sino que su relevancia punitiva ha dado un giro radical.

Así, empezaré con una explicación del concepto de imprudencia, pues si bien ha variado la forma de incriminación, ello no afecta, ni al concepto de imprudencia mantenido por la Doctrina, ni a la estructura del tipo imprudente. A continuación incorporaré un estudio comparativo de la imprudencia según la regulación de uno y otro código, haciendo especial hincapié en cómo debe ser interpretado el término imprudencia profesional y cómo debe ser aplicada la inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión, oficio o cargo, cuando los hechos descritos en el Código se han realizado por imprudencia profesional.

II-CONCEPTO

El Código Penal del 73 no definía la imprudencia, utilizaba indistintamente los términos imprudencia y culpa, quedando integrada en el artículo 565, completado con el libro In, "de las faltas" en los arts. 586 y 600. Asimismo utilizaba también el adjetivo culposo(a) como equivalente a imprudente; tal y como se desprendía del artículo primero del antiguo Código Penal sólo eran delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. En cambio el nuevo Código Penal de 1995 opta por unificar la terminología utilizando

permanentemente imprudencia o imprudente, aunque sigue sin definida. Esto ha supuesto mayor claridad al no jurista, puesto que el término culpa, era a menudo entendido en el lenguaje común, como equivalente a infracción pecado, mientras que el término imprudente no ofrece dudas, (incluso para el no jurista) que se está refiriendo a la falta de prudencia o diligencia[1].

Cuando el C.P. habla de acción y omisión se está refiriendo a comportamientos o formas de conducta dolosas o imprudentes.

Estos comportamientos deben ser a su vez susceptibles de poner en peligro o lesionar un bien jurídico, dicho de otra forma, esos comportamientos producirán un resultado lesivo que era precisamente el que la norma quería evitar. La pretensión de la norma será por tanto, evitar que se lleven a cabo una serie de conductas (que por su entidad se consideran potencialmente lesivas, es decir, por la virtualidad que tienen en si mismas de causar un resultado) que pongan en peligro o lesionen bienes jurídicos.

El mecanismo que utiliza la norma para conseguir que los sujetos se abstengan de llevar a cabo dichas conductas es conminar con una pena la realización de las mismas, con la pretensión de motivar, de influir psicológicamente sobre los individuos. El Derecho Penal no puede prohibir resultados, no puede prohibir que las personas mueran,[2] lo que prohibe es la comisión de determinadas conductas u obliga a realizar determinados comportamientos de una manera determinada, siempre y cuando sea posible y necesario evitar esos comportamientos. La voluntad de motivación (mayor o menor) de la norma penal se traduce necesariamente en la pena que se establezca, y pese a que hay una tendencia a considerar la pena privativa de libertad como la "pena reina", lo cierto es que no es la única ni siquiera necesariamente la más eficaz, ciertamente que es la más traumática pues supone la afectación de uno de los derechos más preciados del ser humano[3].

1. CONCEPTO DOCTRINAL DE LA IMPRUDENCIA

Así como el código penal no definía la imprudencia, tampoco el concepto de imprudencia ha sido unánime en la doctrina, ni de antiguo ni actualmente. En el modelo actual del delito, básicamente se defienden dos concepciones de imprudencia: la psicológica (con dos variantes la de la voluntad y la del conocimiento), y la normativa (con dos variantes también la subjetiva y la objetiva)[4].

El concepto psicológico de imprudencia se encuadra en la concepción psicológica de la culpabilidad, propia del concepto clásico del delito, que entendía la culpabilidad como un nexo psíquico de unión entre el sujeto y el hecho. Al ser la imprudencia y el dolo dos formas de culpabilidad, resultaba que la imprudencia también debía consistir en un nexo psíquico entre el autor y el hecho, eso sí, con menor intensidad que el dolor. Este nexo psíquico era a su vez concebido de distintas formas, siendo para algunos la voluntad de realizar la acción típica pero no el resultado. Otros veían el nexo psíquico en la previsión de realizar el hecho típico incluido el resultado, y otros exigían la previsibilidad del resultado.

Entiende dicho sector doctrinal que dolo y culpa son las dos única formas de culpabilidad, la característica principal de "la culpabilidad dolosa" será la articulación del juicio de reproche basándose en que el autor *ha querido* realizar el injusto típico. La "forma imprudente" en cambio, incluye aquellos supuestos en los que el autor no queriendo realizar el injusto típico,lo lleva a cabo pese a que *debía y podía* evitar su realización.

Estos autores definen la imprudencia haciendo referencia a dos elementos constitutivos como son la infracción del deber de cuidado y la previsibilidad; no siendo independientes éstos dos requisitos sino todo lo contrario, pues la previsibilidad del resultado, junto a su evitabilidad, constituyen el punto de partida para determinar la existencia o inexistencia de la infracción del deber de cuidado. Por último diferencian la culpa del dolo, pero la presencia de éste, excluye la culpa.

El concepto normativo de imprudencia como infracción de las normas de cuidado o diligencia debida, se impuso en la década de los años 20 a los 30. La infracción del deber de cuidado (derivado de las normas de cuidado) está presuponiendo la previsibilidad, puesto que para lo imprevisible no existe deber de cuidado que pueda intentar evitarlo (no puede exigirse evitar lo que no se puede prever). Además de la imprevisibilidad, se requiere también, que se dé la infracción de una norma o deber de cuidado, ya que, aún siendo previsible un resultado si la conducta del sujeto ha sido diligente, es decir ajustada al deber de cuidado, produciéndose pese a ello el hecho objetivamente típico, no estaremos ante una conducta imprudente sino que se predicará que los hechos se han producido fortuitamente (caso fortuito) o que se han realizado sin sobrepasar el riesgo permitido.

---

[1] LUZÓN PEÑA, Diego. Derecho penal Parte General. Pág 492.

[2] MIR PUlG, Santiago. "función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho".

[3] Así lo ha entendido y recoge el nuevo Código Penal de 1995 cuando en su EXPOSICIÓN DE MOTIVOS dice: « En primer lugar, se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. el sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituidas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días - multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad.

[4] LUZÓN PEÑA, Diego. Derecho Penal. P.G.

El concepto normativo de la imprudencia fue mayoritariamente acogido por Doctrina y Jurisprudencia. No sucede lo mismo con la ubicación sistemática de la imprudencia, al estar la doctrina española dividida según adopten la sistemática causalista (tradicional) o sistemática finalista.

Para la sistemática finalista (doctrina mayoritaria) la imprudencia es considerada como una clase de tipo de injusto.

Al igual que en los delitos dolosos el tipo de injusto se configura en dos vertientes: el desvalor de acción y el desvalor de resultado, siendo ambos esenciales para que exista el tipo. En los delitos dolosos el contenido del desvalor de acción será el conocer y el querer (conocimiento y voluntad) de la realización de los elementos objetivos del tipo, es decir el contenido del des valor de acción será *el dolo* para los delitos dolosos. En los delitos culposos, sin embargo, la actividad del sujeto no va dirigida a la producción del resultado. En realidad el mandato de la norma penal de los delitos imprudentes consiste en ordenar a los ciudadanos que actúen en la vida social conforme a una serie de reglas o deberes con el fin de evitar la lesión o puesta en peligro de ciertos bienes jurídicos. A estas reglas o deberes de cuidado se les denomina *deber de cuidado objetivo*. Así, la persona que actúa conforme al deber de cuidado objetivo, actúa conforme a la norma. El cuidado objetivamente debido se configura como un concepto objetivo y normativo, es decir, se establecen los criterios que determinan cual es el cuidado necesario en el ámbito de relación (trafico rodado, medicina, construcción etc.) con independencia del autor en concreto, dicho de otro modo, el cuidado necesario se realiza en base a la conducta que seguiría un hombre inteligente y prudente, en la situación del autor. El cuidado objetivamente debido queda enmarcado dentro de los cauces del riesgo permitido en la vida de relación social.

El riesgo permitido pivota sobre dos elementos como son, de un lado el valor social que suponga la realización generadora de riesgo (ej la conducción de vehículos a motor supone una serie de riesgos, que se aceptan en aras a una mejor y más rápida forma de transporte lo que significa en este caso un beneficio indudable para la sociedad), de otro lado la necesidad de la realización de la conducta concreta (ej. la realización de una intervención quirúrgica urgente sin poder realizar todos los preparativos que se habrían realizado si la operación estaba programada)[5].

El contenido jurídico del deber objetivo de cuidado no está precisado por el legislador, siendo el juez el que debe valorar en cada caso concreto si hubo o no infracción del mencionado deber (es por ello que algunos autores consideran el delito imprudente como un *tipo abierto).* No obstante, el juez la valoración la efectuará según unos principios como son el concepto objetivo y normativo del deber de cuidado objetivo (en la relación de que se trate) en comparación con la conducta ejercitada por el autor, para así determinar si ha existido correspondencia entre ambas. Por todo lo dicho, vemos, que el deber de cuidado objetivo se determina tomando en consideración los elementos fáctico s que concurren en el caso concreto y la capacidad del autor. En algunos sectores el contenido del deber de cuidado puede llenarse también con las reglas propias de ese sector, las denominadas "lex artis" las cuales si bien forman parte del contenido del deber de cuidado objetivo no deben identificarse, pues éste último es más amplio[6]. Por último, siguiendo con la estructura del finalismo, constatada la infracción del deber objetivo de cuidado se declarará la tipicidad y antijuricidad del hecho, dejando el juicio de reproche individual del agente por no haber observado el cuidado objetivo a él exigible en la situación concreta, en sede de culpabilidad. Es en la culpabilidad, donde se valorará por tanto, el deber subjetivo de cuidado o deber de cuidado individual. Vemos según lo expuesto, que en la estructura del delito imprudente según las directrices del finalismo, el *deber de cuidado objetivo* constituye uno de los elementos esenciales del tipo. Constatada la infracción del deber de cuidado objetivo y por tanto declarada la tipicidad y antijuricidad del hecho pasará a constatarse la existencia de relación de causalidad entre el hecho típicamente-antijurídico y el resultado producido,es decir, confirmar que el resultado haya sido causado por la infracción del deber de cuidado, constatado esto deberá entonces analizarse si el hecho puede ser imputado objetivamente al autor, debiéndose ver si la conducta ha superado el riesgo permitido, si el resultado producido era precisamente el que la norma quería evitar, y si el resultado no se hubiera producido de haber actuado diligentemente por último si se declara que la conducta puede ser imputada objetivamente al autor se analizara en sede de culpabilidad la imputabilidad subjetiva, es decir se analizará si esa conducta puede serIe atribuida al autor teniendo en cuenta sus condiciones y características personales (juicio sobre el autor).

III- INCRIMINACIÓN

Tradicionalmente el sistema utilizado por los códigos penales españoles era un sistema de cláusulas generales incriminadoras de la imprudencia; en principio cualquier delito podía ser incriminado por vía imprudente (incriminación abierta), es decir, se optaba por un sistema de *numerus apertus* de posibles delitos imprudentes, que se formaban poniendo en relación el tipo objetivo de las diversas figuras delictivas del C.P. o de leyes especiales, con las tres cláusulas generales de incriminación de hechos imprudentes de los arts.565, 586 bis, y

[5] En éste último caso se dan dos situaciones de riesgo distintas: una preexistente a la actuación del agente, y otra como es el riesgo que asume éste para contrarrestarlo, de manera que, si el peligro objetivo preexistente para el bien jurídico no fuera mayor, el agente no estaría actuando dentro de los límites permitidos. MlR PUIG.

[6] ROMEO CASABONA, Carlos Mª. "El Médico y el Derecho Penal. Bosch, Barcelona 1981.

600 del C.P. del 73. Este sistema permitía, en principio, que la regla general era que cualquier tipo admitiera la comisión imprudente (con menor pena que el doloso), o como dice SILVA[7] " *suponía que fuera punible la realización imprudente de cualquier hecho lesivo de bienes jurídicos penalmente protegidos", siendo la excepción en cambio, la inadmisión de la comisión culposa de un tipo. Sin embargo en la práctica no era as(porque tanto jurisprudencia como doctrina fueron ampliando el número de delitos que presentaban obstáculos a la comisión imprudente desarrollando una corrección del principio general de incriminación, es decir, "constatada la posibilidad lógica de castigar cualquier delito cometido por imprudencia en virtud de lo dispuesto en el art.565, la atención se dirigió a cuestionar la posibilidad jurídica (axiológica) de tal castigo. La determinación de la posibilidad o imposibilidad jurídica de castigo era producto de una doble restricción practicada al analizar cada figura delictiva en particular. Tal doble corrección ha venido representada por las ideas de «posibilidad conceptual» de cometer un determinado delito por imprudencia* y *de «oportunidad político-criminal» de sancionar penalmente dicha comisión imprudente, que previamente se entendió como conceptualmente posible.* "

Doctrina como Jurisprudencia negaban la posibilidad de cometer culposamente aquellos delitos que requerían elementos subjetivos del injusto. Existían también algunos tipos que tampoco admitían la comisión imprudente porque exigían actuar «a sabiendas» o con conocimiento de la actuación típica (tipos que requieren una forma especialmente intensa de dolo). Existían también algunos tipos que sólo tipificaban alguna forma de imprudencia, como la grave o la consciente, lo que significaba que para esos casos quedaban derogadas las cláusulas generales, siendo atípicas las otras formas de imprudencia no previstas expresamente. Ello sucedía por ejemplo en algunas modalidades de prevaricación imprudente recogidas en los arts.355, 358.2°, y 360 C.P. 73, que se castigaba sólo si se realizaban por «negligencia o ignorancia inexcusable», o en la malversación por «abandono o negligencia inexcusable»; El sistema de numerus apertus además de generar divergencias interpretativas, suponía una gran inseguridad jurídica, es por ello que reiteradamente venía siendo reclamado por la Doctrina la instauración del sistema de numerus clausus, y ello no sólo porque estuviera consagrado en la mayoría de los países, sino porque éste sistema de incriminación cerrada cumple de forma mucho más precisa con el principio de taxatividad puesto que no sólo queda determinado el aspecto objetivo del delito sino también el aspecto subjetivo, garantizándose de forma más efectiva la seguridad jurídica. Otra ventaja que se predica de este sistema es que dada la menor gravedad de la imprudencia frente al dolo se consigue una mejor adecuación a los principios de *ultima ratio* y del carácter fragmentario del derecho penal puesto que al seleccionarse político- criminalmente las conductas imprudentes que por su peligrosidad, frecuencia de comisión y carácter de los bienes jurídicos a que afecten se considere más conveniente prohibidas penalmente, separándolas de otras que sean meros ilícito s extrapenales[8].

IV- CLASES DE IMPRUDENCIA SEGÚN SU REGULACIÓN POSITIVA

1. REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL CODIGO PENAL del 73 tras la reforma de 1989 (LO. 36/1989 de 21 de junio).

El código penal del 73 tipificaba dos clases de imprudencia: la imprudencia temeraria (art.565) que recogía un subtipo agravado de imprudencia profesional (segundo párrafo del art.565 del c.p.) y la imprudencia simple con infracción de reglamentos[9]

La imprudencia temeraria (art. 565 c.p.) Era la modalidad más grave,la única que podía dar lugar a delito, equiparable a la "culpa lata" del derecho común. Siguiendo la definición de SILVELA *"aquel cuidado o diligencia, que puede exigirse al menos cuidadoso o diligente".*

La Doctrina viene considerando que la gravedad del injusto en el delito imprudente depende de la entidad de la infracción, del deber objetivo y subjetivo de cuidado y de la clase de bien jurídico afectado, siendo más grave la infracción del deber objetivo de cuidado, cuando mayor sea el riesgo generado por la infracción,así como, será también más grave la imprudencia que incida sobre la vida o la integridad física de las personas que la que recae sobre bienes jurídicos patrimoniales.

- El subtipo agravado de imprudencia profesional: El segundo párrafo del art. 565 recogía una agravación de la pena cuando el resultado fuere consecuencia de impericia o negligencia profesional "Cuando se produjere muerte o lesiones con los resultados previstos en los arts. 418, 419 ó 421.2°, a consecuencia de *impericia o negligencia profesional,* se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en éste artículo". Dos son las críticas que se hacían a este subtipo agravado, la primera de ellas era la excesiva pena que contenía cuatro años, dos meses y un día como pena base- lo que significaba el ingreso en prisión del condenado, la segunda era la redacción del precepto en términos excesivamente amplios e indeterminados, que llevó a nuestra Jurisprudencia a establecer una serie de criterios para que operaran en la práctica y así

[7] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª: " La regulación de la imprudencia y la comisión por omisión en el nuevo Código Penal", MON JURÍDIC n° 127 maig/juny 1996.

[8] LUZÓN PEÑA.

[9] La imprudencia simple sin infracción de reglamentos dejó de ser punible tras la reforma del 89.

reducir la inseguridad jurídica que suponía la indeterminación de los conceptos jurídicos. El Tribunal Supremo había definido la <impericia> como ineptitud o ignorancia, es decir, *"falta de los conocimientos elementales* y *básicos propios de cualquier rama de la técnica del saber o de una profesión u oficio. Carencia que puede ser originaria o bien adquirida merced al olvido, a la falta de ejercicio, de práctica o de perfeccionamiento posterior",* mientras que el concepto de <negligencia> significaba para el T.S. *"aquel comportamiento personal de abandono, descuido o falta de interés, pese a tratarse de un sujeto <docto* y *capaz>* (st.30 de septiembre de 1985, de 28 de septiembre de 1987).

La complejidad del criterio jurisprudencial no surgía con respecto a la impericia sino que provenía del concepto de "negligencia profesional", y en concreto de las dificultades que existían a la hora de diferenciarlo de la imprudencia temeraria.

Tras la sentencia de 30 de septiembre de 1959 empezó a cuajar la diferenciación entre culpa profesional y culpa del profesional siendo los criterios jurisprudenciales establecidos por ella seguidos por numerosas resoluciones; criterio jurisprudencial que se expone en estos términos: *"Puede distinguirse entre culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél, en el ejercicio de su cargo u oficio, y la culpa profesional propia, que aparece en el precepto del art.565 como una especie de subtipo agravado,y viene a englobar de un lado la impericia profesional, en la que el agente activo pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica y técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya porque su inactualización inexcusable le conduzca a una situación de ineptitud manifiesta. También queda subsumida en aquella denominación la negligencia profesional, como tramo más acentuado de la imprudencia temeraria, en la que se detecta una especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen, estén o no reflejados en el estatuto que rige su actividad, inatenciones que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatibles con el ejercicio de aquella profesión"* (SS.TS. 1 de diciembre de 1989,4 de septiembre de 1991, 26 de abril de 1994, 8 de junio de 1994).

El TS define la impericia profesional como la falta de conocimientos técnicos en el ejercicio de la profesión; mientras que la negligencia profesional concurrirá cuando teniendo conocimientos por falta de atención o desidia no se aplican.

Por otro lado la "culpa del profesional" el TS la define como una imprudencia o negligencia comunes cometidas por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio; debiéndose entender el término comunes, como todas aquellas negligencias no motivadas por desconocimiento de las reglas técnicas o por descuido en su aplicación. Y la "culpa profesional" es la impericia, ineptitud e ignorancia, es decir falta de los conocimientos básicos y elementales propios de su ciencia, que puede ser de origen, o bien incurrir en ella por olvido o falta de ejercicio, de práctica o de perfeccionamiento posterior. En la primera, el sujeto se encuentra en posesión de los conocimientos suficientes pero obra con abandono o descuido; en la segunda por falta de unos conocimientos que debería tener.(st. 21 de Junio de 1974). En la "culpa profesional" hay por consiguiente un plus de culpa sobre la temeraria que radica en la torpeza o descuido inexcusable del profesional que torna su acción u omisión en extremadamente peligrosa e incompatible con el correcto ejercicio de la profesión (st. 22 de diciembre de 1980).Por tanto y resumiendo, la culpa propiamente profesional descansa en la impericia, en la ignorancia al ejecutar un acto (st.de 25 de noviembre de 1980).

Ciertamente que los límites entre la "culpa del profesional" y la "culpa profesional" son confusos, siendo transcendente y esencial tal separación ya que sólo a ésta última es aplicable el plus agravatorio que señala el art.565.5 (sstt. de 2 de mayo y 24 de marzo de 1984, 23 de febrero de 1985, 28 de septiembre 28 de octubre y 28 de noviembre de 1987).

En resumen, vemos que el T.S. considera a la impericia como la "culpa profesional", entendiendo que el profesional actúa sin tener los conocimientos que le son exigibles por la titulación que ostenta, y es sobre ésta donde debe recaer la agravación, porque el mayor reproche penal tiene que apoyarse en un incumplimiento extraordinario, basado en una impericia inexplicable. Por contra, el término negligencia profesional lo identifica con el de "culpa del profesional" entendiendo que el profesional tiene los conocimientos necesarios para actuar como tal y no los aplica por descuido o desinterés, es decir, que el sujeto no actuó conforme le era exigible y esperable de su profesionalidad. Y en estos supuestos no es de aplicación la agravante por considerar que no es más reprochable la culpa del profesional que la imprudencia temeraria.

La imprudencia simple con infracción de reglamentos, segunda en gravedad, tipificada como mera falta a partir de la reforma del C. Penal de 1989. La imprudencia simple antirreglamentaria era un concepto complejo pues utilizaba los términos imprudencia simple así como el de infracción de reglamentos. La imprudencia simple o negligencia era la forma menos grave de imprudencia conocida por el c.p., se equiparaba a la "culpa levis". La infracción de reglamentos suponía la contravención de una norma jurídica, recogida, bien en la ley bien en un reglamento. Las normas de cuidado que se infringen no son tan elementales como en la imprudencia temeraria son normas que respetaría un hombre cuidadoso.

2. REGULACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL OPERADA POR LA LO. 10/1995 DE NOVIEMBRE.

El nuevo C.P. del 95 regula en su art.10 la definición genérica de lo que son delitos o faltas estableciendo que «son delitos o

faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley»

La primera novedad con respecto al anterior Código es que se sustituye el término de "culpa" por el de "imprudencia". En realidad tal diferencia no es excesivamente importante debido a la práctica equivalencia de ambos conceptos lo que sí ha supuesto es que se hayan zanjado las numerosas y estériles discusiones terminológicas.

De gran trascendencia es la disposición contenida en el art.12 del nuevo código, pues introduce en la Parte General el sistema de incriminación cerrada o numerus clausus de los delitos imprudentes cuando establece que « las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga una ley»; por lo que, éste nuevo C.P. ha abandonado el sistema de incriminación abierta para adoptar el sistema de incriminación tan reclamado por la Doctrina.

Ya se ha dicho anteriormente que el sistema de incriminación cerrada es más respetuoso con el principio de taxatividad, así como garantiza la seguridad jurídica de mejor forma que el sistema de incriminación abierta.

En principio, el sistema de incriminación cerrada tal y como se ha puesto en práctica en la totalidad de los países ha significado que la incriminación imprudente tenga carácter excepcional, en el sentido de que sea menos necesaria la reacción penal, frente a conductas realizadas mediando imprudencia por ser menor la gravedad genérica de éstas conductas, que las realizadas dolosamente contra bienes jurídicos. Dicho de otro modo, un sistema de incriminación cerrada que restrinja la incriminación penal de delitos imprudentes supone la plasmación de los principios de fragmentariedad y de intervención mínima del Derecho Penal. No obstante, el sistema de Romeros clausus puede dar lugar a que conductas imprudentes merecedoras de tipificación penal queden impunes por haber omitido el legislador su tipificación. No obstante en el nuevo código penal los supuestos de incriminación imprudente son relativamente abundantes.

El sistema de incriminación cerrada de la imprudencia ha incidido en todo el conjunto del Derecho penal, tanto en un plano teórico como práctico[10].

En cuanto al aspecto terminológico ya se ha avanzado que se opta claramente por el término imprudencia para designar a la forma no dolosa de imputación típica. Las clases de imprudencia en función de su gravedad pasan a denominarse imprudencia grave e imprudencia leve, vemos que el Legislador ha sustituido el concepto de "imprudencia temeraria" por el de "imprudencia grave" los conceptos de imprudencia temeraria e imprudencia grave son sinónimos. Cabe tener en cuenta que desaparece cualquier referencia punitiva de la infracción de reglamentos.

V.- DETERMINACIÓN DE LA PENA: regulación establecida en el C.P. del 73 y regulación del Código del 95.

El Código del 73 utilizaba el sistema de penalidad único, es decir, la regla general era que la comisión de un delito por imprudencia temeraria tuviera al menos la pena inferior en grado a la de la comisión dolosa. La pena del delito imprudente no podía exceder de prisión menor o prisión menor en grado máximo cuando se daba la cualificación de impericia o negligencia profesional. En algunos casos la pena era muy inferior a la del delito doloso si el hecho imprudente (contra personas o de daños) se debía a imprudencia simple, porque entonces sólo constituía una falta. Sin embargo, algunos delitos imprudentes se tipificaban expresamente al margen de las cláusulas generales, equiparándose la pena con el correspondiente delito doloso (p.ej. art. 358 (prevaricación de funcionario público por negligencia inexcusable); artAl2 (aborto imprudente); art. 340 bis y ss. comisión dolosa o imprudente de los delitos de peligro en materia de tráfico.

En cuanto a la medición de la pena para los delitos por imprudencia temeraria o cualificados por imprudencia o negligencia profesional, el art. 565.5° derogaba las reglas de medición que para los delitos dolosos establecía el art. 61 de forma que cuando hubiere mediado imprudencia temeraria o impericia o negligencia profesional los Tribunales procedían para la aplicación de las penas a su prudente arbitrio. Ello significaba que el Juez disponía de todo el marco penal aunque no hubiera atenuantes ni agravantes o aunque concurrieran sólo agravantes o sólo atenuantes. Esta regla del art. 565.5° no derogaba los preceptos de determinación de la pena de las eximentes incompletas (arts.66 y 65) ni los de concurso de delitos (art. 69). Estas reglas se introdujeron con la pretensión de corregir las consecuencias del sistema de penalidad única contenidas en el Código, atendiendo a la trascendencia de los delitos imprudentes. En lo que se refiere a las faltas (formas punible s de imprudencia simple) regía también una regla especial de determinación de la pena que estaba prevista en el art.601 y establecía que para la aplicación de las penas los Tribunales procederán según su prudente arbitrio, atendiendo a las circunstancias del caso, del culpable, sin ajustarse a las reglas contempladas en los arts. 49 a 66 pero con estricta observancia a las del art. 68.

El C.P. 95, al tipificar especialmente los delitos imprudentes por haber adoptado el sistema de numerus clausus, asigna directamente la pena, es decir, toma como referencia el correspondiente delito doloso. La excepción se encuentra en los arts.317, 331, 344, 358, y 367 que adopta el sistema indirecto, de manera que el tipo imprudente lleva asignada la pena infe-

[10] SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª "La regulación de la imprudencia..." MÓN JURÍDIC, N° 127.

rior en grado. En los tipos de delitos imprudentes (por imprudencia grave), la regla general es que se prevén penas inferiores,(a veces con gran diferencia como en el homicidio) con los correspondientes delitos dolosos, siendo obviamente la diferencia penológica mayor, cuando se trata de las faltas de lesiones u homicidios imprudentes del art. 621. También en éste nuevo Código, excepcionalmente, se da equiparación de las penas de la comisión dolos a e imprudente, como son los casos de los arts. 205 Y 208.3 calumnias e injurias graves, o en los delitos de peligro en materia de tráfico de los arts. 379 y ss.

El nuevo C.P. 95 ha supuesto también, la desaparición de las reglas especiales de determinación de la pena para los delitos imprudentes (generalmente por imprudencia grave) contenidas en el anteriormente mencionado art. 565.5° del C.P. 73 pues al no disponer el nuevo código de un sistema de penalidad única como el derogado se hace innecesaria su permanencia[11]. Ello no obsta para que pueda tener trascendencia práctica el hecho de que no exista cláusula alguna que derogue las reglas de determinación de la pena contenidas en el código ya que entonces ¿serán de aplicación las reglas de determinación para los delitos imprudentes y por tanto deberán contemplarse la existencia de agravantes y atenuantes al igual que en los delitos dolosos?[12].

Lo que sí prevé el nuevo código para las faltas imprudentes (no por ser hechos imprudentes sino por ser faltas) una regla prácticamente igual a la que contenía en el art. 601 del C.P. 73 al establecerse en el art. 638 C.P. 95 lo siguiente «En la aplicación de las penas de éste Libro procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los arts. 61 a 72 de éste código»

VI.-INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN OFICIO O CARGO

Especial atención requiere la inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión oficio o cargo, cuando los hechos sean cometidos por imprudencia profesional, recogida por el C.P. de 1995.

Así como el Código del 73 preveía un subtipo agravado que permitía aumentar las penas en los delitos de homicidio o lesiones graves en base a la concurrencia de negligencia o impericia profesional, el nuevo Código ha modificado el significado de la imprudencia profesional ya que se ha visto radicalmente afectada su relevancia punitiva, puesto que, con la constatación de una imprudencia profesional impone la inhabilitación especial, cumulativa a la pena privativa de libertad correspondiente. Vemos que, en el homicidio, la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo alcanza de tres a seis años (art. 142.3.); en el aborto, abarca de uno a tres años (art. 146 párrafo segundo); en las lesiones, la inhabilitación alcanza de uno a cuatro años (art.152.3); y en las lesiones al feto, en las que alcanza de seis meses a dos años.

Comparando las penas de privación de libertad, vemos que en el Código derogado y por aplicación del mencionado subtipo agravado contenido en el art. 565 (que obligaba a imponer en grado máximo la pena y si el mal causado era de extrema gravedad el Tribunal a su juicio podía elevada en uno o dos grados) un homicidio por imprudencia profesional tenía una pena rayana en los seis años pudiendo llegar a alcanzar los doce e incluso los veinte, mientras que con la nueva regulación el máximo posible es de cuatro años, además de la inhabilitación especial. Ciertamente se hace evidente la menor imposición de pena privativa de libertad establecida en el Código del 95, pero la realidad era bien distinta, ya que en la práctica los Tribunales eran reacios a aplicar el subtipo agravado, precisamente por lo desproporcionado de la penalidad, y la dificultad que suponía definir sus contornos; todo ello hizo, que el propio Tribunal Supremo estableciera unos criterios jurisprudenciales para diferenciar la "culpa profesional" de la "culpa del profesional" y con ello determinar cuando era preciso aplicar la agravante y cuando no. Aún y así son escasa las aplicaciones de este género a las actuaciones imprudentes de los profesionales[13], por lo que, la pena privativa de libertad que se aplicaba no era muy superior a la que establece el nuevo Código. La imposición de la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, es conflictiva en el sentido de como debe ser aplicada, es decir, si será de aplicación a toda conducta imprudente realizada por un profesional en el ejercicio de su profesión o si por el contrario deberá atenderse a los criterios jurisprudenciales que se establecieron para aplicar la agravante contenida en el art.565 del C.P. 73.

En principio lo que no ofrece dudas es que la imprudencia debe ser grave, porque grave es la imprudencia que requiere el Código en todos los supuestos de incriminación de delitos imprudentes así p. ej. tenemos el art. 142 que establece en su párrafo primero « el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años» y en el párrafo tercero establece «Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años».Vemos por tanto que la pena de privación de libertad es aplicable cuando el resultado (homicidio, lesiones, aborto etc.) contemplado

[11] Silva.

[12] Cuestión que dejo formulada pues el análisis de ella excedería los límites de este trabajo.

[13] MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel "La responsabilidad penal del médico y del sanitario", COLEX 1994.

por la norma penal haya sido causado por imprudencia grave y cuando recoge la comisión por imprudencia profesional al decir" además" debe interpretarse como la imposición de la pena privativa de libertad ya descrita en el primer párrafo (en la que está exigiendo imprudencia grave), ya que seguidamente describe la inhabilitación especial con el período de tiempo correspondiente.

En el análisis de la forma de aplicar la inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión, oficio o cargo se hace necesario en primer lugar determinar la naturaleza de la misma según se halla regulada en el C.P. del 95., aunque quizás sea conveniente delimitar primero el alcance que debe darse al término de imprudencia profesional incorporado por el Código, en el sentido de si debe ser una interpretación extensiva o por el contrario restrictiva, luego continuar con el análisis de la función que debe cumplir la inhabilitación especial y cuál es el fundamento de ella, analizando las distintas funciones de la pena en un Estado Social y Democrático de Derecho. Ya avanzo de antemano, (en contra de algunos autores) que entiendo, que si se aplica a todo profesional que en el ejercicio de su profesión haya producido un resultado por su conducta imprudente sin analizar si existe algún dato fáctico en la conducta que suponga un mayor desvalor de acción o un mayor desvalor de resultado se estará vulnerando el principio de igualdad ante la ley, porque conductas de igual gravedad y de carácter imprudente llevarían aparejadas penas inferiores simplemente por no darse en el sujeto activo la condición de profesional. Además, creo que toda persona que está inmersa en el mundo laboral está desarrollando una profesión un oficio o un cargo, por lo que, el hecho de actuar imprudentemente en la vida laboral sería más grave que en cualquier otro ámbito de la vida social, dicho de otro modo ¿ tiene menor protección penal cualquier otro ámbito de la actividad social que no sea la del mundo laboral?

1. INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO IMPRUDENCIA PROFESIONAL

Cuando se expuso las clases de imprudencia recogidas por el C.P. del 73 se mencionó y desarrolló la Doctrina del T.S. en cuanto a la aplicación de la agravante contenida en el art.565 cuando había mediado impericia o negligencia profesional, entonces el T.S. matizó la diferencia entre impericia y negligencia, introduciendo las categorías de "culpa profesional" y "culpa del profesional", equiparando la impericia a la culpa profesional recayendo sobre ella la agravante, mientras que la negligencia era equiparada a la culpa del profesional no considerándose que ésta fuera de mayor gravedad que la imprudencia temeraria. Entiendo que el abandono de los términos culpa e imprudencia temeraria sustituyéndose por los de imprudencia e imprudencia grave respectivamente, no tienen porque incidir en el concepto intrínseco de ambos, dicho de forma simplista, es exactamente lo mismo decir imprudencia que decir culpa, como también es exactamente lo mismo decir imprudencia grave que imprudencia temeraria. Por lo que no veo obstáculo para poder decir entonces, que cuando el código penal establece el término de imprudencia profesional, deberá entenderse que el Legislador se está refiriendo a la "culpa profesional" o sea a la impericia, quedando entonces en el mismo rango de gravedad la imprudencia grave (antes temeraria) y la "imprudencia del profesional" antes culpa del profesional o negligencia.

2. NATURALEZA DE LA INHABILITACIÓN ESPECIAL SEGÚN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

En el Título III. "De las penas y sus clases", el art. 32 establece que las penas pueden ser: Privativas de libertad, privativas de derechos y multa; pudiendo ser además principales o accesorias.

De entre las penas privativas de derechos el apartado b) del art.39 recoge como una de ellas a la inhabilitación especial para ejercer profesión cargo u oficio.

Las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la ley declare que otras penas las lleven consigo (art.54). Las penas accesorias tendrán la duración que tenga la principal (art.33.6).(Se cumplen paralelamente mientras dure la condena) y cuando el art. 45 dice que la inhabilitación especial para profesión (...) que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena. Entiendo que se está refiriendo a las situaciones en las que la pena se establece como accesoria.

Según el art. 33 las penas podrán ser: Graves, menos graves y leves, estando la gravedad de las penas en función de la duración de las mismas.

El art. 40 establece los tiempos máximos de la inhabilitación absoluta y de la especial. y los arts. 41 y 42 describen la inhabilitación absoluta y la especial respectivamente; siendo la principal diferencia el tiempo de duración de las mismas.

El Título IV versa sobre las medidas de seguridad, así del art. 96 se desprende que las medidas de seguridad pueden ser privativas o no privativas de libertad, quedando recogido en el art. 96.3.4° la inhabilitación profesional. los arts. 101 a 104 establecen cuando podrán ser aplicadas las medidas de seguridad a los exentos de responsabilidad criminal que determina el art. 20 1°, 2° y 3° (anomalías o alteracionlrs psíquicas, intoxicación plena, alteraciones percepción desde el nacimiento).

Por último el art. 105 recoge los supuestos en los que el juez podrá aplicar una medida de seguridad no privativa de libertad, contemplando entre ellas la inhabilitación profesional para los .casos establecidos en los arts. 101 a 104. Por lo

expuesto se deduce que el C.P. contempla a la inhabilitación profesional en los delitos imprudentes cometidos por imprudencia profesional como pena y no como medida de seguridad. y como pena principal y no accesoria.

3. FUNCIÓN DE LA PENA

La función del Derecho penal depende de la función que se le asigne a la pena y a las medidas de seguridad; siendo ambas los medios más característicos de intervención del D.P.

La pena sigue siendo el arma fundamental que utiliza el Estado; la pena es un mal con el que el D.P. amenaza con imponer si se lleva a cabo la comisión de un delito. A lo largo de la historia se han asignado distintas funciones a la pena (retribución,prevención) o dicho de otro modo se ha justificado la necesidad de imposición de una pena de maneras diferentes, es decir la función de la pena está en relación directa con las concepciones políticas que imperen en un Estado, como dice MIR-PUIG *"Ni la función del derecho penal puede derivarse de una contemplación de penas y medidas de seguridad como figuras aisladas del sentido que en cada momento histórico-cultural y en cada modelo de Estado corresponde al Derecho, ni la función del Derecho Penal se agota en la función de la pena y la medida de seguridad"*.

Las teorías de la pena se reducen a la Teoría de la retribución y a las teorías de la prevención, estando entre estas últimas la doctrina de la prevención general y la de la prevención especial.

Según la teoría de la Retribución, se asigna a la pena la función de retribución como forma de hacer Justicia por el delito cometido. El mal no debe quedar sin castigo. (Pena-retribución-castigo)

La justificación de la necesidad de castigo ó el fundamento ético del castigo parte de los filósofos alemanes Kant y Heguel que consideraban que la pena como realización de justicia debía servir de testimonio y constatación de los valores ideales del hombre-razón

La pena se concibe como reacción que mira al pasado (sin fines utilitarios posteriores). Por lo que la única función de la pena debe ser la de realización de la Justicia. Las teorías retribucionistas introdujeron un límite de garantía para el ciudadano, el llamado principio de proporcionalidad, esto es la necesidad de que exista proporción entre la gravedad de la pena impuesta y la gravedad del delito cometido.

Las Teorías de la prevención parten de entender que la función de la pena consiste en prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales,es decir, asignan una función utilitaria a la pena. La PENA es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales. La retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro.

El desarrollo de este planteamiento inicial de la pena como medio de prevenir delitos, se materializa de dos formas distintas. Una es entender la prevención como Prevención general esto es, como prevención frente a la colectividad. La pena será por tanto un medio para evitar que surjan delincuentes, actúa mediante la "coacción psicológica" dirigida a los ciudadanos para evitar que delincan.

La función de prevención general opera en el momento de la conminación de la pena. La confirmación de la amenaza penal se da con la ejecución de la pena. La otra es entender la prevención como prevención especial. La pena va dirigida al delincuente, su finalidad será que el delincuente no vuelva a delinquir. La función de prevención especial opera en el momento de EJECUCIÓN DE LA PENA.

La función de la pena como prevención especial se consigue por medio de: la intimidación (del delincuente ocasional), la corrección (del delincuente corregible) y la inocuización (del delincuente habitual incorregible)

La función de la pena entendida como forma de prevención especial surgió de concebir el Derecho Penal como instrumento de lucha contra el delito. La Doctrina de la prevención especial dio lugar a la introducción o el surgimiento de las medidas de seguridad y la función resocializadora. Uno de los problemas de la función de prevención especial es que no puede tomarse como función exclusiva de la pena.

A lo largo de la historia ha habido épocas en las que ha imperado una frente a otras, pero en la actualidad nadie duda que la pena cumple la función retributiva como las preventivas, sometidas a los límites impuestos por el Estado Social y Democrático de Derecho que proclama nuestra Constitución.

Quedando claro que la naturaleza de la inhabilitación especial en los delitos imprudentes en los que ha mediado imprudencia profesional es una pena principal, y habiendo expuesto las distintas funciones de la pena, cabe ahora analizar en que supuestos el código penal recoge que tras la comisión por imprudencia profesional deba ser aplicada dicha pena de inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión oficio o cargo, siendo estos los siguientes:

> Art.142 Homicidio por imprudencia grave Art.146 aborto por imprudencia grave
>
> Art.152 lesiones por imprudencia grave
>
> Art.158 lesiones al feto por imprudencia grave Art.159.2 alteración del genotipo por imprudencia grave
>
> Art.220 sustitución de un niño por otro por imprudencia grave.

Vemos, así, que el art. 142 cuando incrimina imprudentemente el homicidio establece lo siguiente:

1- dar muerte a otro por imprudencia grave lleva aparejada una pena de. privación de libertad de 1 a 4 años.

2.-si los hechos se han producido mediante vehículo a motor o con arma de fuego (también con imprudencia grave) además lleva la pena de privación del derecho a conducir o de la tenencia de armas por un tiempo de 3 a 6 años.

3.- si los hechos son por imprudencia profesional entonces se impone además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión oficio o cargo. por un tiempo de 3 a 6 años.

Tenemos por tanto que cuando se produzca la muerte de otro por imprudencia grave cometida por imprudencia profesional se impondrán las penas siguientes:

a) Privativa de libertad de 1 a 4 años b) inhabilitación especial de 3 a 6 años

Hemos visto anteriormente que el art. 33 establece como penas graves las privativas de libertad por tiempo superior a tres años, y las de inhabilitación especial por más de tres años por lo que, un homicidio en el que ha mediado imprudencia grave de un profesional en el ejercicio de su profesión tiene como mínimo dos penas: la privativa de libertad que cuanto menos será menos grave (si es menos de tres años) y la de inhabilitación que será grave,(porque como mínimo son tres años).Y puesto que el art.13 del C.P. califica como delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave, delitos menos graves las que castiga con pena menos grave, y si la pena por su extensión puede incluirse a la vez en los dos primeros números entonces se considerará el delito en todo caso como grave, vemos que un homicidio imprudente cometido por imprudencia profesional será considerado como un delito grave. Mientras que, si la misma muerte por imprudencia grave ha sido cometida por vehículo a motor o por arma de fuego la privación del derecho a conducir o a la tenencia de armas parte de 1 a 6 años pudiendo oscilar la pena de menos grave a grave según le impongan menos de tres años o más de tres, a diferencia de la imprudencia profesional que siempre será grave porque parte de tres años como mínimo.

Asimismo si esa misma muerte no ha sido por imprudencia profesional tendrá una única pena de privación de libertad.

Todo lo expuesto es Derecho positivo, pero la ley debe ser aplicada, así pues, hagamos un pequeño esfuerzo imaginativo y supongamos, por ejemplo, a un taxista (es un conductor profesional) que llevando un pasajero comete una imprudencia grave, produciéndose la muerte del mencionado pasajero ¿qué se le impondrá? la pena de privación de libertad de 1 a 4 años, más la de privación del derecho a conducir por un período de 1 a 3 años, más la de inhabilitación profesional de 3 a 6 años.

Y si ese mismo taxista, con el mismo coche, llevando a un compañero o familiar a su casa, es decir, que no va como cliente y por imprudencia grave se produce la muerte del compañero o familiar entonces ¿ya no se le aplicará la pena de inhabilitación especial?, ciertamente que la privación del permiso de conducir ya le impedirá trabajar pero con suerte la privación le alcanza menos de tres años.

Supongamos ahora un electricista (en principio es un oficio) que va a una casa a prestar sus servicios como electricista y conecta mal (por descuido y dejadez) el termo eléctrico dejando un contacto de forma que en cuanto se mete una persona en la ducha se electrocuta y fallece.

Numerosas son las cuestiones que surgen ante lo expuesto y que a continuación planteo, así pues: ¿Se calificaran los hechos cometidos por el electricista del ejemplo anterior como susceptibles de serie aplicada las penas que se establecen para la imprudencia profesional? dicho de otra forma ¿ se considerará que la muerte se ha producido por imprudencia profesional aplicándosele entonces además de la pena privativa de libertad la de inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión **oficio** o cargo.

¿Qué se entiende por profesional? ¿El que ostenta un título que le acredita para ejercer creando unas expectativas de confianza en los demás o también el que ejerce un oficio y se anuncia como tal y se le contrata también como tal?

¿Debe tenerse en cuenta la relación contractual en el sentido de que presta unos servicios a cambio de una remuneración? o por el contrario es irrelevante que se de una relación contractual? por ejemplo, supongamos un médico que estando cenando en su domicilio, va a visitarlo un vecino, (que no es paciente de él) a solicitar sus servicios como médico, actuando el médico de forma imprudentemente grave de manera que se produce un resultado lesivo ¿se considerará en este caso la existencia de imprudencia profesional?

¿La imprudencia profesional cuando será considerada? ¿en todas aquellas situaciones en que el profesional actúa en el ejercicio de su profesión con imprudencia grave?

Quizás la respuesta a estas cuestiones pueda hallarse repasando lo que sucedió al ser introducido por el C.P. de 1944 (tantas veces "parcheado") las dos clases de imprudencia punible constitutivas de delito (imprudencia temeraria y la simple imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos) y la agravación de la pena contenida en el art.565 cuando la infracción fuera consecuencia de impericia o negligencia profesional,condicionada a su vez a la gravedad del resultado. Entonces se encontraron ante una situación análoga a la actual, La aplicación de la mencionada agravante sufrió una evolución singular[14]. Inicialmente la Fiscalía del Tribunal Supremo[15] entendió que la falta de pericia lo mismo podía ser apreciada en el carente de la misma que al que no demostrara

[14] MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel: La responsabilidad penal del médico y del sanitario. Pág. 60 y ss.

[15] En su Memoria de 1958,consulta 3. MARTÍNEZ PEREDA pág 60

sus conocimientos cuando ello fuera menester.Asimilaba la impericia y la negligencia o imprudencia en una auténtica sinonimia. Tal duplicidad de concepto se recogió también en la st. de 15 de noviembre de 1957. La sentencia de 10 de octubre de 1958 aplicó la agravante al chofer de profesión estimándola como un elemento adjetivo y no sustantivo de la propia conducta y en cambio no la aplicó al industrial, conduciendo un vehículo a motor para satisfacer un derecho que le competía como ciudadano (st. de 25 de abril de 1956). Así, en un principio se utilizó la agravación con excesivo rigor objetivo,aplicándose a todo profesional por el sólo hecho de serio, debiendo posteriormente la jurisprudencia restringir el concepto, refiriéndolo concretamente a la imprudencia misma y no a la condición del sujeto, es decir, cuando en la imprudencia se acredita un desconocimiento de las reglas técnicas exigibles, pero que no obliga a la apreciación de la agravante[16] todo ello quedó recogido por vez primera por la st.de 30 de septiembre de 1959,y a partir de entonces se fueron introduciendo los criterios jurisprudenciales que diferenciaban impericia y negligencia, y la culpa profesional y culpa del profesional. Línea jurisprudencial que fue seguida hasta nuestros días, viendo por ejemplo, como la sentencia de 4 de septiembre de 1991 recogía la evolución de la doctrina jurisprudencial o la de 18 de noviembre de 1991 señalaba que el mayor reproche penal tiene que apoyarse en un incumplimiento extraordinario de la precaución y cautela, basado en una impericia inexplicable, inaudita, también extraordinaria.

Para determinar el concepto de imprudencia profesional manejado por el Supremo es de gran ayuda la sentencia de 29 de diciembre de 1975 que establecía como requisitos que el sujeto activo realizare los hechos imprudentes en el ejercicio de su profesión de la cual hace su medio de vida ordinario y de dedicación laboral. La conducta realizada debe pertenecer a la serie de actos que de manera habitual, son exigidos y se practican ordinariamente por los profesionales del ramo. Es preciso que el resultado se produzca a consecuencia de impericia o negligencias profesionales incompatibles con la profesión por ser inexcusable en su ejercicio o practicándola con manifiesta peligrosidad, caracterizada por un **plus de culpa** sobre la temeraria, pero referido a un actuar concretado a los especiales deberes de la profesión. Todos estos factores deben ser apreciados con un criterio de relatividad, ponderando en todo caso circunstancias, personas, actividad profesional desarrollada etc. Vemos como los Tribunales se encontraron, entonces, que la aplicación de la agravante contenida en el art.565 era excesiva por la penalidad que contenía, piénsese además, que ello sucedía en un Estado no democrático como la España de esos años, es decir, que no estando sometido a los límites que un Estado Social y Democrático de Derecho se cuestionaron y dejaron de aplicar la agravante por el mero hecho de ser profesional, estudiando, analizando y desarrollando una doctrina que justificara los supuestos en que debían ser aplicados tal agravante, centrándose en que los hechos supusieran un **plus de culpa,** y no la mera condición de ser un profesional.

Ciertamente que la doctrina del Supremo expuesta hasta el momento va referida a la agravante contemplada en el art. 565 del código derogado y que ésta incidía sobre la mayor o menor duración de la pena privativa de libertad, también es cierto, que la mencionada agravante no ha sido recogida por el Código penal de 1995 y que éste establece una pena privativa de libertad de duración considerablemente menor que la recogida por el anterior código (aunque creo que es de los más significante que sean difíciles de encontrar sentencias que impongan penas de privación tan elevadas para estos supuestos). No obstante, hemos visto que la inhabilitación profesional para el ejercicio de una profesión oficio o cargo tal y como la recoge el Código del 95 en los supuestos de imprudencia profesional tiene naturaleza de **pena principal**[17], por lo que se da una duplicidad de pena en esos supuestos[18]. Por ello se hace necesario averiguar cual es el fundamento de la duplicidad de la pena en la imprudencia profesional, y que función deben cumplir las penas en un Estado Social y Democrático de Derecho.

De las tres funciones que se adjudican a las penas con sus respectivos límites vamos a ver que función cumple cada una de las penas impuestas para los delitos imprudentes cometidos por imprudencia profesional (privación de libertad e inhabilitación especial para ejercer profesión oficio o cargo.)

Con respecto a la función **retributiva,** se justifica la pena como forma de realización de la justicia (que nadie quede sin castigo por el mal cometido) porque en realidad la función de castigo de la pena sigue existiendo, sometido a límites derivados del Estado Social y Democrático de Derecho, pero sigue teniendo la función de castigo, pues bien dicha función ya queda satisfecha con la imposición de la pena privativa de libertad, también queda contemplado el principio de proporcionalidad entre el delito cometido y la pena de privación de libertad impuesta puesto que tiene menor pena que el delito cometido dolosamente.

La inhabilitación especial no podrá entenderse que cumple una función retributiva porque duplicamos el castigo por el sólo hecho de ser profesional.

[16] MARTÍNEZ PEREDA pág.63.

[17] Cabe tenerse en cuenta que las penas de inhabilitación especial son de obligado cumplimiento mientras que las de privación de libertad poseen mecanismos de reducción pudiendo llegar incluso a no cumplirse en algunos casos

[18] Pese a que la inhabilitación especial no incide sobre un bien tan preciado como es la libertad ello no obsta para que no deba tenerse en cuenta que incide sobre otro derecho o dicho de otro modo que no deja de suponer la limitación o privación de un derecho, además de ser contemplado por el código como una pena.

Veamos con respecto a la función de prevención general, que duda cabe que la imposición de una pena privativa de libertad va a suponer una coacción psicológica sobre los profesionales motivándolos a actuar diligentemente. Asimismo la inhabilitación también conciencia a los profesionales a que ejerzan con mayor diligencia, pero, ambas aplicadas cumulativamente por el mero hecho de ser un profesional, puede tener un efecto sumamente negativo como es que los profesionales se sientan acosados, y actúen bajo presión psicológica, bajo miedo (una especie de terror penal) produciéndose entonces en el ámbito sanitario la tan temida "medicina defensiva".

Con respecto a la prevención especial puesto que va dirigida al delincuente, intentando evitar que vuelva a delinquir, entiendo que la pena de inhabilitación especial es adecuada para cumplir esta función preventiva, porque si lo que se pretende evitar es que un profesional que ha producido un resultado lesivo como consecuencia de su actuar gravemente imprudente en el ejercicio de su profesión, vuelva a cometerlo, es obvio, que una forma de evitarlo será la inhabilitación; Ahora bien, como la prevención mira al futuro, deberá tenerse en cuenta en qué situaciones un profesional es susceptible de volver a delinquir, es decir, cuándo un profesional que ha actuado imprudentemente puede volver a actuar así.

Aceptado que una de las funciones del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos indispensables para la convivencia social, y que por tanto la pena debe cumplir una misión de prevención de delitos, deberá admitirse que existen situaciones en que será necesario la imposición de unas medidas que tiendan a evitarlo,(sin abandonar el imperativo constitucional de la función resocializadora de la pena). La mayor o menor penalidad viene determinada principalmente por el bien jurídico que el Derecho Penal quiere proteger y por el peligro que encierran determinadas conductas, por lo que como **no** es más peligroso para estos bienes, un profesional imprudente que cualquier otra persona imprudente, y en cambio si supone mayor peligro para la sociedad un profesional que ha actuado imprudentemente por falta de pericia será sobre él donde quede justificada la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión para la cual no está capacitado, porque, para desarrollar una profesión, oficio o cargo es necesario ostentar un título que en principio le acredita que posee los conocimientos y capacidades para desempeñarlos, puesto que crea unas expectativas de confianza entre los demás individuos, por lo que, si el sujeto con su conducta imprudente denota que no posee dichos conocimientos ni capacidades, es decir, que su conducta adolece de la pericia que le presupone su titulación, para estos casos sí que está absolutamente justificada la pena cumulativa de inhabilitación especial para ejercer la profesión oficio o cargo, porque él mismo, con su conducta, ha demostrado no estar preparado ni capacitado para desarrollarla, lo que supone un mayor peligro para los demás intervinientes en la sociedad, es decir, si la imprudencia es debida la falta de pericia casi con toda probabilidad podrá volver a delinquir, ya que lo que ha producido el resultado es la falta de conocimientos para ejercer la profesión.

VII.- RECAPITULACIONES

Si el delito imprudente se compone de los siguientes elementos: infracción de la norma de cuidado, relación de causalidad e imputación objetiva de la infracción de la norma de cuidado y el resultado acaecido (juicio sobre el hecho) así como la imputación subjetiva del hecho al autor, atribuibilidad del hecho, capacidad para cumplir el deber subjetivo de cuidado...(juicio sobre el autor), la gravedad del injusto en el delito imprudente dependerá de la entidad de la infracción del deber objetivo y subjetivo de cuidado y de la clase de bien jurídico afectado.

El C.P. de 1995 ha supuesto numerosas novedades estando entre ellas la nueva forma de incriminación de la imprudencia, de forma que sólo podrán ser incriminados por vía imprudente aquellos delitos o faltas que específicamente establezca la ley.

Entre las novedades incorporadas se halla la introducción de la imprudencia profesional que lleva aparejada la pena cumulativa de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o cargo.

La interpretación que debe darse al término "imprudencia profesional" debe ser restrictiva, entendiéndola como análoga y equivalente a la "culpa profesional" descrita por el Tribunal Supremo.

Teniendo la inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión, oficio o cargo naturaleza de pena principal y no de accesoria, ni de medida de seguridad, el fundamento de la imposición de una doble penalidad tiene que buscarse en la finalidad y función de las penas con los límites impuestos por la Constitución, respetando principalmente el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad, es decir, las penas tienen que ser proporcionales a la gravedad del delito cometido, estando ésta condicionada al bien jurídico afectado y a la conducta del sujeto (siendo más graves las dolosas que las imprudentes y por tanto teniendo mayor pena); se considerará que se es respetuoso con el principio de igualdad siempre que se aplique las mismas penas a delitos iguales, no afectando las condiciones personales del autor al injusto. Las circunstancias personales del autor se tendrán en cuenta para eximir o disminuir la responsabilidad (inimputabilidad y semiimputabilidad) y serán consideradas para aplicarle una medida de seguridad o una pena preventiva, siempre que ya haya delinquido y sobre el autor se den una serie de circunstancias que supongan una mayor peligrosidad para la sociedad.

Por todo lo dicho, la aplicación de la pena (cumulativa) de inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión, oficio o cargo en los delitos imprudentes cometidos por imprudencia profesional, sólo estará justificada en aquellas situaciones en las que el sujeto denota con su conducta una mayor peligrosidad, y con la finalidad de evitar la realización de otro delito.

La fundamentación de las afirmaciones expuestas, tienen como problema principal, el de estar ante un nuevo código penal susceptible de críticas y de interpretaciones diversas, cuya incipiente juventud nos lleva a una situación de práctica ausencia de comentarios doctrinales, así como a una carencia total de jurisprudencia en el tema de la imprudencia profesional y en la forma de aplicar la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión oficio o cargo, por todo ello, y con la modesta pretensión de aportar un poco de claridad al tema, he debido basarme en la Jurisprudencia existente sobre la aplicación de la agravante contenida en el art.565 de C.P. del 73, para delimitar la interpretación que personalmente creo debe darse al término de imprudencia profesional. En cuanto a la naturaleza de la inhabilitación especial, es el propio código penal el que ha servido de base, y con respecto a la forma en que deben ser aplicadas las penas he partido de la Teoría General de la Función de la pena y del Derecho penal con los límites impuestos por el Estado Social y Democrático de Derecho proclamado por la Constitución.

Queda ahora esperar las decisiones de los Tribunales que en definitiva son los que interpretan y aplican día a día la Ley.

VIII- BIBLIOGRAFÍA

COBO DEL ROSAL, M - VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal. Parte General. Valencia 1985.

CORCOY BIDASOLO, M.: El Delito imprudente. Criterios de imputación del resultado. PPU Barcelona 1989.

JUFRESA PATAU, F.: La Responsabilidad penal en el ámbito sanitario según la regulación de 1995.Conferencia dada en el "Curso de Derecho Sanitario". Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona 1996.

LUZÓN PEÑA,D.M.: Derecho Penal. Parte General. 1995.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: La Responsabilidad penal del médico y del sanitario. Colex. 1994.

MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte General. Barcelona 1994
- Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho. 2" edición 1982.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Derecho Penal. Parte General. 8ª edición Madrid 1981.

ROMEO CASABONA, C.M.: El médico y el Derecho Penal.! La actividad curativa. Bosch.Barcelona 1981.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "La regulación de la imprudencia y la comisión por omisión en el nuevo Código Penal". Jornadas sobre el nuevo Código Penal del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. MÓN JURÍDIC n° 127 maig/juny 1996.

ESTERILIZACIÓN DE DEFICIENTES MENTALES

Miguel Ángel Esbrí Montoliu
Abogado. Letrado Asesor del Ilustre
Colegio de Médicos de Murcia

Recientemente se ha planteado el problema de la esterilización de subnormales que viven en un ambiente expuesto a agresiones sexuales. Se trata de una cuestión muy seria, ilícita, porque supone una grave violación por parte de la autoridad pública de los derechos de una persona que se encuentra además en una situación de inferioridad. La cuestión de si esa persona es capaz o no de consentimiento informado debe ser considerada, pero lo esencial es que el Estado debe emplear sus poderes en el terreno de su competencia -la asistencia a enfermos, el orden público, etc.- para asegurar a todos los ciudadanos, y especialmente a los más indefensos, unas condiciones de vida dignas.

Antes de abordar directamente el problema de la esterilización de deficientes mentales pienso que será de interés dar unas breves nociones sobre la esterilización en general.

La esterilización antiprocreativa ha llegado a ser, en los momentos actuales, un problema particularmente vivo. En la difusión cada vez más frecuente de este fenómeno, ha influido el desarrollo progresivo de una praxis antiprocreativa que, en la búsqueda del anticonceptivo ideal, encuentra en la esterilización el método más seguro, inocuo y eficaz.

Una muestra del nivel de popularidad alcanzado en los últimos años por la esterilización, es la declaración de la Organización Mundial de la Salud: *"la esterilización es actualmente uno de los métodos principales para controlar la fecundidad en el mundo"*[1].

Se entiende por esterilización humana aquellas intervenciones que tienen como objeto privar al que las sufre de la facultad procreativa.

Cuando la esterilización se procura mediante la extirpación o modificación -quirúrgica o no- de algunos de los órganos indispensables para la procreación, se llama esterilización orgánica. Si es obtenida mediante la administración de sustancias farmacológicas que, respetando la integridad de los órganos, impiden su normal funcionamiento, se denomina esterilización funcional.

Desde el punto de vista ético se distingue la esterilización directa de la indirecta. La directa tiene por objeto inmediato impedir la procreación, no sólo como fin en sí -la esterilización estrictamente antiprocreativa-, sino también como medio para obtener otros bienes derivados de ella, como pueden ser evitar los daños físicos o psíquicos que previsiblemente se derivarían del estado de gravidez en una mujer con la salud debilitada o de la presencia indeseada de un hijo. Es indirecta cuando la esterilización no es buscada directamente, ni como medio ni como fin, es consecuencia inevitable de una intervención que tiene por objeto conservar o recuperar la salud, gravemente comprometida por la disfunción de un órgano imprescindible para la procreación.

ESTERILIZACIÓN Y CONTRACEPCIÓN

Esterilización, en sentido estricto, significa supresión de la facultad procreativa; es incorrecto considerar como esterilización funcional prácticas abortivas[2]. Exponemos a continuación el proceso generativo humano que nos permite distinguir esterilización de contracepción:

- Maduración de las células gerrninales: óvulo y espermatozoide.

- Paso de los gametos, al interior de las vías genitales masculinas o femeninas.

- Penetración del gameto masculino en las vías genitales femeninas internas. - Unión del espermatozoide con el óvulo: fecundación. - Implantación del óvulo fecundado y comienzo de la gestación.

- Parto.

[1] OMS, Special Prograrnme of Research Development and Research Trainning, 1977.

[2] CAFARRA, C. Il problema morale della sterilizzazione, en "Medicina e Morale", 1979. TETTAMANZI, D. en La sterilizzazione anticoncezionale, ED. Sa1com. Varese, 1981.

Hablamos de esterilización en sentido estricto cuando la intervención en el proceso generativo es a nivel de la primera o segunda fase; a estos niveles se produce artificialmente una infecundidad biológica: incapacidad de fecundar o de ser fecundada.

Si la intervención se realiza en la tercera o cuarta fase se habla de contracepción: se impide el encuentro entre ambas células.

Cuando la interrupción del proceso sucede en la quinta fase se trata de un aborto, y de un infanticidio si se trata de la sexta fase.

En este trabajo nos referimos sólo a la esterilización en sentido estricto. Se considerará, por tanto, como esterilización funcional solamente la provocada por sustancias farmacológicas que suprimen la capacidad de procrear; dejando de lado, como contraceptivas o abortivas, aquellas sustancias que actúan impidiendo la unión de la célula germinal masculina con la femenina o impidiendo la implantación del óvulo fecundado. Así pues, sólo los fármacos que tienen propiamente efecto anovulatorio son considerados como esterilizantes[3].

La esterilización puede ser orgánica o funcional, según cómo se provoque; directa o indirecta; temporal o perpetua. En otros tiempos fue para los hombres punitiva, eufónica, etc.

Pero podemos hablar también de una esterilización coactiva eugenésica, impuesta por la autoridad pública, para evitar la transmisión de taras hereditarias y, de este modo, mejorar la calidad y condiciones de vida de un país. A comienzos de siglo, los descubrimientos sobre genética y la preocupación por mejorar la raza humana, condujo a muchos estados a tratar de impedir la transmisión de las enfermedades hereditarias siguiendo las lineas generales de la eugenesia[4]. La primera ley de esterilización eugenésica se estableció en California, en 1905; después en 1907 se legalizó en Indiana; y en 1909 en Washington. En Europa la primera ley legalizadora de la esterilización la dictó Dinamarca en 1919; en 1929 en el cantón de Vaud, en Suiza; en 1935 en Suecia; en julio de 1933 en Alemania. Tras la Segunda Guerra Mundial, el conocimiento de los horrores del nazismo creó un clima de opinión en contra de la esterilización coactiva eugenésica; sin embargo muchos países la siguieron aplicando, dentro de su política sanitaria, como esterilización forzosa en los casos de enfermedades mentales que impiden el autocontrol del comportamiento, sobre todo cuando se podría perpetuar una patología grave, o si se prevé; además muchos Estados reducen, así, el número de personas a mantener en instituciones oficiales[5].

Aunque podemos hablar también de esterilización coactiva con fines demográficos, que se realiza como un medio para el "birth control". A comienzo de los años 60 la esterilización es incluida dentro de los programas destinados a evitar la explosión demográfica[6]. Así en la India desde que en 1958 se puso en vigor el primer programa de planificación familiar, se han practicado, hasta 1980, más de veinte millones de esterilizaciones (en 1976 tuvieron lugar ocho millones)[7]. En China, las estadísticas oficiales de esterilizaciones obligadas, hablan de treinta millones de mujeres y diez millones de hombres, entre 1979 y 1984[8].

Podemos hablar también de una esterilización voluntaria, realizada con consentimiento, bien por propia iniciativa, o por indicación médica o por mutuo acuerdo entre una pareja. En muchos países europeos, por ejemplo, se ha incluido en el plan de asistencia social gratuito. Algunas asociaciones dan su asistencia[9].

Por último hablamos de esterilización antiprocreativa, cuyo objeto es incapacitar a una persona para la procreación; puede ser practicada con el fin de evitar directamente los hijos, o como un medio para impedir otras consecuencias que puedan derivarse inevitablemente del embarazo o del nacimiento de la nueva prole. Las motivaciones son variadas: miedo físico a la maternidad; el rechazo de un embarazo o de los hijos, por las consecuencias de limitación de la libertad; la escasez de medios económicos; problemas de vivienda; temor a transmitir enfermeda-

---

[3] La inhibición de la ovulación no suele ser el único mecanismo de acción de las píldoras contraceptivas. También actúan alterando la motilidad tubárica y uterina, con lo que interfieren la fecundación e implantación; modificando el moco cervical, impidiendo de este modo el paso de los espermios; y, sobre todo, actúan sobre el endometrio produciendo un asincronismo entre la maduración del estroma y la del componente glandular, con lo que se impide la implantación del blastocito (TOELLO LLUSIA, J., Mecanismo de acción de los contraceptivos orales, Revista "Medicina de España", Julio 1967).

[4] La eugenesia es la ciencia que, a partir de los conocimientos adquiridos sobre la herencia, tiene por objeto que se engendren hijos sanos. Es positiva cuando se trata de mejorar las condiciones ambientales y sociales en las que el individuo nace y vive. Es negativa cuando para impedir la transmisión de enfermedades se prohibe el matrimonio, o se exige un certificado médico matrimonial o se impone la esterilización antiprocreativa del cónyuge que pueda transmitir la enfermedad; en el fondo se quiere evitar hijos tarados por considerarlos una carga para la sociedad.

[5] SUTTER, J,. L'Eugenique, Presses Universitaires de France, París, 1950. CASAS TORRES, J., Población, Desarrollo y Calidad de vida. Rialp. Madrid. 1982.

[6] Cuando los avances de la ciencia médica consiguen disminuir notablemente las tasas de mortalidad infantil en todo el mundo, se presenta consecuentemente un crecimiento acelerado de la población; ésta es una situación nueva en la humanidad. Los neomalthusianos sostienen que el crecimiento acelerado de los países tercermundistas es causa que impide el desarrollo.

[7] VELLA, Ch, G., Breve panorámica storico-sociale sul fenómeno delIa sterilizzazione, Milano. 1983. FONSECA, A., Sterilizzazione obligatoria in India?, 1976.

[8] WEISSKOPF, M., China's Crusade against children, "The Washington Post Weekly", January 28,1985.

[9] ASSTER (Associazione per la Sterilizzazione maschile e femminile) en Italia o la A VS (Association for Voluntary Sterilisation) en USA. Los argumentos utilizados son que se trata de un verdadero derecho humano, que no puede llevar ninguna pena, es el método de contracepción más seguro y difundido, y la intervención quirúrgica es sencilla, su costo es bajísimo y el riesgo de embarazo es nulo de por vida.

des congénitas o hereditarias; riesgo para la salud de la madre, etc. La última de estas razones es conocida como esterilización médico-preventiva, o "esterilización preventiva por razones médicas", realizada para evitar el embarazo y, con él, los peligros graves que pudieran resultar a una mujer que padece una enfermedad incompatible con la gestación, como una afección cardiocirculatoria, respiratoria o renal, estrechez pélvica, infección tuberculosa, fragilidad uterina, etc.

ASPECTOS TÉCNICOS DE LA ESTERILIZACIÓN FEMENINA

Nos referimos solamente a la esterilización femenina, por ser ésta la más extendida en la esterilización de deficientes mentales. Dejamos de lado, pues, las técnicas referidas a la esterilización masculina: habitualmente la vasotomía (simple sección del conducto deferente) y la vasectomía (extirpación de un segmento de dicho conducto).

Hoy en día, referirse a la esterilización femenina con fines antiprocreativos es prácticamente sinónimo de ligadura tubárica. La primera intervención de la que se tiene noticia fue realizada en Londres, en 1823; aunque entonces fue una intervención complicada, difícil y con riesgo. Sólo hacia los años treinta, con la aparición de la técnica "Pomeroy", se comienza a utilizar la resección tubárica *postpartum* o postcesárea, generalmente en mujeres multíparas. La técnica se ha perfeccionado y hoy se realiza con una "minilaparotornía". Diversos organismos nacionales e internacionales[10] en sus programas ofrecen cursos de asistencia técnica sobre técnicas laparoscópicas destinados a médicos, obstetras y asistentes sanitarios, sobre todo en Asia y América Central. También la ONU, UNICEF y la OMS[11].

La amplia demanda por procedimientos de esterilización tubárica simples, eficaces y económicos, que pueden ser realizados incluso bajo régimen ambulatorio, ha dado origen a un sinfín de técnicas quirúrgicas. Los métodos tradicionales para obtener la oclusión tubárica exigían una incisión abdominal de casi 10 cms. (laparotomía); actualmente se tiende a sustituir la vía de abordaje efectuando una incisión muy pequeña o punción (laparoscopia), o bien mediante acercamiento s transvaginales (colpotomía, culdoscopia) o transcervicales (histeroscopia, entrega ciega), las cuales no requieren incisión. Estas técnicas permiten la oclusión de la trompa en cualquiera de sus partes. Por ejemplo, el infundíbulo (extremo distal de la trompa) puede ser extirpado, quemado, obturado, o cubierto con un casquete; la ampolla o istmo (porción media del oviducto) puede ser ligada, extirpada, cauterizada, o puede colocarse un anillo o grapa; y la porción intersticial (cerca de la unión útero-tubárica) puede ser coagulada o bloqueada con sustancias químicas o tapones. En los últimos años se ha ensayado el empleo de rayos láser[12]. En los países occidentales el método más empleado es la ligadura y resección de la trompa, siguiendo la técnica de Pomeroy, que puede ser efectuada en el puerperio inmediato *(postpartum* o postcesárea) y admite abordaje quirúrgico mediante culdoscopia[13]. La utilización de grapas y tapones se va extendiendo en cuanto parece ser que, en un tanto por ciento todavía no despreciable, deja abierta la posibilidad de revertir la esterilización mediante un nuevo procedimiento quirúrgico[14].

Las complicaciones de los métodos anteriores son muy bajas; varían entre el 0'5 y el 1 % (v. gr. quemaduras intestinales no diagnosticadas a tiempo cuando se emplea la diatermocoagulación). Las complicaciones leves pueden ser la fiebre, anemia, algias, etc. A largo plazo pueden aparecer trastornos como aumento de flujo menstrual, algias pélvicas, alteraciones psicológicas por el desequilibrio hormonal, y, sobre todo, una mayor tendencia al embarazo estópico por la formación de fístulas o una recanalización parcial espontánea[15].

En cuanto a la eficacia antiprocreativa la frecuencia del embarazo en el primer año después de haber efectuado la esterilización tubárica es del 0'04 al 0'8% (sólo de 4 a 8 mujeres esterilizadas de esta manera, entre 10.000 quedarían embarazadas). Esta cifra, coloca a la ligadura de trompas en el vértice de las técnicas contraceptivas, frente al 1-7% de la píldora anticonceptiva; al 1-10% del dispositivo intrauterino; el 1-35% del diafragma vaginal o del preservativo masculino.

EL PROBLEMA DE LA REVERSIBILIDAD

La microcirugía ha simplificado mucho, hoy en día, este problema, no como posibilidad técnica de recanalización, sino como recuperación efectiva de la función generativa.

A modo de resumen, diremos que recuperar la capacidad generativa, habiendo sufrido anteriormente una esterilización quirúrgica, es algo que no puede ser garantizado a priori; por eso, podemos asegurar que someterse -o someter a un deficiente mental- a esta intervención, es someterse a una esterilización permanente, no temporal. Las entidades anteriormente citadas -como la Associazione per la Sterilizzazione maschile e femminile, en Italia; y la Association for Volontary Sterilisation, en USA-, exigen a los que se sometan a esta operación

[10] IP/AVS (Intemational Project of fue Association for Voluntary Sterilization) y la FPIA (Family Planning Intemational Assistance)

[11] "Population Studies" y "Population Reports".

[12] Cfr. POULSON, A. M., Analysis of female sterilization techniques. Obstetrics and Gynecology, 42.

[13] Cfr. HUSBANDS, M., y Cols., Failure of tubal sterilization accompanying cesarean section, American Journal of Obstetric and Gyenecology.

[14] Cfr. HULKA, J.F., Current Status of Elective Sterilization in the United States, Fertility and Sterility.

[15] SHALN, R. N., "Acceptability of Reversible versus Perrnanent tubal sterilization: An Analysis of Preliminary Data", Fertility and Sterility.

que la acepten como irreversible, y no garantizan, en el caso de que el paciente cambie más adelante de opinión, el éxito de un tratamiento que intente recuperar la capacidad procreadora.

DISTINCIÓN ENTRE ESTERILIZACIÓN TERAPEUTICA y ESTERILIZACION PREVENTIVA

Existen circunstancias que, no sólo para los moralistas sino también para los médicos, presentan una cierta dificultad de apreciación ética. Son casos de alternativa entre abstinencia sexual o esterilización. Es lo que sucede en algunas situaciones de carácter médico en las que un nuevo embarazo podría suponer un grave riesgo para una mujer que sufre una seria patología de tipos circulatorio, renal, respiratorio, etc. Dentro de estos casos veremos a los deficientes mentales.

La esterilización terapéutica es una operación que tiene por objeto la eliminación de un órgano indispensable para la generación, en cuanto que su presencia constituye un grave riesgo para la salud del organismo; se trata de la mutilación de un miembro enfermo que debe ser extirpado para preservar la salud de todo el resto del organismo. No ponemos objeción, ni tampoco la hemos encontrado en ninguna creencia.

La esterilización preventiva es la que se practica con el fin de prevenir un embarazo que podría ser fatal o provocar graves consecuencias para la salud física o psíquica. El peligro para la salud de la mujer no es actual, ni tiene un órgano enfermo que debe ser eliminado ahora o después (como el cáncer de útero o el cáncer de mama); el peligro deriva únicamente del eventual embarazo que pudiera presentarse como consecuencia del libre uso de la capacidad generativa. Lo propiamente beneficioso no es la esterilidad sino la ausencia de embarazo; en estos casos la esterilización no es la única respuesta, pues existe el recurso a los métodos naturales, la continencia, etc.

ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES Y PROBLEMÁTICAS PARA LA ESTERILIZACION

Es el caso del útero debilitado, atrófico o con cicatrices múltiples, en estos casos no ofrece ninguna duda el recurso a la histerectornía; es un caso de esterilización terapéutica. Son los casos de cáncer uterino, cuyo único tratamiento eficaz es la extirpación del útero, que provoca la esterilización permanente. Existen casos más dudosos, como por ejemplo, el útero con malformaciones, o debilitado con cicatrices múltiples como consecuencia de repetidos partos o cesáreas que podría acarrear graves peligros para la madre, por el riesgo de romperse en el curso de un futuro embarazo.

Otro caso de estudio es el de alteraciones psíquicas que pueden presentarse durante el embarazo. Unas son de origen orgánico, como sucede con la eclampsia gravídica, caracterizada por una grave psicosis que puede padecer alguna mujer como consecuencia de los cambios hormonales que se suceden durante la gestación. Otras tienen su origen en ciertas fobias o miedos patológicos que pueda tener una determinada mujer ante la posibilidad de quedar encinta. Un caso distinto se produce cuando los problemas mentales se presentan independientemente del embarazo. Algunas personas padecen alteraciones psíquicas que están ligadas al mal funcionamiento de los órganos genitales, porque aparecen en la pubertad o en la menopausia o con los ciclos menstruales. Si la coincidencia de las menstruaciones con las alteraciones psíquicas tiene relación con el mal funcionamiento de los órganos, la histerectornía no presenta dudas; para un sector de estudiosos los disturbios mentales no deben ofrecer pretextos para la realización de histerectornías que buscan únicamente prevenir el embarazo[16]. Veamos un ejemplo clásico de los manuales: Una madre de familia padece una grave alteración psíquica producida por la precaria situación económica en la que se encuentra, por lo que no comunica con su marido; al mismo tiempo sabe que es la única heredera de un rico pariente que no la ayudará mientras él viva. Esta señora acude al psiquiatra que le asegura que sus problemas desaparecerán cuando reciba la herencia; sin embargo, no es lícito provocar la muerte del pariente para curar la enfermedad de la señora; por eso dice Perico que "antes de recurrir a la supresión de una facultad, y tan importante como la generativa, debe tenerse la certeza de que no existen otras vías para proteger la salud o la supervivencia del sujeto"[17].

EL PROBLEMA DE LAS RETRASADAS MENTALES

El moralista que más se ha preocupado de la esterilización de mujeres que sufren un grave retraso mental ha sido CURRAN, Ch.[18]. Opina que ésta puede estar recomendada cuando por violencia o ignorancia, una deficiente mental estuviese expuesta al acto sexual; o para prevenir las hemorragias menstruales y los problemas de higiene que se derivan de este hecho fisiológico. Propone que es un derecho que la sociedad debe tutelar.

El problema se plantea bajo un doble aspecto: por un lado, como una esterilización defensiva ante una agresión injusta, y, por otro, como una medida higiénica en los casos de retraso mental profundo en mujeres que no pueden valerse por sí mismas. Existe un paralelismo entre la esterilización de una

---

[16] PAQUIN, *J.*, Morale e Medicina, De Orizzonte Medico, Roma.

[17] PERICO, G., Problemi de etica sanitaria, Ed. Ancora, Milano, 1985.

[18] Cfr. CURRAN, CH. New Perspectives in Moral Theology. Notre Dame, Indiana. USA.

joven retrasada mental, para prevenir el embarazo que proviniese del hecho que por miedo o ignorancia algún desaprensivo abuse de ella, y la esterilización defensiva. La condición de retrasada mental irreversible podría indicar una esterilización permanente.

En el caso de la esterilización para prevenir hemorragias menstruales de las jóvenes que no tienen capacidad para cuidar su higiene, Curran cree que se trata de una esterilización indirecta, ya que las hemorragias menstruales provocan problemas higiénicos no sólo para ellas sino para su familia; el efecto esterilizante sólo es una consecuencia indirecta de ello. Sigue diciendo Curran que este tipo de hemorragias son normales y no constituyen una situación patológica; considera que la esterilización es indirecta ya que el normal funcionamiento de los órganos generativos producen una alteración para la salud de toda la persona, como sucede en los cánceres de próstata o de mama. Aunque la salud física de la joven no estuviere dañada, las hemorragias supondrían un detrimento del bienestar total de la persona. Este autor sustenta su tesis apoyándose en el dominio del hombre sobre su función generativa y sobre la sexualidad.

Opinamos que la alteración o desorden que pueden provocar las menstruaciones a estas retrasadas mentales profundas, aun siendo molestas, sobre todo para aquéllos que tienen la misión de cuidarlas, no constituyen un motivo proporcionado para justificar una mutilación de este género, máxime cuando se la practica a una mujer ya de por sí minusválida.

Opina SGRECCIA[19] "que parece absurdo que para impedir un abuso se procure un daño físico, no a la persona que realiza tal abuso, sino a la que lo sufre, y más tratándose, en el caso de la inhábil de mente, de una persona que está disminuida" .

No olvidemos que dentro del retraso mental caben distintos grados, y que el recurso a la esterilización no es el único medio eficaz para defender a estas pacientes de posibles agresiones. Los padres o las personas que las tienen bajo su tutela, y la misma sociedad, tienen la obligación de velar por el bien integral de estas personas. No es motivo suficiente para justificar la esterilización, aunque moralistas como Curran mantengan lo contrario, la grave molestia que estas pacientes puedan ocasionar a los que han recibido el encargo de cuidarlas, o el elevado costo social que pueden suponer para el Estado.

[19] SGRECCIA, Elio, Director del Instituto de Bioética de Roma. Manuale di Bioética, ED. Vita e Pensiero. Roma, 1986. Sterilizzazione volontalla e mentalita contraccetiva. La Famiglia.

CONCLUSIÓN ÉTICA

En un principio se pone de manifiesto la ilicitud de la esterilización por el dominio limitado que el hombre tiene sobre los órganos de su propio cuerpo y, en este ámbito, los moralistas exponen la correcta aplicación del principio de totalidad[20] y distinguen entre la esterilización directa e indirecta.

La esterilización antiprocreativa, en cuanto priva del poder generativo a la relación sexual voluntariamente querida, supone una actitud contradictoria y de rechazo al orden natural; ni siquiera en caso de retrasadas mentales. Solamente puede estar permitida la esterilización cuando ésta es exigida, en virtud del principio de totalidad, como único medio para proveer la salud del cuerpo y, en último término, el bien de la persona como totalidad unificada. En el caso de las retrasadas mentales no es suficiente argumento la esterilización como legítima defensa contra la agresión injusta, pues se deben buscar vías más legítimas y menos cruentas de autodefensa.

EL CONSENTIMIENTO SUSTITUTORIO

El artículo 419 del Código Penal Español (versión 1994) establece que el que esterilice a otro sin su consentimiento será castigado con pena de prisión mayor (de seis años y un día a doce años), según redacción de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

Por su parte el artículo 428 del mismo Código establece:

"Las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el

[20] Se define como aquel criterio moral en virtud del cual las diversas partes componentes de una entidad compleja quedan subordinadas a la unidad de la que forman parte, según esto las partes pueden ser manipuladas o modificadas, incluso suprimidas cuando lo exija el bien del todo. "La parte existe para el todo y, por 10 tanto, el bien de la parte queda subordinado al bien del todo, el todo es determinante para la parte y puede disponer de ella en su interés" (Discurso a los participantes en el I Congreso Internacional de Histopatología del Sistema Nervioso, 13.09.1952, AAS 44 (1952), PIO XII)

dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

El consentimiento a que se refiere el párrafo segundo de este artículo, no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del artículo 422 de este Código. "

El Tribunal Constitucional Español se pronunció a favor de este artículo declarando que era constitucional[21].

Lo que no se duda es que: "La persona retrasada mentalmente tiene, por encima de todos los demás, el derecho a ser respetada"[22].

El tema que se discute es que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a ... tratos inhumanos o degradantes"[23].

Se está discutiendo, por tanto, que no se puede mutilar a una persona; no se la puede degradar físicamente. Pero cuando entra en colisión con el "derecho a la sexualidad", ¿qué ocurre? La opinión más generalizada es que no hay un derecho a la sexualidad.

Los defensores de la esterilización de incapaces arguyen que es posible evitar embarazos, pues no es posible que los vigilantes y guardadores del incapaz estén siempre controlándole. Sin embargo, esto no justifica el atentado a la integridad física del incapaz; que tiene un valor y rango superior. Además, un incapaz esterilizado para evitar su control acaba siendo un portador de enfermedades venéreas, SIDA, etc. A la postre el remedio es peor. Estas leyes son semejantes a las promulgadas por HITLER para la esterilización de disminuidos psíquicos. Y no hay duda que los avances de la medicina permitirán que en el futuro los retrasados mentales mejorarán en algunos casos y podrán ejercer una maternidad/paternidad responsable.

Se alega que no es degradante la esterilización de incapaces porque la propia legislación permite la esterilización de sanos e incapaces con su propio consentimiento. Luego el problema está en ¿Quién otorga el consentimiento de los incapaces?; pues lo único que distingue una esterilización de un capaz a un incapaz es que el primero es libre, expreso y consciente de lo que decide (es un autoatentado), pero no el segundo (es un atentado). Si una mujer puede tener derecho a ser madre o a no serio (por la abstinencia sexual, o la utilización de técnicas), por qué no puede ejercer ese derecho a no ser madre una incapaz que no sabe lo que hace o puede ser violada. Por lo tanto se trata de sustituir el consentimiento del incapaz, para decidir algo de lo que no es consciente; en última instancia para tranquilidad de los guardadores (padres, representantes legales, etc.).

En el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional Español se trataba de una excepción a la regla general de prohibición de las esterilizaciones. El juez que la autorice debe decidir por su propio criterio. Se tratará de retrasados con graves deficiencias psíquicas. sin que baste que el supuesto incapaz se encuentre legalmente incapacitado. Conviene tener en cuenta que ni la vigilancia más constante para los guardadores puede impedir que cualquier desaprensivo abuse sexualmente del incapaz.

RESUMEN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y APUNTES A LA MISMA

Se trata de incapaces y no de menores de edad. Los retrasados mentales tienen los mismos derechos que las personas capaces y no pueden sufrir atentados a su integridad física, ni mucho menos que el Estado las autorice o permita o imponga. Por eso dice el TC[24] *"toda esterilización no voluntaria por razones eugenésicas, como castigo o para prevenir la procreación, atenta contra el derecho fundamental a la vida y a la integridad de la persona, también de las personas mentalmente retrasadas"*. Por eso se plantea que la medida es muy desproporcionada para el fin que se persigue, y se descarta que en el futuro el incapaz pueda mejorar, pues las esterilizaciones son normalmente irreversibles. Por lo tanto el problema está en la autorización judicial para que los guardadores del incapaz puedan esterilizarlo. Esto es, saber si una autorización judicial es bastante. Veamos las garantías de la ley española:

1.- Sólo puede autorizar una esterilización de un incapaz un juez, se excluyen políticas gubernamentales generales para esterilizar a incapaces. Sólo un juez tiene la máxima independencia, imparcialidad y garantías constitucionales. Esta autorización es inexcusable.

2.- La solicitud al juez tiene que pedirla el representante legal del incapaz, y que este incapaz sea mayor de edad y haber sido declarado incapaz en un anterior proceso judicial.

3.- La solicitud no es automática. Debe ser una deficiencia grave y que además no comprenda la sexualidad humana ni la intervención quirúrgica a la que será sometido.

4.- La deficiencia psíquica debe ser verificada por dos especialistas, y además y obligatoriamente por una exploración iudicial.

---

[21] Sentencia 215/94, de 14 de julio 1994 (Pleno). Cuestión de constitucionalidad 1415/1992. La sentencia tuvo 5 votos particulares, de los 12 miembros del Tribunal.

[22] Artículo y de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971. Artículo 2 de la Ley Española 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

[23] Artículo 15 Constitución Española.

[24] TC= siglas del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

5.- El Ministerio Fiscal debe emitir su parecer sobre los requisitos formales (1. previa declaración judicial del incapaz, 2. nombramiento por el representante legal, 3. asegurar que la solicitud lo es del representante legal del incapaz, 4. emisión de dictámenes por dos especialistas, 5. exploración del incapaz por el juez) y los requisitos materiales.

Además se debe garantizar que así se favorecerá mejor la condición de vida del incapaz. Si el juez no tiene esto claro podrá denegarla. Habrá que probar el carácter irreversible de la incapacidad y habrá que asegurarse que la técnica a utilizar permita la reversibilidad. El TC obliga al juez a que tenga esto en cuenta antes de autorizar la medida; y, además, en caso de duda, la interpretación debe ser restringida como una medida de excepción a la norma de prohibición de toda agresión física a una persona (incluida la esterilización) sea capaz o incapaz. Estamos ante normas que deben interpretarse siempre de forma muy restrictiva. El citado TC recuerda que esta medida no es susceptible de interpretación extensiva.

La esterilización de un incapaz atenta a su derecho a la integridad física, le impide el ejercicio libre de la procreación.

Pero se plantea una duda: si las personas capaces pueden solicitar que se les practique una esterilización por qué no se les permite a los incapaces. No puede ser motivo denegatorio el hecho de que la esterilización sea una intervención quirúrgica sin consentimiento, pues nadie duda de que una intervención quirúrgica a un incapaz, sin su consentimiento, para salvarle la vida es aceptada; incluso, a veces, la esterilización -la terapéutica- es aceptada como medida de restitución de la salud; como cuando se tiene que extirpar un órgano dañado (v. gr. un útero cancerígeno). Entramos de lleno en el campo de la proporcionalidad y la justificación de la medida.

En este sentido se dice que la medida pretende que el incapaz disfrute de una vida igual que la de los capaces y del mismo bienestar, porque, además, el incapaz no puede asumir los derechos y deberes de una maternidad.

El citado TC establece dos medidas para justificar la medida:

a) no es posible someter al incapaz a una vigilancia constante que iría contra su integridad moral (artículo 15 CE[25]) y contra su dignidad (artículo 10 CE). El TC compara los derechos fundamentales y constitucionales citados y dice que son superiores a la procreación. Además, dice que estos incapaces no podrán entender lo que es la maternidad/paternidad, ni las mujeres entender las mutaciones de su cuerpo, ni las molestias de una gestación (el TC dice que se justifica aún más la esterilización en una mujer). El argumento no nos vale; con ese argumento se puede interferir siempre sobre el cuerpo del incapaz porque no entenderá el dolor.

b) Además dice el TC que la medida para ser proporcional debe ser reversible a ser posible. No olvidemos que el caso que estudió esta sentencia del TC fue ante una medida reversible[26]. ¿Hubiese dicho lo mismo el TC si la medida pro puesta fuese irreversible? ¿Sabe el TC que hoy por hoy la mayoría de las medidas para ser seguras son irreversibles?

El propio TC ya dice que la esterilización es la medida más segura al fin que se pretende, y por lo tanto no es desproporcionada porque es la más segura.

Por otra parte el TC obliga al juez para que requiera a los dos peritos especialistas a que se pronuncien sobre si la medida a aplicar al incapaz dañará su integridad física. Me remito aquí a lo señalado anteriormente sobre las molestias y efectos secundarios de la esterilización. Además no todos los especialistas médicos dictaminan lo mismo; o lo que es lo mismo, bastará que se busque a especialistas más proclives a aplicar la medida para aplicar la ley como se quiera.

Se han examinado, pues, las garantías de la ley, la finalidad seguida por la ley, la proporcionalidad del medio a utilizar y los fines que persigue esta ley.

Por último se plantea el TC si esta intervención supone un trato inhumano o degradante al incapaz. Se estudia para ello la doctrina del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, sobre la "tortura" y los "tratos inhumanos o degradantes". Y dice el TC que la diferencia con la esterilización está en el consentimiento, y en el caso de los incapaces ese consentimiento está sustituido por una autorización judicial, y porque la finalidad no es inhumana ni degradante. Por eso el TC impone otra obligación al juez, que se fije si será degradante para el incapaz la medida o la técnica.

Y acaba planteándose si no es mejor reprimir la sexualidad de estos incapaces a través de una vigilancia. El TC dice que la única vigilancia que es posible es para prevenir abusos de ellos, no para que ejerzan su sexualidad.

Vuelve a señalar el TC que otras medidas anticonceptivas no ofrecen la misma seguridad.

En definitiva el TC dice que la medida permite que los incapaces puedan desarrollar una vida semejante a la de los capaces.

OBLIGACIONES QUE LA DOCTRINA DEL TC IMPONE AL JUEZ

1.- Que la técnica a utilizar no sea degradante para el demente.

[25] CE= Constitución Española de 1978.

[26] El TC estudió una cuestión de constitucionalidad propuesta por el Juzgado de Primera Instancia Número 5 de Barcelona por un auto en el que se discutía si era lícito aplicar a un incapaz una esterilización reversible. Y ésta es la cuestión a la que contestó el TC no a una medida irreversible.

2.- Que el incapaz padezca una grave deficiencia psíquica, no basta una incapacidad legal.

3.- Que se verifique que en el futuro el incapaz no mejorará sus facultades mentales.

4.- Que la autorización la pida el representante legal del incapaz.

5.- Que el incapaz haya sido declarado anteriormente incapaz en otro procedimiento anterior y por un juez.

6.- Que se verifique que el incapaz no entienda la sexualidad humana.

7.- Que se asegure que el incapaz no entienda la intervención quirúrgica a que va a ser sometido.

8.- Que la deficiencia psíquica sea verificada por dos facultativos especialistas.

9.- Que el incapaz sea sometido a una exploración por el propio juez autorizante.

10.- Que se emita informe por el Ministerio Fiscal.

11.- Que con la medida esterilizante se garantice la mejor vida para el incapaz.

12.- Que se cerciore de que la técnica a utilizar sea reversible.

13.- Que utilice el criterio restrictivo ante cualquier duda.

14.- Que se compruebe que no basta la vigilancia del incapaz; si con la vigilancia basta para controlar al incapaz, entonces no se autorizará la intervención.

15.- Que los dos especialistas garanticen que la medida no dañará la integridad física del incapaz (efectos secundarios, molestias ...).

16.- Que se cerciore del fin perseguido por los guardadores, que no sea su comodidad y sí la mejora de la calidad de vida del incapaz.

Con todos los condicionarnientos anteriores una denegación a la autorización es fácil.

Veamos la aplicación de la doctrina anterior a un caso concreto.

SENTENCIA 25 DE NOVIEMBRE DE 1993 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA.

Ante una demente llamada Lidia O.T. de 25 años de edad que padece Síndrome de Down desde el nacimiento con un déficit valorado en un 85% por dos doctores. Es diagnosticada de "Síndrome epiléptico con deficiencia mental severa, con disminución de la capacidad orgánica y funcional en un 80%" por el Sistema Sanitario Público. El centro asistencial en el que está internada Lidia dice que puede tener problemas acerca de su sexualidad, y el médico forense dice que no es capaz de entender un embarazo.

El Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Olot (Girona, España), aunque reconoció que Lidia padecía un retraso mental "persistente e irreversible" denegó la autorización a la esterilización porque existían otros métodos anticonceptivos.

D. Carmelo O.A., padre de Lidia, recurrió la sentencia ante la Audiencia Provincial de Girona y ésta revocó la sentencia y concedió la autorización; entre otras cosas la Audiencia dijo: Que no se puede confundir sexualidad con procreación; que Lidia no puede entender lo que es una esterilización; que no se puede garantizar que Lidia no quede embarazada con la simple vigilancia de sus guardadores con el riesgo de un futuro aborto; y que se han seguido las formalidades del artículo 428 del Código Penal.

Pues diremos que la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona no ha aplicado la doctrina del TC porque:

1.- Para la Audiencia basta el informe de dos especialistas, la exploración del juez, el informe del Ministerio Fiscal, la petición del representante del incapaz y la previa incapacitación judicial.

Es obvio que el TC impone 16 requisitos al juez.

2.- Y dice la Audiencia que la esterilización es un acto definitivo, irreversible, que causa disminución funcional y de la integridad física de carácter permanente.

Es obvio que el TC no dijo lo anterior.

En definitiva, los Tribunales aplicarán la doctrina del TC a su antojo y se ha abierto una ventana muy peligrosa.

SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1995 (APELACION 1475/1994) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA.

Se planteó una esterilización de una incapaz ante un juez de instancia que la denegó, la sentencia fue recurrida y la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación y confmnó la sentencia del juez de instancia.

Se trataba de Maribel, una joven de 22 años afectada de Síndrome de Down y declarada incapaz por otro juez en sentencia de 31 de marzo de 1990. Los informes médico-forenses fueron suscritos por un ginecólogo -que no se identificó- y por un psiquiatra, que lo único que dijeron fue el estado de virginidad de la incapaz, una breve descripción de la técnica a realizar (laparoscopia, por coagulación), fiabilidad de la técnica y grado de reversibilidad; se describió el grado en que Maribel entendía la maternidad y un embarazo, y la influencia de éste en el estado psíquico de Maribel.

La sentencia ahora comentada recuerda las palabras del TC de que esta medida "pueda extenderse, exclusivamente en beneficio de ellos, a quienes en razón de grave enfermedad psíquica no están capacitados para prestar el consentimiento libre que exige el precepto. Recuerda la AP que la demanda de instancia formulada por los padres de la incapaz no explica ni desarrolla los motivos que les llevan a pedir la autorización judicial, ni describe el ámbito relacional, relaciones sociales o terapias a las que está sometida Maribel. La sentencia basa su argumento "en la falta de hechos y ambientes" que permitan a la Sala valorar el riesgo y la proporcionalidad entre la medida y el mal que se trata de evitar.

Recuerda que la despenalización de la esterilización de incapaces no equivale a la automática autorización de estas operaciones.

La Sala de la AP cree que hay un triple enfoque del problema: **a**) Los que creen que la sexualidad y la integridad física es un derecho de la personalidad indisponible (como ocurre con el aborto o las operaciones transexuales). Aquí se sitúan los tres Magistrados del TC que votaron en contra en la famosa sentencia del TC. **b**) Los que creen en un nuevo derecho fundamental "a la sexualidad" separando la sexualidad de la procreación. Aquí se sitúa la doctrina de la sentencia de la AP de Girona de 25 de noviembre de 1993. **c**) Los que hablan del mayor interés y bienestar del incapaz ("Welfare amb best interest"). Aquí se sitúa la doctrina del TC español. Por lo tanto ha de probarse que la esterilización es lo mejor para el bienestar y desarrollo del incapaz. La sentencia de la AP de Barcelona no autorizó la esterilización por no demostrarse esto último.

De pasada el Tribunal se plantea si las nuevas terapias pueden aconsejar que las relaciones sexuales pueden favorecer a los incapaces; pero el Tribunal no se pronuncia porque ni se ha planteado en los autos y ese tema no está claro ni, además, se prueba que hubiese un peligro de embarazo.

LA CONSULTA NÚMERO 3/1985, DE 30 DE ABRIL, DE LA FISCA_LIA GENERAL DEL ESTADO ESPANOL EN TORNO A LA CAPACIDAD DE LOS OLIGOFRÉNICOS PARA PRESTAR EL CONSENTIMIENTO JUSTIFICANTE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 428, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CODIGO PENAL.

Analicémosla.

La Consulta parte de la siguiente premisa: el consentimiento prestado por las personas con plena capacidad tiene eficacia justificante en los límites del artículo 428, párrafo 2°, pero el consentimiento que provenga de los menores, incapaces o de sus representantes legales no otorga un derecho para realizar las conductas allí descritas. Se trata de decidir sobre la esfera del consentimiento de los incapaces, teniendo en cuenta que el artículo 428 regula actividades (trasplantes de órganos, esterilizaciones, cirugía transexual) y sujetos (menores e incapaces) distintos, y dice la Consulta que "la situación para los incapaces es al menos de cierta permanencia cuando no de irreversibilidad. en tanto que para los menores se caracteriza por su temporalidad. en cuanto podrán ejercitar la facultad de disposición al alcanzar la mayoría de edad". En definitiva la Consulta se contrae a saber si será posible practicar esterilizaciones justificadas legalmente a los incapaces, y, más en particular, si cabe hacer ligadura de trompas a mujeres oligofrénicas.

Existe una interpretación literal del artículo 428 que es positiva (o a favor); y se llega a una interpretación alternativa del precepto porque hay una laguna legal: el legislador no ha autorizado estas intervenciones para los incapaces, pero tampoco las ha prohibido absolutamente, sólo invalida el consentimiento de los representantes legales si no se someten al control superior de la autoridad judicial que otorgará una autorización a través de un expediente en el que el incapaz será reconocido médicamente con intervención del Ministerio Fiscal en su representación. En resumen, la Consulta concluye así: cabe la esterilización de incapaces realizada por facultativos una vez que la misma haya sido aprobada por el Juez de Primera Instancia, previo expediente judicial en el que, oído el Ministerio Fiscal, se entienda existe justificación suficiente para la misma. Nos deja en la duda sobre lo que es justificación suficiente, que quedará a criterio del fiscal.

Al razonar sobre el consentimiento la Consulta parte de una premisa muy plausible: una general disposición sobre el cuerpo, en cuanto soporte de la persona, es imposible e ilícita en nuestro ordenamiento jurídico; pero una cierta disponibilidad de la integridad física mediando un consentimiento personal, verdadero y válido, tiene eficacia justificante en el orden penal dentro de los límites del artículo 428. Pero es necesaria una manifestación de voluntad emitida expresamente con tal finalidad, que es conocida como el consentimiento, como requisito que legitima el acto de disposición. Así *(volenti non fit inuria)* ¿qué características habrá de reunir el consentimiento legitimador del trasplante de órganos, la esterilización o la cirugía transexual?:

l. Ámbito: sólo los actos enumerados en el artículo 428, alcanzando a los actos accesorios o que sean consecuencia natural de aquéllos.

2. Forma: el consentimiento debe ser expreso, producido de manera clara, terminante y explícita; se rechaza el presunto y el implícito derivado de hechos concluyentes del que dispone, ni basta que su actitud revele que soporta y no prohibe el acto de disposición, no es admisible un silencio que equivalga a conformidad. Se aclara que si el consentimiento se refiere a

órganos regenerables o a limitación temporal los requisitos temporales serán menores.

3. Capacidad y legitimación: el consentimiento sólo es relevante para legitimar el acto de disposición cuando proceda de una persona con capacidad para consentir, cualidad que se adquiere con la mayoría de edad; además al dato cronológico se añade la plenitud de las facultades mentales, con inteligencia y voluntad perfectas; son inhábiles para prestar consentimiento los declarados judicialmente incapaces de un modo absoluto. La prestación del consentimiento es un acto personalísimo, no es posible la sustitución del titular ni la delegación en un tercero.

4. Tiempo: sólo el consentimiento previo constituye una verdadera autorización, su nota más característica es la revocabilidad; es imaginable un consentimiento coetáneo a la intervención. Si el disponente manifiesta su voluntad asintiendo después de la operación al acto se configura como una aprobación, pero ni se ha consentido ni se ha autorizado, sólo se aprueba un acto médico consumado. El consentimiento *a posteriori* es ineficaz a efectos justificantes.

5. Modalidades: es posible la revocabilidad del consentimiento *ante tempus;* se puede desistir del propósito inicial hasta el mismo momento de la intervención.

6. Formación: para una correcta formación de la voluntad el disponente ha de ser informado con precisión y detalle de los riesgos, consecuencias y presumibles complicaciones de la intervención. El artículo 428 habla de consentimiento *libre* y que no es justificante el obtenido *viciadamente.*

7. Causa: el consentimiento sólo debe tener por causa la gratuidad.

Sin embargo, aunque el artículo 428 niega el consentimiento a menores incapaces o de sus representantes legales, la esterilización de estos últimos es posible si ha mediado autorización judicial. La propia Consulta reconoce que esta autorización va contra el tenor literal del precepto, y no se trata ni de una interpretación alternativa ni evolutiva (acorde con los tiempos) sino de una interpretación dirigida a un resultado sociológico. Y todo ello debido a una laguna jurídica, pero rellenable a partir de una interpretación de las propias palabras del precepto. Se concluye que los absolutamente incapaces se hallan incapacitados para prestar el consentimiento justificante. Se dice que ese consentimiento debe ser suplido por la autorización judicial, y que si el embarazo procedente del delito de violación consumado con una oligofrénica puede interrumpirse sin generar consecuencias penales mediando el consentimiento de la mujer, con mayor razón deberán estar en el área de los actos justificados las meras esterilizaciones de oligofrénicas.

"El juez no puede autorizar un acto contra la ley. como sería el de la esterilización de una mujer oligofrénica", textualmente dice la Consulta. En algunos casos -normalmente de carácter patrimonial y a modo de complemento de capacidad- si media autorización judicial el acto que no pueden realizar por sí solos los titulares de la patria potestad (artículo 166 Código Civil) o de la tutela (artículos 271-272 Código Civil) es válido. Pero esa autorización debe estar prevista en la Ley como posible, en el artículo 428 Código Penal el consentimiento ineficaz de los incapaces no es sustituible por la autorización judicial supletoria. Además en los supuestos de los artículos 166 y 271-272 del Código Civil se establece que el acto de disposición de los representantes legales del menor o incapaz sobre sus bienes podrá concluirse previa autorización judicial; pero en el artículo 428 del Código Penal se niega que el representante legal del menor o incapaz pueda realizar ciertos actos de disposición sobre su integridad física y esta falta de autorización legal no puede suplida el juez, por cuanto la ley no delegó en él a estos efectos.

La Consulta se plantea la diferencia de eficacia del consentimiento de la mujer en el artículo 417 bis del Código Penal y en el artículo 428 del Código Penal. El primero sobre la no punibilidad del aborto voluntario de la mujer embarazada a causa de una violación, con el solo requisito de haberse denunciado aquélla previamente; el consentimiento en este caso debe reunir las condiciones generales exigidas para su validez; queda abierta la cuestión de si un incapaz puede consentir en su aborto. No obstante la diferencia en ambos casos es patente: las normas son muy estrictas para la validez del consentimiento en la esterilización de incapaces manifestado por éstos o sus representantes legales; pero no así en un aborto "¡justificado?", porque el acto inicial determinante, o no ha sido querido en absoluto (art. 429, l° CP: violación con fuerza o intimidación) o procede de una voluntad incapaz de consentir (art. 429, 2° CP: violación por abuso de enajenada), por lo que estaremos ante una víctima; por ello la Consulta admite la eficacia del consentimiento del representante legal del incapaz para lograr la impunidad del aborto al que ha precedido un embarazo derivado de violación. Sin embargo en el supuesto del art. 428 CP con palabras textuales de la Consulta "quien consiente lo hace necesariamente *ex ante* y está en situación objetiva de autor al disponer de la propia salud, y la ley entiende que el consentimiento es acto personalísimo y no sustituible por la voluntad de un tercero, sea el representante legal, sea el Juez".

Plantea la Consulta un buen tema: el artículo 428 CP no se agota en la interpretación gramatical, sino que deberá ponerse en contacto con las normas que, en el campo del Derecho Privado, regulan la incapacitación por enfermedad o deficiencia mental. El asunto no es peregrino pues si se quieren extraer de este precepto más interpretaciones sucederá como con la despenalización del aborto, al final todo está justificado porque el precepto no agota la regulación.

La Consulta se plantea el contenido de la expresión *incapaces,* si todos los declarados incapaces o sólo algunos de los declarados incapaces están impedidos de prestar el consenti-

miento válido para los actos disponibles que forman el objeto. El art. 200 Código Civil indica que *"Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma"*. Interesan a la Consulta las enfermedades que tienen causa en la propia personalidad anormal del sujeto, y, más en particular, las oligofrenias, deficiencia mental que es variable presentando diversos grados (idiocia, imbecilidad, debilidad mental), y más importante que el puro diagnóstico psiquiátrico es la intensidad del trastorno y sus repercusiones en la conducta, ya que ello influirá en la extensión y límites de la declaración judicial de incapacidad.

El artículo 428 aunque hable de los incapaces contempla a las personas que han sido objeto de una declaración judicial (incapacitados); el artículo citado menciona a los representantes legales, lo que implica un mayor de edad incapacitado (judicialmente) previamente. Sin embargo, se puede pensar que los incapaces de hecho sí pueden dar su consentimiento para esterilizarse -no han sido declarados incapaces-, pero esto no es correcto porque su consentimiento está viciado, no es libre por su deficiencia mental; además su guardador de hecho tampoco puede dar el consentimiento como no lo puede dar el representante legal.

El artículo 210 Código Civil ("La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado") determina que la sentencia del juez que declare la incapacitación determinará el grado de consentimiento de que es capaz; el art. 212 Código Civil permite que en un proceso posterior se pueda revisar la incapacitación si cambian las circunstancias; y esto en la época actual no es excepcional para algunas enfermedades mentales, ya que se introducen en la clínica psiquiátrica métodos biológicos de choque y psicofármacos. Lo cual es interesante para la sentencia del juez autorizante de la esterilización, ya que se tiene que tratar de una enfermedad irreversible en el estado de la clínica actual, lo que es muy difícil de decir.

Por lo tanto la declaración de la incapacitación depende de la enfermedad mental y dentro de ésta, de su grado.

La Consulta concluye: que aunque la ineficacia del consentimiento justificante sólo está prevista en el art. 428 Código Penal para los declarados incapaces, también lo es para los incapaces de hecho; y en estos casos el Ministerio Fiscal deberápromover antes la incapacitación. Además, termina la Consulta, la oligofrenia puede ser causa de incapacidad, pero la sentencia judicial debe de establecer el grado de inteligencia del demente y su limitación de la capacidad de obrar, y que la sentencia será título constitutivo de la extensión de la incapacidad y a ella habrá de estarse para precisar si la enfermedad es de las prohibidas o no por el artículo 428 Código Penal.

LA CONSULTA NÚMERO 1/1991, DE 31 DE ENERO, DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL SOBRE ASPECTOS PROCESALES DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL NECESARIA PARA LA ESTERILIZACIÓN DE LOS INCAPACES QUE ADOLEZCAN DE GRAVES DEFICIENCIAS PSIQUICAS

Lo único que se plantea en la Consulta citada, 1/1991, es el cauce procesal a través del cual se debe solicitar al Juez la autorización para la esterilización de deficientes mentales: si la jurisdicción voluntaria o el juicio declarativo ordinario de menor cuantía.

Reconoce la Consulta que la jurisdicción voluntaria fue propuesta por la mayoría de los componentes de la Junta de la Fiscalía, pero por la trascendencia del tema se decidió someter el asunto a la consideración del Fiscal General del Estado.

Los partidarios de la *jurisdicción voluntaria* dicen que aunque el art. 428 CP es de carácter sustantivo contiene normas procesales como la ausencia de contradicción obligada, la solicitud de representante legal, el dictamen preceptivo de dos especialistas, el informe del Ministerio Fiscal y la exploración del incapaz. Además se argumenta que por remisión de determinados preceptos del Código Civil resulta de aplicación la jurisdicción voluntaria.

Los partidarios del *juicio declarativo de menor cuantía* señalan que éste es el mejor para obtener una autorización judicial para la esterilización de un incapacitado. Señalan que el art. 428 CP no regula el cauce procesal, yeso aunque se entienda que no haya contradicción y además que los casos de jurisdicción voluntaria son sólo los expresamente tasados en la ley, y éste no está regulado. Y como las declaraciones de incapacidad y prodigalidad, limitativas de derechos, han de realizarse en juicios contradictorios, a éstos debe acudirse, ya que, dice textualmente la Consulta, "al suponer ésta (la esterilización) una lesión o agresión quirúrgica a la integridad física del incapaz, debe conformarse con el principio de contradicción a través del juicio de menor cuantía, que aparte de ofrecer mayores garantías y protección por cuanto el Ministerio Fiscal actúa en él con mayor protagonismo, está autorizado por la declaración del artículo 484, párrafo cuarto, de la LEC". Interesa destacar como la Fiscalía reconoce dos cuestiones: que son necesarias mayores garantías en este tipo de procedimientos y que la esterilización supone una lesión o una agresión a la integridad física.

Reconoce la consulta que el art. 428 CP no resuelve el verdadero tema de la Consulta cual es el cauce procesal preciso, que lo único que se plantea es establecer los requisitos para que opere la condición de no penalidad. La Consulta dice que por ser necesario se dará respuesta a la legitimación y conte-

nido del dictamen preceptivo del Ministerio Fiscal, pero no se contestará a otros temas fundamentales cuales son: 1) el contenido del dictamen de los especialistas, 2) la titulación necesaria legitimadora del dictamen y 3) la determinación de los conceptos de incapaz y de deficiencia psíquicas graves; aunque reconoce que pueden ser objeto de una futura instrucción. Opinamos que son temas fundamentales: hasta dónde debe llegar el dictamen de los especialistas, si deben especificar el tipo de incapacidad, si el incapaz entiende la sexualidad humana y maternidad/paternidad, si la esterilización es lo mejor para el incapaz, si su enfermedad puede mejorar, si es reversible la técnica a utilizar; si los especialistas deben ser psiquiatras o ginecólogos, o basta cualquier especialidad, si deben tener titulación pública reconocida por el Estado o pueden ser especialistas de otros países -no reconocidos-, si deben ser facultativos del Sistema Nacional de Sanidad o pueden ser privados; si basta cualquier deficiencia psíquica, etc. Recordamos que todas estas cuestiones no son especulaciones de este ponente sino que fueron exigidas por la sentencia del TC español de 14 de julio de 1994 citada; y estos temas son tan importantes porque la medicina, como Arte que es, puede dar respuestas de tan diverso índole que según el facultativo elegido será posible el dictamen positivo o no; al que además el juez no está vinculado.

Por otra parte la Consulta se refiere a que es importante tener en cuenta cuál es el fundamento de la despenalización operada, porque el art. 428 CP no lo dice, y esto es importante para determinar el cauce procesal planteado; es decir, son importantes las condiciones en las que podrá acudirse a la intervención esterilizadora y cuáles deben ser los principios de la autorización judicial y su procedimiento. Se recuerda lo que se dijo en la Consulta 3/1985, de 30 de abril: los incapaces no pueden dar válidamente su consentimiento ni tampoco sus representantes legales; pero las personas con una incapacidad menos intensa podían prestar su consentimiento eficaz para la esterilización; y cuando fuese necesaria la autorización judicial sería necesario un expediente para autorizaciones análogas.

El art. 428 CP -tras reforma por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio- establece como condición de no punibilidad la autorización judicial y el cumplimiento de una serie de requisitos. "Así la autorización judicial no operará de modo automático o por la simple constatación de la incapacidad declarada del deficiente mental y la prestación del consentimiento de su representante legal, pues ello podría dar lugar a disposiciones arbitrarias de terceros sobre bienes jurídicos eminentemente personales del deficiente, con lo que quedaría la autorización judicial a merced de intereses personales, sociales o económicos de parientes o tutores, lo que está en abierta contradicción con los arts. 10 y 15 de la CE que protegen la dignidad e integridad física y moral y prohiben los tratos inhumanos y degradantes" (palabras textuales de la Consulta). Por lo tanto, el consentimiento de terceros es condición necesaria, valorada por el Ministerio Fiscal en su informe y por el Juez, pero no suficiente. En caso de colisión, sigue la consulta, entre los intereses de terceros y del incapaz debe resolverse en base al principio de interés superior del deficiente.psíquico.

La Consulta se inclina por el procedimiento de jurisdicción voluntaria y establece la no acumulabilidad de la declaración judicial de incapacidad y de la autorización judicial legitimadora de las esterilizaciones. (Sin embargo, el nuevo art. 156 CP, tras reforma de Ley Orgánica 10/1995, permite la declaración de incapacidad y la autorización para la esterilización acumuladas en un mismo procedimiento de juicio ordinario de menor cuantía, y posteriormente, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria solicitar la autorización judicial para esterilizar. Entiendo que la acumulación operada por la LO. 10/95 es inconstitucional porque el TC en su sentencia de 14 de julio de 1994 ya dijo que tenían que ser resoluciones distintas).

Siguiendo con la Consulta, establece ésta que la declaración de incapaz es previa junto con la constitución de la tutela, pues la titularidad para instar la autorización judicial corresponde al representante legal. Sigue la consulta con las presiones de los fiscales que entienden que el juicio de menor cuantía debe seguirse para la esterilización por analogía con el seguido para la incapacitación y porque es el juicio seguido para cualquier tipo de demanda en que no se disponga otra cosa (art. 484, 4 LEC); al mismo tiempo el art. 481 LEC dispone que las contiendas judiciales sin tramitación especial deben ventilarse por el juicio declarativo que corresponda.

Pero en el art. 428 CP se presume la concurrencia de intereses entre representante y representado, no contrapuestos, y como el representante no puede dar el consentimiento se solicita, para la no punibilidad, la autorización judicial. No hay pues verdadera contienda (que es lo típico de un juicio declarativo de menor cuantía) y ello nos conduce a la jurisdicción voluntaria. Pero creo que sí hay contienda: entre los representantes y el incapaz, que es el futuro agredido, por eso hay un juez e interviene el Ministerio Fiscal.

Pero si por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, se decía en su Disposición Adicional que los procedimientos de incapacitación y de prodigalidad se encauzarían por el juicio declarativo de menor cuantía, sin que quepa al allanamiento ni la transacción, se decía, además, que los procedimientos derivados de las figuras jurídicas reguladas en los Títulos IX Y X del Libro I del Código Civil se tramitarán por el cauce de la jurisdicción voluntaria (o sea, incapacitación, tutela, curatela y guarda de menores o incapacitados); resulta que las autorizaciones para esterilizar se asemejaban más a las autorizaciones previstas en los Títulos IX y X que a las incapacitaciones en sí, luego el cauce sería la jurisdicción voluntaria. Sin que se acepte que la jurisdicción voluntaria sea sólo para los actos del Libro III de

la LEC, no es un *"numerus clausus"*, y cabe aquíla figura cuestionada.

Más fuerte parece la crítica de que el juicio declarativo de menor cuantía ofrece mejores garantías y protección ya que en él el Ministerio Fiscal actúa con mayor protagonismo. Sin embargo, la Consulta sale al paso diciendo que en la jurisdicción voluntaria las garantías son paralelas al juicio declarativo ordinario tipo, rigen los principios de prohibición, de indefensión y de audiencia, que no están proscritos en el Libro III de la LEC, al igual que la tutela judicial efectiva amparadora de las pruebas y los recursos; en los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden ser oídas varias personas, sean o no promotores, incluso a instancias del Juez, interviene el Ministerio Fiscal; se admiten todos los documentos sin solemnidades; hay informes de dos especialistas y exploración por el Juez, además el Juez puede discrepar de lo interesado por quienes intervengan, no así en el juicio de menor cuantía sin oposición (arts. 691-692 LEC). Se admite también el recurso de apelación; y las resoluciones de las Audiencias tienen acceso a la casación. Si el expediente se hace contencioso, se encauzará por el juicio que corresponda (art. 1817 LEC). Hoy en día no cabe la casación, tras la reforma de 1992 de la LEC y, además, no cabe la transacción ni el allanamiento por remisión a la prohibición del Código Civil en estos temas.

El Ministerio Fiscal está legitimado para la declaración judicial de incapacidad y para la constitución de la curatela, pero no para obtener la esterilización de los incapaces, pues para el art. 428 CP el único legitimado es el representante legal (arts. 203, 207 Y 228 del Código Civil). Pero el Ministerio Fiscal interviene siempre en los procedimientos.

Por último la Consulta lanza el siguiente "canto": "El criterio del mayor interés y bienestar legitimador de las esterilizaciones deberá tenerse siempre en cuenta como norma limitadora y garantista", y se aclara que el dictamen del Ministerio Fiscal procurará que se tienda a la integración del minusválido en la esfera social en igualdad de condiciones que los demás, incluida la sexualidad, y se opondrá cuando no se vigilen estos intereses. Por descontado, que una vez esterilizada una mujer deficiente será "caldo de cultivo" para abusos de desaprensivos porque no corren ¿"más?" riesgos; evidentemente la integración social buscada será con seres distintos de los mejores para ella.

Por último la Consulta recuerda a los fiscales que no están vinculados a los dictámenes de los especialistas.

Sin embargo, toda esta consulta ha variado con el nuevo artículo 156 del nuevo Código Penal; toda vez que este nuevo precepto establece que la acumulación de la incapacitación con la autorización para la esterilización se regirán por el juicio de menor cuantía, mientras que la autorización para la esterilización de los ya incapacitados se regirá por la jurisdicción voluntaria.

LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE; DEL NUEVO CODIGO PENAL ESPAÑOL. EL NUEVO ARTÍCULO 156.

El nuevo Código Penal, que entró en vigor el pasado 24 de mayo de 1996, contiene algunas particularidades interesantes. Se regula en el Libro 11, Título III, artículo 156, que contiene alguna novedad -por otro lado ya apuntada por la doctrina-.

Se ha aclarado la duda anterior planteada sobre si era necesario un nuevo, o no, procedimiento distinto al de la incapacitación. El legislador permite ahora la autorización del juez en el mismo procedimiento de incapacitación o, a elección de los representantes legales, acudir a un nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria para solicitar la autorización del juez para esterilizar. La solución es criticable porque si se permite la acumulación de la esterilización en el mismo procedimiento de la incapacitación, se vicia este último procedimiento, porque se convierte en "incapacitación para esterilizar", y eso no es lo que dijo el TC. Son dos procedimientos distintos: la incapacitación para una cosa, de la que salen derechos y deberes para el Estado y la sociedad; y la esterilización, para otra.

Pero es plausible el que se haya añadido la frase: "tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz". Se acogen los argumentos del TC español y de la sentencia de la AP de Barcelona de 6 de octubre de 1995 sobre "Welfare and best interest" y se rechazan los argumentos de la doctrina de la AP de Girona de 23 de noviembre de 1993. Por lo tanto, el interés no es el "egoísmo" de los padres de no poder atender a su hijo/a-incapaz sino, precisamente y necesariamente, el del propio incapaz, que, naturalmente no es siempre y automáticamente la mutilación. La nueva fase añadida permite, pues, sustentar nuestra tesis de apoyar la esterilización terapéutica y rechazar la preventiva- anticonceptiva. No habrá, sin embargo, que el mayor interés para el incapaz sea su mutilación porque entienda que su inmersión social será más profunda si puede tener una actuación sexual sin "riesgos". Como siempre, dependerá del concepto de sexualidad que se tenga; en cualquier caso, un demente grave no es capaz de entenderla y por lo tanto es absurdo mutilarlo para integrarlo más socialmente, porque lo que se logrará no es que él entienda algo que antes no entendía -esterilizado o no- sino que se aprovechen los desaprensivos de la demente.

En definitiva el resultado es peor, se les priva de su integridad física, se les quita su personal consentimiento, y en el fondo, aunque entendible, lo que hay detrás es la comodidad y el miedo de los guardadores de hecho, que con una lógica preocupación aplican una solución desmedida al problema. Y, por último, se abre una puerta muy peligrosa, una vez que los estados digan que la integridad física no es hermética, sino que en algunos casos un tercero, aunque sea un juez, funcio-

nario estatal muy cualificado, pueden mutilar y agredir físicamente, entonces por qué en otros casos no podrá hacerse lo mismo, porque el derecho a la integridad física no es inmutable, puede ser limitado, es muy, pero que muy peligrosa esta compuerta abierta.

EL CONTRATO – PROGRAMA DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CANARIAS

APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONCIERTOS SANITARIOS

Milagros Gómez Martín
Abogado

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Antecedentes. 3.- Contrato - programa. 4.- Convenio interadministrativo. 5.- Concierto Sanitario. 5.1 El concierto en la LGS. 5.2 El concierto en la LGSS. 6.- Conciertos "especiales": el convenio singular, el concierto singular y el concierto singular sustitutorio. 6.1.- El convenio singular. 6.1.1 Caracteres generales. 6.1.2 Naturaleza jurídica. 6.2.- Concierto singular y concierto singular sustitutorio. 6.3.- Estudio comparativo 7.- Régimen jurídico aplicable. 8.- Conclusiones.

1.- INTRODUCCIÓN

El crecimiento de la demanda de servicios sanitarios, inherente a una mejora del nivel de vida y a una mayor educación sanitaria de la población, junto con el desarrollo científico y tecnológico de la medicina y el cambio en la pirámide de la población, ha desembocado en la insuficiencia de los recursos sanitarios públicos, más concretamente los recursos hospitalarios[1]. Para paliar dicha insuficiencia, la administración se ha visto obligada a establecer conciertos asistenciales, con la finalidad de incrementar su red asistencial.

Sin embargo, en los últimos años, el concierto está dejando a un lado ese carácter de subsidiariedad para adquirir una especial relevancia en la gestión de la sanidad.

El informe elaborado por la Comisión de expertos para el estudio del Sistema Nacional de Salud, en 1991, más conocido como Informe Abril, pone de manifiesto que *La iniciativa privada sanitaria constituye, en principio, una riqueza acumulada que permite dar contenido real a conceptos necesarios para la regeneración del sistema, tales como competencia o "mercado interno"*[2].

Dando por conocida la idea de mercado interno, pasaremos a la propuesta que dicho informe realiza: perfeccionar el sistema de conciertos de tal forma que la competencia sirva de estímulo para mejorar la gestión por parte de todos los proveedores, tanto públicos como privados[3]. Esto se encuadra en la línea de contratación por la que claramente opta la Comisión, que se pronuncia en tal sentido, también cuando se trata de unidades de provisión, considerando recomendable la contratación externa, que debería convertirse en un mecanismo de gestión fundamental[4].

Sin embargo, pese a ser el concierto una figura clásica en la gestión de servicios sanitarios, y estar, como hemos podido ver, de plena actualidad, el tema ha sido escasamente tratado de forma específica. Es por ello, que tomando como modelo el contrato-programa suscrito en 1994, por la Comunidad Autónoma de Canarias y el Organismo Autónomo "Hospitales del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife", pretendemos llevar a cabo una aproximación a su régimen jurídico.

2.- ANTECEDENTES

El Hospital Universitario de Canarias (HUC), denominado en sus inicios Hospital General y Clínico, comienza su actividad en el año 1971. A partir de entonces va a jugar un importante papel en la sanidad de la Isla de Tenerife, y de la Comunidad Autónoma Canaria, prestando asistencia sanitaria a los bene-

[1] Pilar Coll Cuota, "El concierto en materia de asistencia sanitaria", en Revista de Seguridad Social, n° 6, abril-junio, 1980, pág. 186.

[2] Informe elaborado por la Comisión de expertos para el estudio del Sistema Nacional de Salud y las tendencias de su entorno en 1991, pág. 38.

[3] Ignacio Borrajo Iniesta, "La huida hacia fóI1llulas de gestión de Derecho Privado en la prestación de Servicios Sanitarios: la supuesta crisis del Derecho Administrativo", en II1 Congreso Derecho y Salud, Navarra, 1995, pág. 101.

[4] Informe elaborado por la Comisión de expertos ...cit, pág. 38. Considera que uno de los mayores obstáculos en la mejora de la gestión de los servicios sanitarios es la heterogeneidad de las actividades que desarrollan: desde la atención médica y de enfermería, hasta la hotelera y de mantenimiento. Todas estas actividades podrían satisfacerse por medio de la contratación externa.

ficiarios de la Seguridad Social en virtud de un contrato suscrito ese mismo año entre el Cabildo Insular de Tenerife y la Seguridad Social.

Realiza, además, tareas docentes, actuando como Hospital Universitario de la Facultad de Medicina y de las Escuelas Universitarias de Enfermería y Fisioterapia[5].

Cuenta con 721 camas instaladas, lo que supone prácticamente la mitad de la oferta pública en Tenerife. Sus servicios de Cirugía Cardíaca y Hemodinámica Diagnóstica, son de referencia provincial, y la unidad de Trasplante Renal, centro de referencia para toda la Comunidad Autónoma.

A los efectos que aquí nos interesa, el convenio que vamos a estudiar parte del concierto singular que el Instituto Nacional de la Salud suscribe con el Organismo Autónomo Administrativo Hospitales del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife (HECIT) el 6 de Octubre de 1989, para la prestación por el HUC de asistencia sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social.

El marco legal de dicho concierto viene configurado por la Orden de 12 de mayo de 1989 por la que se establecen las normas para la revisión de las condiciones económicas aplicables a la prestación de asistencia sanitaria concertada por el Instituto Nacional de la Salud.

El 3 de Agosto de 1994, ambas partes otorgan un documento que se autocalifica como contrato programa, cuyo objeto es la regulación de la prestación de asistencia sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social llevada a cabo por el Hospital Universitario de Canarias con carácter sustitutorio.

La Orden de 29 de Junio de 1993 en su art. 2.2 establece que tendrán carácter sustitutorio los centros que bajo ese régimen de concierto singular "constituyen una alternativa al dispositivo asistencial del Instituto Nacional de la Salud". Dice también que" *el régimen de estos conciertos sustitutorios se fijará en un contrato programa de carácter anual que se incorporará mediante cláusula adicional al concierto vigente"*. Esto explicaría que el convenio que estudiamos se autocalifique como contrato programa, lo cual no significa que la Orden de 1993 y dicho convenio estén utilizando correctamente el término, como podremos ver más adelante.

[5] Decreto 2734/1971, de 14 de octubre. Aprueba el convenio entre el Cabildo Insular de Tenerife y la Universidad de La Laguna para la utilización conjunta, con [mes docentes asistenciales, del Hospital General y Clínico de Tenerife.

Decreto Territorial 60/1989, de 25 de abril, por el que se aprueba el convenio suscrito entre el Exmo. Cabildo Insular de Tenerife y la Universidad de La Laguna para la utilización del Hospital Universitario de Canarias en la investigación y la docencia de la Medicina, la Enfermería y demás ciencias de la salud (BOC n° 62, de 3 de mayo).

La peculiaridad del Hospital General y Clínico de Tenerife (hoy Hospital Universitario de Canarias), reside en que su gestión corresponde al Cabildo Insular de Tenerife, pero la normativa general al respecto, se refiere a Hospitales Universitarios gestionados por el Instituto Nacional de la Salud.

La extensión y condiciones del acuerdo son las siguientes (Estipulación 1.2):

Especifica la población asignada al hospital Universitario de Canarias (estipulación 2.1):

- enumera un total de once municipios del área Norte de la isla de Tenerife, con una población de 280.251 habitantes.

Recoge las prestaciones complementarias para otras zonas distintas de la asignada (estipulación segunda, apartados 2,4,5,6 y 7):

- Facilitar la continuidad de la asistencia en procesos por los que hayan sido ingresados con anterioridad en el centro a pacientes procedentes de otras áreas, si los recursos asistenciales lo permiten.

- Actuar como Hospital de referencia para la isla de La Palma en todas las patologías que sobrepasen los recursos existentes en dicha isla, así como para la provincia de Sta. Cruz de Tenerife, en todo lo que incluido en su cartera de servicios, sobrepase las posibilidades asistenciales de los centros propios de la Comunidad Autónoma en la provincia, también en aquellas especialidades que sólo se presten en el HUC.

- Prestar asistencia a los pacientes procedentes del centro penitenciario.

Define la oferta asistencial (estipulación 3ª y Anexo 1), los objetivos de calidad (estipulación 4ª), y el acceso a los servicios (estipulación 5ª).

Regula lo relativo a producción asistencial, presupuesto y financiación (estipulaciones 6ª, 7ª y 8ª).

Este contrato, como otros, exige delimitar su naturaleza y régimen jurídico: ¿es realmente -en teoría jurídica- un contrato programa? y si no lo es, ¿cuál es su naturaleza? ¿a qué modalidad de gestión sanitaria corresponde? En fin, ¿qué son los conciertos y convenios singulares?

3.- CONTRATO - PROGRAMA

Para determinar si este acuerdo es un contrato programa, es preciso destacar lo siguiente:

1. El HECIT es un Organismo Autónomo del Cabildo Insular de Tenerife.

2. El dinero que la Comunidad Autónoma se compromete a transferir al HECIT, se estipula como contraprestación por los servicios prestados por el HUC.

3. Los objetivos que aquí se pactan tienen como finalidad establecer niveles y parámetros para medir la asistencia sanitaria que el HUC se compromete a prestar, que es al fin y al cabo el objeto del convenio.

La Ley 7/1984, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma Canaria, dice en su artículo 59:

"Los Contratos - Programa o cualquier tipo de convenio que celebre la Comunidad o sus Organismos con sus Empresas Públicas o participadas, o con otras empresas que no dependan de ellas pero que disfruten de avales, ayudas o subvenciones a cargo de los Presupuestos Generales de la Comunidad, que den lugar a regímenes especiales, se regirán por lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley General Presupuestaria."[6]

Analizando esta figura desde un aspecto puramente formal, podría afirmarse que la relación existente entre la Comunidad Autónoma Canaria o sus Organismos, con sus empresas Públicas o participadas es una relación de tutela, puesto que no tienen cabida las órdenes directas: podrán asesorar, inspeccionar, orientar, pero no dirigir. Por tanto, ha de ser el contrato programa el instrumento que regule la relación entre las partes, estableciendo objetivos y obligaciones[7].

Pese a que en una primera aproximación podría entenderse que el contrato-programa es un contrato[8], parte de la Doctrina sostiene que no lo es[9], por dos razones: en primer lugar porque no existe posibilidad alguna de exigir su cumplimiento para ninguna de las partes. En segundo lugar, porque pueden incluir modificaciones competenciales en cuanto al procedimiento y atribuciones de tutela administrativa y control financiero sobre los establecimientos públicos. Sin embargo, esas nuevas competencias sólo se podrán establecer creando derecho objetivo o modificando el ya existente, es decir, a través de normas jurídicas. Estaríamos, pues, ante una resolución administrativa.

En el convenio que estudiamos, como ya quedó apuntado, el dinero que la Comunidad Autónoma Canaria se compromete a transferir al HECIT no tiene carácter de subvención, sino que se configura como pago por los servicios concertados. Por otro lado, no se trata con él de coordinar la actividad económica del sector público, sino que en este caso concreto, el Hospital Universitario de Canarias está actuando en el mercado como un agente más, prestador de servicios sanitarios (con base en el artículo 86 de la LBRL)[10]

De ello puede concluirse, que el documento suscrito entre la Comunidad Autónoma de Canarias y el HECIT no es un contrato - programa, por más que su nombre así lo indique, error que se arrastra desde la Orden de 29 de junio de 1993, donde por primera vez se delimita la figura del Concierto Singular Sustitutorio.

4.- CONVENIO INTERADMINISTRATIVO

Otra posibilidad es que el acuerdo estudiado sea un convenio interadministrativo[11], entendiéndose por tal aquellos que celebran dos administraciones públicas en un plano de igualdad, teniendo ambas competencias sobre el objeto del acuerdo, por contraposición a los contratos administrativos, en los que sin embargo, uno de los entes públicos actúa en posición de privilegio[12].

Ninguna duda plantea el elemento subjetivo, tanto el Cabildo de Tenerife como la Comunidad Autónoma Canaria son Administraciones Públicas (art. 2.1 de la LPAC). La cuestión a examinar es si el Cabildo tiene competencias en materia de asistencia sanitaria.

Tradicionalmente las Corporaciones Locales han venido ostentando dichas competencias. Así, la Ley de Régimen Local, en el Texto articulado y refundido, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, señalaba en su artículo 245 como competencia de las Diputaciones, la creación y sostenimiento de establecimientos de sanidad e higiene. Además debían hacer-

---

[6] Artículo 91.1 de la Ley General Presupuestaria:

"1. En los supuestos en que se estipulen convenios con el Estado que den lugar a regímenes especiales, tanto por las Sociedades Estatales como por las demás que reciben subvenciones con cargo a los Presupuestos del Estado, no dejarán de establecerse las correspondientes cláusulas sobre las siguientes materias:

a) Hipótesis macroeconómicas y sectoriales que sirvan de base al acuerdo. b) Objetivos de la política de personal, rentabilidad, productividad o reestructuración técnica de la explotación económica, así como métodos de evaluación de aquellos.

c) Aportaciones del Estado en sus distintas modalidades.

d) Medios a emplear para adaptar los objetivos acordados a las variaciones habidas en el respectivo entorno económico.

e) Control por el Ministerio de Economía y Hacienda de la ejecución del convenio y posterior explotación económica."

[7] F. J. Jiménez de Cisneros Cid, *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987, pág. 155.

[8] Eduardo García de Enterría y T.R. Fernández Rodríguez, Curso de Derecho Administrativo 1, Civitas S.A., 6ª edición (1ª edición en 1974), Madrid, 1993, pág. 647. Aunque no entran a analizar su naturaleza jurídica, parecen inclinarse también por el carácter contractual de dichos acuerdos: J. Campo Sainz de Rojas, "La metodología de los contratos de programa", en *Presupuesto y Gasto Público*, n° 1, 1979, págs. 77-84. P. M. Gaudumet, "El control financiero de las empresas públicas", en *Presupuesto y Gasto Público*, n° 8, 1980, págs. 273-274.

[9] F. J. Jimenez de Cisneros Cid, *Los Organismos Autónomos...cit.*, pág. 157.

[10] En las competencias de las entidades locales en materia de asistencia sanitaria, nos detendremos en el epígrafe siguiente

[11] A los contratos administrativos les será de aplicación la regulación prevista en la legislación de contratos, a tenor de lo establecido en el artículo 7 de la Ley 13/1995, de 18 de marzo, de Contratos para las Administraciones Públicas. Dicha Ley excluye expresamente de su ámbito de aplicación los convenios de colaboración entre dos administraciones públicas, cuyo régimen habrá que buscarlo en el artículo 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuando los sujetos intervinientes sean el Estado y las Comunidades Autónomas, y en la legislación local (artículo 57 de la Ley de Régimen Local y artículo 70 del Texto Refundido en materia de Régimen local), en los demás supuestos.

[12] Francisco Lliset Borrel, "Los Convenios Interadministrativos de los entes locales", en REDA n° 67, 1990, pág. 389.

se cargo de la asistencia a enfermos indigente s de su provincia y crear y sostener establecimientos benéficos[13].

Dichos servicios sanitarios de la Diputación debían contar con los hospitalarios para la asistencia médico-quirúrgica, preferentemente para la asistencia de aquellos enfermos que con el tratamiento activo pueden obtener curación o al menos mejoría. Asimismo estaba obligada a sostener instituciones para la asistencia específica de determinados colectivos o enfermedades: asistencia infantil, maternal y psiquiátrica, enfermedades infecciosas, dolencias sexuales y tiñas (Base 23 de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944).

A nivel municipal, la Base 24 de dicha Ley imponía a los Ayuntamientos como una de sus obligaciones mínimas el sostenimiento de los centros sanitarios locales.

Como bien pone de manifiesto MUÑOZ MACHADO, *"no se trataba de ofrecer una asistencia general a todos los ciudadanos, sino tan sólo de prestar ayuda al pobre"*[14]. Los servicios de sanidad pública fueron durante mucho tiempo de policía sanitaria exclusivamente. *"Todos los ciudadanos recibían ayuda cuando como colectivo se enfrentaban con la enfermedad (sanidad pública) y solo los pobres eran atendidos individualmente y se les facilitaban los auxilios que precisaban en los supuestos en que su salud aparecía quebrantada (beneficencia pública)"*[15].

Este ámbito competencial de las entidades locales persistirá y coexistirá con el sistema de Seguridad Social, hasta la promulgación de la Ley General de Sanidad en 1986.

A partir de este momento, el encuadre de las competencias de la administración local ha de hacerse partiendo de ésta y de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985.

La legislación local, les atribuye competencias en protección del medio ambiente, salubridad pública, participación en la gestión de la Atención Primaria de Salud[16], servicios sociales, suministro de agua, alcantarillado, aguas residuales, etc., en los términos fijados por leyes sectoriales del Estado y las Comunidades Autónomas, que *"configurarán los intereses concretos a gestionar por las entidades municipales"*[17]. Puede también ejercitar competencias delegadas por la Administración del Estado o las Comunidades Autónomas siempre que afecte a sus intereses propios, y realizar actividades complementarias de las de otras Administraciones Públicas (art. 25 Y 27 de la LBRL).

La LGS, en su artículo 42 determina que las responsabilidades de los entes locales lo sean sobre salubridad pública: control sobre el medio ambiente, edificios, viviendas, distribución y suministros de alimentos y bebidas, cementerios, y policía mortuoria. Por otro lado dispone que todos los servicios y establecimientos de las Diputaciones, Ayuntamientos, y cualesquiera otras administraciones territoriales intracomunitarias, se integrarán en el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma, con la obligación por parte de estas de seguir financiando dichos servicios.

En este sentido, la LGS pretende limitar las competencias de las entidades locales en materia de prestación de servicios sanitarios a su representación en los órganos de participación: Consejo de Dirección y Consejo de Salud de Área. En su exposición de motivos, justifica la sustitución de las Corporaciones Locales por las Comunidades Autónomas en determinadas competencias que tradicionalmente pertenecieron a estas, considerando probado que el nivel municipal, en general, no es el más adecuado para su gestión[18], proponiéndose además, lograr una efectiva planificación sanitaria que mejore tanto los servicios como sus prestaciones.

Por nuestra parte, entendemos que una decisión en tal sentido es perfectamente lícita, sin atentar contra la autonomía local reconocida en los artículos 137 y 140 de la CE, puesto que como ha manifestado el Tribunal Constitucional, las competencias de las entidades locales pueden ser aumentadas o disminuidas por la Ley[19], ya que la autonomía que la Constitución garantiza, lo es en función del respectivo interés, que no siempre podrá ser concretado, llevando a que en ocasiones llegue a atribuirse una competencia sobre determinada materia en función del interés predominante[20].

---

[13] Sabino Álvarez Gandín y Blanco, "Los convenios Administrativos de la sanidad", en *Estudios en homenaje al profesor López Rodó,* Vol. 11, Madrid, 1972, págs. 421-422.

[14] Santiago Muñoz Machado, *La Sanidad Pública en España,* lEA, 1975, pág. 192

[15] Ibídem.

[16] Juan Luis Beltrán Aguirre, "La competencia de las entidades locales de Navarra en materia de sanidad", en *Revista Jurídica de Navarra,* n° 2, 1986. Para este autor, la participación de las entidades locales en la gestión de la Atención Primaria de Salud, se establece como compensación por la pérdida de competencias en materia de asistencia sanitaria. Pág. 113.

[17] Manuel Beato Espejo, "El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad", en RAP n° 19, 1989, pág. 416.

[18] En sentido contrario, Fernando Manrique López, "Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986", en Derecho Médico, Vol. 1, dirigido por Luis Martínez Calcerrada, Tecnos ,Madrid, 1986, pág. 864:" *Se atribuyen algunas competencias en materia de protección de la salud a las corporaciones locales (véase art.* 42), *no obstante se observa una drástica limitación en orden a las competencias de los entes locales en materia de asistencia a las personas, en cuanto actividad curativa y reparadora, lo que no queda suficientemente satisfecho por el hecho de que las corporaciones locales participen en los Consejos del Área de Salud (Véase art.* 58.2). *Existen algunas atenciones primarias o elementales de la sanidad personal que podrían perfectamente ser atendidas por los servicios sanitarios locales con la correspondiente coordinación con las Áreas de Salud y además, con mayor proximidad a las necesidades de la misma.* "

[19] Los concretos intereses a gestionar por las entidades municipales, serán configurados por la Ley que regule su régimen jurídico, y también por las distintas leyes sectoriales dictadas por el Estado y las CCAA en el ámbito de sus respectivas competencias. Para un estudio más profundo del tema, ver: Francisco Sosa Wagner, "La autonomía municipal", en RAP n° 100-102, 1983, págs. 2239-2253. M. Sánchez Morón, *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional,* Civitas, Madrid, 19989,228 págs.

[20] STC de 2 de febrero de 1981. La STC de 23 de diciembre de 1982, es clara al respecto: "la determinación de cuáles sean estos intereses *es obra de la ley* que les atribuye, en consecuencia, competencias propias, pero que en todo

Asumido, por tanto, que en la actualidad, las entidades locales no tienen competencias en materia de asistencia sanitaria, podemos concluir respecto del acuerdo que estudiamos, diciendo que no se trata de un contrato de organización que module su ejercicio, ni tiene por objeto "la función pública", sino sencillamente, la gestión de un servicio: prestar asistencia sanitaria a los beneficiarios de la Seguridad Social con la extensión y condiciones que en el documento se recogen (Estipulación 1.2). Se enumeran una serie de servicios y se establecen las correspondientes contraprestaciones de carácter económico (Estipulación 8). Esto es lo que fundamentalmente va a determinar su no inclusión en el tipo de los convenios interadministrativos. La Administración local está actuando en un terreno de simple colaboración o intercambio patrimonial, recibiendo dinero a cambio de prestar un servicio. Como este servicio que el HECIT presta forma parte del servicio público de la sanidad, el acuerdo quedará configurado como un contrato administrativo de gestión de servicios, de los enumerados en el artículo 5.2.a) de la LCAP[21]. La cuestión entonces, es determinar qué régimen jurídico le es aplicable acudiendo a la legislación sectorial, en concreto a la Ley General de Sanidad, siendo dos las modalidades a considerar: el concierto sanitario y el convenio singular.

5.- EL CONCIERTO SANITARIO[22].

5.1. El concierto en la LGS

La Ley General de Sanidad diseña con carácter de legislación básica su propio concierto. Dice el art. 90: "*Las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas*. "

De su regulación, cabe extraer las siguientes notas: establece el principio de subsidiariedad, entendiendo por tal, no la carencia de medios propios, sino la obligación que la Ley impone de la utilización óptima de sus propios servicios. con carácter previo al concierto (art. 90.1). En igualdad de condiciones, otorga prioridad a los centros y servicios de los que sean titulares entidades que tengan carácter no lucrativo (art. 90.2). De la ubicación del art. 90 dentro del título IV dedicado a las actividades sanitarias privadas deducimos que se trata de un concierto con centros de titularidad privada. si bien en ningún momento se menciona de forma expresa (avala también esta tesis, el hecho de que la Ley prevea para articular la relación con centros públicos, otro tipo de instrumento: los convenios de integración y adscripción).

A los centros que aspiren a concertar con la Administración, se les impone previamente una exigencia: han de ser homologados de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente. Es decir, deben cumplir unos mínimos que serán establecidos reglamentariamente (art. 90.5).

La concertación deberá adecuarse a la planificación, no pudiendo llevarse a efecto cuando pueda estar en contradicción con los planes de salud (art. 90.3). Los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, se fijarán por la Administración competente (art. 90.4», quedando garantizada en todo caso, la igualdad de trato a los usuarios del servicio concertado en relación con los usuarios de los centros públicos (art. 90.6). Las condiciones económicas se establecerán en base a módulos de coste efectivos, previamenteestablecidos y revisables por la administración (art. 90.4).

Resumiendo: nos encontramos ante una modalidad de gestión indirecta de servicios sanitarios, por medio de la cual se pro-

---

caso debe respetar la autonomía y, como sustrato inexcusable de esta, reconocerles personalidad propia."

[21] Eduardo García de Enterría y T. R. Fdez. Rodríguez *Curso de Derecho Administrativo ...cit.*, págs. 646-647.

[22] El Concierto es una modalidad de contratación de gestión de servicios públicos, definida como aquel que se suscribe con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. Ni la LCE de 1965, ni la Ley 13/1995 de Contratos para las Administraciones Públicas hacen ninguna otra observación al respecto.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales enumera el concierto como modalidad de contrato de gestión indirecta de servicios públicos, dedicando los articu10s 143 a 147 a regu1ar10. Sus características más importantes son las siguientes:

1. Se trata de un contrato de gestión indirecta de servicios públicos (art. 113).

2. Supone la utilización de prestaciones análogas que otras entidades públicas o privadas, o los propios particulares, ya tuviesen establecidos, para la prestación de un servicio público por la Corporación Local (art. 143).

3. Tiene carácter subsidiario, dado que quedará sin efecto cuando la Corporación tuviese instalado y en disposición de funcionar, un servicio análogo (art. 144).

4. Se establece una duración máxima de 10 años, con la posibilidad de prórroga previa autorización del Ministerio de la Gobernación por alguno de los siguientes motivos (art. 144):

-imposibilidad de instalarlo por su cuenta,

-mayor economía de esta forma de prestación sin menoscabo de la eficacia.

5. El pago del precio corre a cargo de la Administración concertante y se fijará en un tanto alzado inalterable, ya de carácter conjunto por la totalidad del servicio en un tiempo determinado, o por unidades a precio fijo.

Debe resa1tarse al respecto, como el concierto se configura ya desde entonces como el instrumento típico por excelencia para la gestión indirecta de los servicios sanitarios, al hacer referencia expresa el artículo 147.1 a los que suscriban las Diputaciones provinciales para la prestación de los servicios mínimos obligatorios de carácter benéfico asistencia!.

Llama también la atención, que el RSCL refleje ya los principios de economía y eficacia que la LGS recomienda para el funcionamiento del sistema de salud en su articulo 7º, al contemplarlos como causa y razón suficiente para la prórroga del concierto.

En el ámbito de la legislación estatal, del art. 205 del Reglamento General de contratación podemos, extraer las siguientes notas:

1. Puede recurrirse a dicha modalidad cuando convenga a la Administración para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público.

2. Se contratará "la actividad privada de los particulares que tengan análogo contenido al del respectivo Servicio."

3. Se establece una duración máxima de 8 años, que podrá ser ampliada o prorrogada por el Gobierno, con lo cual se difumina el límite temporal que caracterizaba al Concierto en la legislación local.

duce una vinculación entre la Administración sanitaria y el centro concertado referida exclusivamente a los aspectos relativos a cada enfermo atendido en dicho centro por cuenta de la administración. Dicha atención no podrá diferir en cuanto a derechos y deberes del usuario, de la prestada en los centros públicos.

5.2. El concierto en la Ley General de Seguridad Social

El antecedente inmediato del concierto que regula la LGS, podemos encontrarlo en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que dedicó dos artículos al concierto. Con carácter general, para la prestación de servicios administrativos, sanitarios o de recuperación profesional, en el artículo 209, bajo la rúbrica *"Conciertos para la prestación de servicios Administrativos y Sanitarios"*. Sus características más importantes eran las siguientes:

Las Entidades Gestoras podían concertar con cualquiera Entidad pública o privada. así como con las Obras e Instituciones especializadas de la Organización Sindical. El objeto del Concierto era la prestación de servicios administrativos, sanitarios o de recuperación profesional. En cuanto a la contraprestación, si bien la Ley no dice expresamente la forma en que se establecerá el pago, sin embargo hace una delimitación negativa: no podrá consistir en la entrega de un porcentaje de las cuotas del Régimen General, ni entrañar en forma alguna, sustitución en la función gestora encomendada a aquellas entidades.

Con carácter especial, el artículo 104 dispone en su apartado 3°, dentro de la Sección dedicada a las *"prestaciones médicas y farmacéuticas"*[23], que la asistencia en régimen de internado, se hará efectiva en las Instituciones de la Seguridad Social o mediante concierto. Estos se regularán reglamentariamente.

En los mismos términos del artículo 209 que acabamos de ver, se expresa el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su artículo 199, bajo la rúbrica "Gestión". La Disposición Derogatoria de dicha Ley dispone la derogación de la LGSS de 1974, con la excepción expresa de una serie de preceptos de la misma, entre los que se encuentra el artículo 104 anteriormente citado. Vemos por tanto, como a este respecto, nada ha cambiado.

El mandato legal de proceder al desarrollo reglamentario, se llevó a cabo en 1980, y de una forma un tanto irregular, por una Resolución de 11 de abril, de la Secretaría de Estado para la Sanidad, que regula la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social prestada en centros ajenos.

Es importante resaltar de dicha regulación, el carácter subsidiario y complementario que el concierto sanitario habría de tener, con respecto a las prestaciones de servicios y actividades sanitarias desarrolladas directamente por la Seguridad Social (art. 1°). Asimismo, se concede prioridad, en igualdad de condiciones, a los centros del sector público y a los del sector privado no lucrativo (art. 1°), de lo que puede deducirse que es susceptible de ser suscrito tanto con centros públicos como privados.

Con anterioridad al concierto es necesario que el centro esté calificado de acuerdo a una serie de parámetros que en la Resolución se determinan (art. 4.a). A esta calificación se asimila la homologación que la LGS exige en su art. 90. 4, también con carácter previo al concierto.

Por último, las condiciones económicas han de establecerse a partir de ese momento por un sistema de tarifas para cada grupo, nivel y prestación (art. 4.b), con lo que se puso fin a la diversidad de tarifas hasta entonces existente[24].

6. CONCIERTOS "ESPECIALES": CONVENIO SINGULAR, CONCIERTO SINGULAR Y CONCIERTO SINGULAR SUSTITUTORIO

6. 1 El convenio singular en la LGS.

6.1.1 *Caracteres Generales.*

Con carácter no básico la LGS establece en sus arts. 66 Y 67 una fórmula para vincular a la Red Pública aquellos hospitales del sector privado que lo soliciten: los convenios singulares.

Vamos a extraer de su regulación las notas más importantes para proceder a su análisis.

La Ley dispone que los hospitales generales del sector privado que lo soliciten, sean vinculados al Sistema Nacional de Salud de acuerdo con un protocolo definido, siempre que por sus características técnicas sean homologables, cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y si las disponibilida-

[23] Sobre prestaciones sanitarias, puede verse: José Luis Villar Palasí, "Prestaciones sanitarias: Catálogos. Problema de su configuración normativa", en *III Congreso Derecho y Salud*, ramplona, 1994, págs. 125-184.

[24] Pilar con Cuota "El Concierto Sanitario en España", Revista de Seguridad Social, n° 6, abril-junio, 1980, pág. 200. Dice al respecto: *"El análisis por regiones pone de relieve las divergencias de precios por día de hospitalización existentes.* (oo.) *Esta dispersión de precios para un mismo servicio según provincias o regiones no queda explicada por variables tales como índice provincial de precios o condiciones de insularidad o difícil acceso, en su caso, que podrían aparentemente hacer variar los costes, ya que dentro de una misma provincia existen también diversas tarifas según centros* (SIC) *de características similares.*

des económicas del sector público lo permiten (art. 66.1). Estos protocolos serán objeto de revisión periódica (art. 66.2).

El instrumento previsto para llevar a cabo tal vinculación, será el **convenio singular** (art. 67.1) Y en él se establecerán los derechos y obligaciones recíprocas, así como las demás condiciones de prestación de la asistencia sanitaria (art. 67.2), asegurando en cualquier caso, que la atención sanitaria prestada por estos hospitales a los usuarios del sistema sanitario, se imparta en condiciones de gratuidad (art. 67.3). Los centros así vinculados a la red pública, quedarán sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos (art. 67.5). También su régimen de jornada se ajustará al de los hospitales públicos de análoga naturaleza en el correspondiente ámbito territorial (art. 67.2).

6.1.2 *Naturaleza jurídica*

Son varios los presupuestos que han de concurrir para que la vinculación de un hospital privado a la red pública se produzca: ha de ser homologado conforme a un protocolo previamente definido, estar justificado por las necesidades asistenciales, existir disponibilidad económica que lo permita, y por último, debe suscribirse un convenio.

Sólo cuando los cuatro concurran (técnico, asistencial, económico y contractual), podremos decir que conforme a la regulación de la LGS, el centro ya forma parte de la red pública de hospitales.

En cuanto al protocolo, los términos en que se halla redactado el 66.1 nos hacen pensar que se trata, sencillamente, de una reglamentación previa al convenio por la que quedarán establecidas las características técnicas que habrán de tener los centros que pretendan acceder a la vinculación con la red pública. Podríamos asimilar esta parte a la regulación que la Resolución de 11 de abril de 1980 lleva a cabo, tendente a la calificación de centros que pretendan acceder al concierto. La resolución por la que el centro queda clasificado en un determinado grupo o nivel será la homologación[25], el equivalente a la clasificación exigida al contratista en la legislación de contratos de las Administraciones públicas (art. 15 Y 25 de la Ley 13/1995)[26].

Estimamos que es conveniente fijar de antemano las necesidades asistenciales que lo justifican. Así por ejemplo, podrían establecerse una serie de indicadores en la línea de % de ocupación de camas, plazo medio de listas de espera, etc. De esta forma se estaría dotando de objetividad la decisión de la Administración.

Nada que decir respecto al tercer presupuesto, ya que es evidente que estará supeditado a la disponibilidad económica de la Administración.

Y por último, el convenio (art. 67.2), Dice la Ley, que establecerá los derechos y obligaciones recíprocas en cuanto a duración, prórroga, suspensión temporal, extinción definitiva del mismo, régimen económico, números de camas hospitalarias y demás condiciones de prestación de la asistencia sanitaria.

Su contenido es claro al respecto: establecerá los derechos y obligaciones recíprocas. Por sí sola, la existencia de obligaciones para ambas partes (Administración sanitaria y hospital vinculado), no significa que la relación entre ellos haya de ser contractual, lo que sí le da tal carácter es esa reciprocidad, el sinalagma, la facultad que éste otorga a las partes de compelerse mutuamente al cumplimiento, y que está por encima de la bilateralidad, de la igualdad de las partes, de la discusión y debate del contenido del contrato o la propia autonomía de la voluntad[27].

Ese contenido del convenio supone la integración de la voluntad de las partes, la "lex contractus", y en él se fijarán de común acuerdo las actividades y servicios a prestar por el centro, el régimen económico, la suspensión temporal. En este sentido, el hecho de que en el convenio pueda reguIarse la suspensión, e incluso establecerse una indemnización para ese supuesto, juega a favor de su carácter contractual[28].

Dos razones más avalan esta tesis[29]: 1) que el objeto del convenio es la prestación de asistencia sanitaria por una persona privada que ya venía realizando dichas prestaciones. En nada se diferencia, pues, de la noción de concierto como modalidad de contrato de gestión indirecta de servicios públicos. 2) que el contratista no puede renunciar al convenio. La LGS enumera una serie de causas por las que la Administración puede denunciar el contrato, pero ninguna que permita hacerlo al particular. Al tratarse de un servicio público, se garantiza de esta forma su continuidad y regularidad.

---

[25] Para Ángel Menéndez Rexach, sin embargo, esta resolución, que lo que hace es constatar que se cumplen las condiciones establecidas en el protocolo, es el convenio singular. Para él esta figura no tiene carácter contractual, se trata de resoluciones administrativas necesitadas de aceptación. "Las fórmillas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario.", en *III Congreso Derecho y Salud*, Pamplona, 1994, pág. 89.

[26] Sobre la naturaleza contractual del convenio singular, ver: Francisco J. Villar Rojas, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 103-106. Sin embargo, no estamos de acuerdo en que consecuencia de la homologación, será la inclusión del centro en la red pública (pág. 105), pues entendemos que previamente habrá de suscribirse el convenio singular.

[27] Alfredo Gallego Anabitarte, "La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la Resolución y contrato Administrativo", en *Libro homenaje al pro! Juan Galán Escrita*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, págs. 205- 206 y 240.

[28] Ibídem, pág. 206.

[29] Francisco Villar Rojas, *La responsabilidad...*, cit. págs. 105-106.

6.2 Concierto singular y concierto singular sustitutorio

Sobre la base del Convenio Singular de la LGS, la Orden de 12 de mayo de 1989, por la que se establecen las normas para la revisión de las condiciones económicas aplicables a la prestación de asistencia sanitaria concertada por el Instituto Nacional de la Salud, delimitó la figura del Concierto Singular. De su contenido podemos extraer las siguientes características:

Podrán suscribirse con entidades públicas o benéfico-privadas. Así lo establece la Orden de 12 de mayo de 1989, al configurarlo por primera vez, y lo mantiene la Orden de 31 de julio de 1990. Más tarde, la Orden de 29 de junio de 1993 posibilita ya que el concierto singular se suscriba también con centros privados, tengan o no ánimo de lucro.

Tenderán al establecimiento de un régimen de funcionamiento programado y plenamente coordinado con el de los centros sanitarios públicos en el marco de una planificación sectorial (art. 5.1), quedando fijada su duración máxima en 5 años (art. 5.4)

Los requisitos técnico-sanitarios concernientes a cada proyecto de concierto singular serán determinados por la Dirección General de programación económica-financiera basada en una propuesta motivada del Instituto Nacional de la Salud (art. 5.2) y las condiciones económicas se establecerán en base a módulos de coste efectivo por las prestaciones y servicios concertados (5.3)

Por otro lado, el art. 2.2 de la Orden de 29 de junio de 1993 establece que tendrán carácter sustitutorio los centros que bajo ese régimen de concierto singular" *constituyen una alternativa al dispositivo asistencial del Instituto Nacional de la Salud"; añadiendo* que *"el régimen de estos conciertos sustitutorios se fijará en un contrato programa de carácter anual que se incorporará mediante cláusula adicional al concierto vigente.* "

> En estos contratos programa se especificará:
>
> el área o población asignada al centro,
>
> los tipos de servicios a prestar por el Hospital,
>
> la oferta asistencial,
>
> la actividad pactada y el techo de financiación.

Podrán, además, recoger las prestaciones complementarias que se consideren necesarias para otras áreas o zonas distintas de la asignada al hospital concertado. La terminología utilizada por el art. 2.2 nos hace pensar que los primeros son contenido esencial *("se especificarán")* que deberá constar siempre, lo cual, evidentemente no será así con las prestaciones complementarias.

Pues bien, el contrato que estudiamos podemos decir que se ajusta a dicha normativa: en él consta la población asignada al Hospital Universitario de Canarias, las prestaciones complementarias, oferta asistencial y actividad, financiación y reintegro de gastos[31], así como la evaluación y cumplimiento del contrato su vigencia, renuncia y extinción[32].

---

[30] Por el contrario, la normativa catalana en esta materia, en la que podemos encontrar el antecedente del convenio singular de la LOS, permiten al centro solicitar su exclusión de la red, siempre que lo haga con una antelación de seis meses. El Decreto 202 /1985, de 15 de julio, contempla por primera vez en el mapa sanitario español, la integración de los centros privados en la red hospitalaria de utilización pública. En su art. 4 establece que la integración en la red solo procederá en aquellos supuestos en que el centro hospitalario disfrute de la correspondiente acreditación y establezca un convenio con el Instituto Catalán de la Salud para la prestación de la asistencia sanitaria a los beneficiarios de la S.S. El régimen de publificación al que quedan sometidos los centros integrados. es prácticamente el mismo al que posteriormente marca la LGS.

Por Orden de 24 de abril de 1986, se establece el procedimiento para la inclusión, exclusión y clasificación de niveles de los centros hospitalarios de la red de utilización pública, disponiendo en su artículo 2°, que la integración en la red solo procederá cuando el centro hospitalario cumpla con los requisitos previstos en ello párrafo del art. 4 del Decreto 202/1985, y que para dejar de pertenecer a ella, solo tiene que solicitarlo con una antelación de seis meses. No se establece por tanto, duración del convenio. De dicha Orden parece deducirse, que cumplido el requisito de homologación y suscrito el pertinente convenio, la integración se llevará a efecto mediante una resolución, lo cual no significa que el convenio en cuestión no tenga carácter contractual. De hecho, la Orden de 30 de junio de 1992, hoy parcialmente derogada, se refería a estos convenios como "contratos de gestión de servicios en régimen de concierto" (arts. 1 y 2.a). Sin embargo, con posterioridad, si bien en la Ley 11/1995, de 29 de septiembre, que modifica la Ley de Ordenación Sanitaria, establece en su articulo 8 que: " *Tomando como marco de referencia la legislación sobre contratos de las administraciones públicas, el Consejo Ejecutivo debe regular mediante Decreto los requisitos. alcance procedimiento y sistemas de selección para el establecimiento de los contratos de gestión de servicios sanitarios y sociosanitarios en régimen de concierto, que deben ajustarse con carácter general a los principios de publicidad y concurrencia, teniendo en cuenta las previsiones del Plan de Salud de Cataluña y las normas específicas de ordenación de dichos servicios.* ", al proceder al desarrollo reglamentario por Decreto 169/1996, no incluye los convenios establecidos con hospitales integrados en la red hospitalaria de utilización pública. dentro de los contratos de gestión de servicios sanitarios.

[31] V. pág. 4 de este trabajo.

[32] *Estipulación Duodécima: extinción*

"La entrada en vigor de este contrato programa determinará la extinción del concierto singular suscrito entre el Cabildo Insular de Tenerife y el Instituto Nacional de la Salud de fecha 6 de Octubre de 1989,y su cláusula adicional V, de 10 de diciembre de 1993, por la que se prorrogaba el anterior."

Ahora bien, el art. 2.2 de la Orden de 29 de Julio de 1993 dice textualmente:"...El régimen de estos convenios sustitutorios se fijará en un contrato programa de carácter anual, que se incorporará mediante cláusula adicional al concierto vigente...". Por tanto, si la estipulación duodécima declara extinguido el Concierto singular ¿debemos entender entonces que el contrato programa en cuestión no es una mera cláusula adicional, sino que viene a sustituir a dicho concierto?, ¿Puede declarar extinguido un concierto al que teóricamente debe ser incorporado?, ¿Cambia su naturaleza jurídica si lo consideramos parte del concierto singular o independientemente?

6.3 Estudio comparativo

Si comparamos las figuras que acabamos de describir podremos agruparlas en dos bloques:

A) Por un lado, el concierto que configura la Resolución de 11 de abril de 1980 podría ser la base del que define posteriormente el art. 90 de la LGS. Ambos otorgan al concierto esa nota de subsidiariedad que lo caracterizó en sus orígenes (RSCL) y que más tarde se perdió en la legislación de contratos: solamente se podrá recurrir al concierto cuando la Administración pública haya sacado todo el partido posible de sus recursos sanitarios propios. En ambos casos se otorga prioridad en igualdad de condiciones a los centros privados de carácter no lucrativo y en ambos casos también es preceptivo que el centro se encuentre calificado de acuerdo a unos determinados parámetros que la Resolución de 1980 establece, o ser previamente homologados de acuerdo con un protocolo definido por la Administración, en el caso del concierto del art. 90 de la LGS.

B) Por otro lado, la LGS hace referencia a un tipo de vinculación más fuerte: el convenio singular.

La diferencia entre conciertos y convenios singulares es una cuestión de grado[33].

En la línea de los convenios singulares, la Orden de 12 de mayo de 1989 al configurar los conciertos singulares los concibe "en orden al establecimiento programado y plenamente coordinado con el de los centros sanitarios públicos en el marco de una planificación sectorial" (Art. 5.1). En este sentido, parece que más bien lo que se pretende es vincular a estos centros a la Red hospitalaria pública, no de forma más o menos esporádica y para solucionar su falta de medios en la prestación de determinados servicios, sino que se trata de una vinculación más fuerte: su funcionamiento ha de ser plenamente coordinado con el de los centros públicos. Es más, la Orden de 29 de junio de 1993 les atribuye carácter sustitutorio cuando bajo ese régimen de concierto singular *"constituyan una alternativa al dispositivo asistencial del Instituto Nacional de la Salud"* (art. 2.2).

No podemos estamos refiriendo a meros conciertos cuando, la asistencia que estos centros van a prestar a un área o grupo de población asignada, va a ser exactamente la misma que la prestada a otras áreas o sectores por los hospitales de la Red Pública. El principio de igualdad no sería efectivo si no se sometiesen estos hospitales a los mismos controles económicos, administrativos y sanitarios y a las mismas inspecciones que los hospitales públicos. Todo el hospital y toda su actividad, no solamente *"...sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración Pública"* (art. 94.2 de la LGS), como se llevaría a cabo en el concierto.

En resumen, nos encontramos con que en la legislación sanitaria se abren dos vías para regular la colaboración de los particulares en la prestación de los servicios sanitarios: por un lado la LGS y las respectivas leyes autonómicas de ordenación sanitaria de las CCAA, y por otro, la regulación que hace al respecto la LGSS y su desarrollo reglamentario. La única diferencia apreciable es que mientras la normativa de Seguridad Social permite su utilización para suscribir acuerdos tanto con centros privados como públicos, la de la LGS los circunscribe a la actividad sanitaria privada[34].

En el intento de buscar a este hecho una explicación lógica creemos haberla hallado en el contexto que rodea una y otra normativa:

Como es conocido, la LGS establece que en cada comunidad autónoma se constituirá un servicio de salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos tanto de la comunidad autónoma como de cualquier otra Administración intracomunitaria, gestionado bajo la responsabilidad de la respectiva comunidad autónoma (Art. 50.1), Y prevé para dicha integración o adscripción otro tipo de instrumento dis-

---

[33] En este sentido, para Villar Rojas *"la diferencia entre uno y otro estriba en el mayor grado de publificación de la actividad de los hospitales vinculados* ", en "La ordenación sanitaria en Canarias: Aspectos jurídicos", comunicación presentada en el ID Congreso Derecho y Salud, 1994, Inédito. Menéndez Rexach habla de *"conciertos generales"* y *"conciertos especificas"*, en "Las fórmulas de gestión indirecta..." cit., pág. 91. También M. Alarcón Caracuel, "Iniciativa privada y gestión de la sanidad pública", en Tribuna Social n° 30, junio de 1993, pág. 11.

[34] En la normativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, tenemos un ejemplo de cómo ambas han llegado a confundirse: Por un lado, la Ley 11/1994, de 26 de julio de Ordenación Sanitaria de Canarias, se contradice al regular la Red Hospitalaria de Utilización Pública en sus artículos 94.2 y 96.2. En el primero de ellos dice que "en virtud de concierto podrán incluirse en la red los centros y establecimientos hospitalarios de las entidades privadas...". El art. 96.2 establece que la inclusión en la Red se realizará mediante convenios singulares. En dos artículos diferentes utiliza distinta terminología para hablar de la misma figura.

De su estudio detenido, VILLAR ROJAS (La Ordenación Sanitaria en Canarias: Aspectos Jurídicos... cit.), llega a la conclusión de que son verdaderos convenios singulares del art. 67 de la LGS y no conciertos, figura ésta más acorde con los convenios que se contemplan en el art. 99, que podrán suscribirse con servicios y hospitales que no pertenezcan a la Red Pública.

Por otro lado, la Orden de 25 de septiembre de 1995, para la revisión de las condiciones económicas aplicables a la prestación de asistencia sanitaria concertada con entidades públicas y privadas para 1995, no conforme con establecer dichas normas de revisión de tarifas para los conciertos suscritos al amparo de la normativa estatal de Seguridad Social, y en las que la Comunidad Autónoma Canaria quedaba subrogada en virtud del RD. 446/1994 de 11 de mayo por el que se traspasan a la Comunidad Autónoma las funciones y servicios del INSALUD, dicha Orden reproduce en su artículo 2 la regulación del Concierto Singular y del Concierto Singular Sustitutorio. Pero además el último párrafo del art. 2.1 de la Orden de referencia, establece que la formalización de estos conciertos se ajustará a las normas, condiciones generales y requisitos específicos contenidos en la LOSC.

Cuatro son las figuras existentes en este ámbito en la actualidad: el Convenio Singular (art. 94.2 LOSC), el Concierto (art.96.2 LOSC), el Concierto Singular (art.2.1 de la Orden de 25.09.95), y el Concierto Singular Sustitutorio (art. 2.2 de la Orden de 25.09.95), sin que quede claro cuales son las diferencias entre unos y otros.

tinto del concierto o del convenio singular (Disposición Transitoria la). De acuerdo con dicha disposición transitoria una vez constituido el servicio de salud de la comunidad autónoma se establecerá de común acuerdo un proceso de transferencias de los centros de titularidad pública. Desde ese instante, dice también, "las comunidades autónomas financiarán con sus propios presupuestos el coste efectivo de los establecimientos y servicios que quedan adscritos a los servicios de salud".

Esto, sin embargo, no será realidad hasta tanto entre en vigor el régimen definitivo de financiación de las CCAA. Hasta entonces, las Corporaciones locales contribuirán a la financiación de los Servicios de Salud en una cantidad igual a la asignada en sus presupuestos que se actualizará anualmente, para la financiación de los establecimientos adscritos funcionalmente a dichos servicios.

Esta integración o adscripción, ha mostrado una gran complejidad y un sin número de problemas, que ni siquiera la Ley 37/1989, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 creando un fondo destinado a la financiación de los hospitales no psiquiátricos de las CCAA uniprovinciales, Diputaciones Provinciales y Cabildos Insulares, ha logrado solucionar[35]. Las disputas continúan, y las distintas administraciones territoriales no se ponen de acuerdo. Esto fue algo que el legislador estatal no tuvo en cuenta a la hora de lograr la tan ansiada integración.

En cuanto a la pervivencia de los dos regímenes normativos, tiene su explicación en la paralización del proceso de descentralización[36], y la previsión de la Disposición Transitoria 3ª.l: mientras haya CCAA que no puedan acceder a las competencias en materia de Seguridad Social, seguirá subsistiendo el INSALUD, y será este órgano gestor quien siga concertando con los centros y servicios públicos y privados necesarios, de conformidad con la normativa derivada de la LGSS.

En el caso que nos ocupa, la Comunidad Autónoma Canaria, en la fecha en que tuvo lugar la firma del contrato programa, si bien había recibido ya las transferencias de servicios del Insalud[37], aún no tenía en funcionamiento su servicio de salud.

Por este motivo, los centros de titularidad pública pertenecientes a otras administraciones no pueden estar integrados ni adscritos. Como, por otro lado, es preciso contar con ellos para la prestación de la asistencia sanitaria a los usuarios del sistema sanitario público, debido a la insuficiencia de los centros y servicios transferidos por el INSALUD, no habrá tampoco inconveniente para que, con base en la normativa anteriormente citada, la Comunidad Autónoma Canaria concierte o prorrogue los conciertos ya suscritos con centros de titularidad pública, como es el supuesto ante el que nos encontramos.

En resumen, podemos decir que la razón por la que la LGS no contempla la posibilidad de concertar o vincular mediante convenios singulares centros y servicios de titularidad pública, está en que los acuerdos que dicha ley instrumenta, están diseñados para recurrir a ellos con posterioridad a la constitución de los distintos servicios de salud de las CCAA, y, a partir de ese momento, dichos centros formarán parte de la red pública, aunque ya dijimos que el legislador, en su afán de poner fin a la desarticulación total heredada de sistemas anteriores, obvió las dificultades que su diseño de integración y adscripción pudiera generar.

7.- RÉGIMEN JURÍDICO

Antes de proceder a exponer el régimen jurídico aplicable al convenio suscrito entre el HECIT y la Comunidad Autónoma Canaria creemos conveniente recordar algunas ideas:

En el apartado 6.2 concluíamos que, efectivamente, dicho acuerdo reunía todos los requisitos exigidos para ser un concierto singular sustitutorio, pero a la vez nos planteábamos la cuestión de la posibilidad de su existencia aún sin el concierto singular de 1989. al cual declaraba extinguido.

Pues bien, independientemente de que nazca como sustitutorio del concierto singular del año 1989, y de que por 'ese motivo sea llamado (incorrectamente) contrato programa, podremos concluir que tiene validez por si mismo y que este solo documento es también un concierto singular sustitutorio, ya que nada lo prohibe, si al compararlo con la normativa establecida en la Orden de 12 de mayo de 1989 comprobásemos que se ajusta a ella, como así sucede:

Tiende al establecimiento de un régimen de funcionamiento programado y plenamente coordinado con el de los centros públicos (art. 5.1 de la Orden de 1990 y estipulaciones 2ª y 4ª del acuerdo estudiado).

Las condiciones económicas se establecen en base a módulos de coste efectivos por las prestaciones y servicios concertados (art, 5.2 de la Orden de 1990, estipulación 8a y anexo IV del acuerdo).

Su duración es inferior a 5 años (art. 4 de la Orden de 1990 y estipulación 11ª del acuerdo).

Por otro lado, en el apartado 6.3, al reconducir a dos bloques todas las figuras estudiadas, veíamos como el concierto singular sustitutorio y el convenio singular eran la misma figura aplicada en contextos diferentes. Basábamos tal afirmación fundamentalmente en ese mayor control al que son sometidos

---

[35] José Luis Villar Palasí, "Prestaciones sanitarias: Catálogo, problemas de su configuración normativa", en III Congreso Derecho y Salud, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1994, pág, 155.

[36] Santiago Muñoz Machado, "Los pactos autonómicos de 1992: la ampliación de competencias y la reforma de los Estatutos", en RAP n° 128, 1992, págs, 88-89,

[37] Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Canarias de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

los centros, en comparación con los concertados. Así sucede en el acuerdo en cuestión, donde, si bien se respeta el principio de subsidiariedad, tal y como es característico en el concierto, dado que el motivo del acuerdo es precisamente que los dispositivos asistenciales de la Comunidad Autónoma no son suficientes para atender toda la demanda, sin embargo el control a que se le somete excede de la mera *"inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración Pública"* que establece para el concierto el art. 94.2 de la LGS.

En efecto, de las estipulaciones del contrato resulta: 1) que el centro deberá someterse a las directrices que sobre coordinación de recurso sanitarios, dicte la Consejería competente (10.2) y, 2) que la Consejería de Sanidad tendrá acceso a cualquier documento de carácter clínico, contable, financiero, legal o contractual que pueda afectar a la buena marcha en el funcionamiento del Hospital y del contrato, facilitándose cualquier actividad inspectora que la Consejería pudiera determinar (10.3).

Con base en todo esto, podemos concluir que el contrato programa suscrito por el Gobierno de Canarias y el HECIT el 3 agosto de 1994 puede ser calificado como **concierto singular sustitutorio**.

Llegados a este punto, dada la similitud establecida entre su naturaleza jurídica y la del convenio singular de la LGS, habiéndonos pronunciado sobre el carácter contractual de dicho convenio[38], podemos concluir que el régimen jurídico aplicable al acuerdo estudiado está contenido en primer lugar, en las Órdenes de 12 de mayo de 1989, 29 de junio de 1993, y la Orden de la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Canarias, de 25 de septiembre de 1995. En su defecto, será aplicable lo dispuesto en los artículos 66 a 69 de la LGS para los convenios singulares. Y por último, lo previsto en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas en especial sus artículos 155 a 171, referentes al contrato de Gestión de Servicios Públicos[39] y [40].

8.- CONCLUSIONES

Podemos concluir, pues, que el acuerdo suscrito entre el Gobierno de Canarias y el Organismo autónomo HECIT para 1994 no es, pese a su nombre un autentico contrato- programa, sino un concierto singular sustitutorio.

Dicha figura se establece a imagen y semejanza del convenio singular que la LGS prevé para vincular a la red publica los centros de titularidad privada, pero para recurrir a él cuando aún no haya sido creado el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma. Por esa razón puede suscribirse tanto con centros públicos como privados. Sin embargo una vez creado este, el instrumento adecuado para regular las relaciones con los centros asistenciales de las Entidades Locales, ha de ser el convenio interadministrativo de integración o adscripción a que hace referencia con carácter básico la LGS.

Tanto el Concierto Singular Sustitutorio, como el Convenio Singular, tienen naturaleza contractual, por lo que el régimen jurídico aplicable al convenio estudiado será: 1) lo previsto en las Órdenes del Ministerio de Sanidad de 12 de mayo de 1989,29 de junio de 1993 y la Orden de la Consejería de Sanidad y consumo, del Gobierno de Canarias de 25 de septiembre de 1995, 2) el que la LGS establece para el convenio singular y 3) el previsto en la legislación general para el contrato de gestión de servicios públicos.

Como conclusión última, podemos decir que toda esta diversidad de figuras que nos encontramos al hablar de colaboración de los particulares en la prestación de asistencia sanitaria, puede ser reconducida a una sola dentro de la contratación administrativa: el concierto, regulado en los artículos155 a 171 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos para las Administraciones Públicas, como fórmula de gestión indirecta de servicios públicos.

---

[38] Epígrafes 6.1.2 y 6.3 de este trabajo.

[39] En este sentido, algunas Comunidades Autónomas han empezado a reflejado así en su normativa territorial. Ejemplo de ello podemos encontrarlo en el artículo 13 del Decreto 165/1995, de 4 de julio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía:

"Los Convenios Singulares de Vinculación se regirán por sus propias normas con carácter preferente y por lo dispuesto en la Ley 14/1986, *de* 25 *de abril General de Sanidad, siéndoles de aplicación lo previsto en la normativa vigente de contratación administrativa.* "

Así, el artículo 14 con relación al concierto:

"Los conciertos Sanitarios se regularán por lo dispuesto en la Ley General de Sanidad y en la normativa vigente de contratación administrativa."

[40] Ya finalizado este trabajo, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, publicada en el BOE n° 315, de 31 de diciembre, ha venido a modificar el artículo 199 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y el artículo 160 de la Ley 13/1995, de 13 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en los siguientes términos:

"Artículo 72. Conciertos.

Uno. Los conciertos a los que se refiere el artículo 199 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, que suscriba el INSALUD, no precisarán la autorización del departamento ministerial, y les serán de aplicación a los efectos del citado artículo lo establecido en la Ley 13/1995. de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.

Dos. Se añade una nueva letra al artículo 160, apartado 2 de la Ley 13/1995, de 13 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en los siguientes términos:

«f) Los relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertada con medios ajenos, derivados de un convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que este último haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley.» (El subrayado es nuestro).

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, Manuel R.: "Iniciativa Privada y Gestión de la sanidad Pública", en Tribuna Social, n° 30, junio, 1993, pág. 7 y ss.

ÁLVAREZ-GENDÍN y BLANCO, Sabino: "Régimen Administrativo de la Sanidad" en Estudios Homenaje al Profesor López Rodó, Vol. n, Madrid, 1972. Págs. 419-440.

BEATO ESPEJO, Manuel: "El Sistema Sanitario Español: Su configuración en la Ley General de Sanidad". RAP n° 19 y 20,1989, págs.: 379418 Y 381- 400 respectivamente.

BELTRAN AGUIRRE, Juan Luis: "La competencia de las entidades locales de Navarra en materia de sanidad", en *Revista Jurídica de Navarra*, n° 2, 1986.

BORRAJO INIESTA, Ignacio: "La huida hacia fórmulas de derecho privado en la prestación de Servicios Sanitarios: la supuesta crisis del Derecho Administrativo", ID Congreso Derecho y Salud, Pamplona, 1995, págs. 95-119.

CAMPO SAINZ DE ROJAS, J.: "La metodología de los contratos programa", en Presupuesto y Gasto Público, n° 1, 1979, págs. 77-84.

COLL CUOTA, Pilar: "Conciertos en materia de asistencia sanitaria", Revista de Seguridad Social, n° 6, abril-junio, 1980. Págs. 185-211.

ENTRENA CUESTA, Rafael: "Consideraciones sobre la Teoría General de los contratos de la Administración", RAP n° 24,1957, págs. 39-75.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: "La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración. Contribución a la distinción entre la resolución y el contrato administrativo." en *Libro homenaje al prof Juan Galván Escuria,* Universidad de Valencia, Valencia, 1980, págs. 191 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ,T.R.: *Curso de Derecho Administrativo, l,* civitas, 6ª edición, Madrid, 1993.

GAUDUMET, Paul Marie: "El control financiero de las empresas públicas", en Presupuesto y Gasto Público, n° 8, 1980, págs. 265-279.

JIMENEZ DE CISNEROS CID, F. J.: *Los Organismos Autónomos en el Derecho Público español: tipología* y *régimen jurídico",* INAP, Madrid, 1987,565 págs.

LLISET BORREL, Francisco: "Los convenios interadministrativos de los entes locales", REDA n° 67,1990, págs. 389-399.

MANRIQUE LÓPEZ, Fernando: "Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986. la Parte", en *Derecho Médico,* (Coordinado por Martínez Ca1cerrada) Vol. 1, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 851 - 880.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel: "Las fórmulas de gestión indirecta de los servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario." en AA VV, *Lo gestión de servicios sanitarios: modelos alternativos,* Tercer Congreso Derecho y Salud, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1994, págs. 73-93.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: *La formación* y *la crisis de los servicios sanitarios públicos,* Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1995, 176 págs.

-"La organización de los sistemas de salud (La integración, la reforma y la crisis de los servicios sanitarios)" en I Congreso *Derecho* y *Salud,* Madrid, 1993, págs. 35-95.

-*"La Sanidad pública en España",* IEA, 1975.

-"Los pactos autonómicos de 1992: la ampliación de competencias y la reforma de los estatutos". RAP ,n° 128, 1992.

PANIZO GARCÍA, Antonio: "Régimen Jurídico de los convenios de colaboración" en La Ley, n° 3895, Madrid, 24.10.1995.

SOSA WAGNER, Francisco: "La autonomía municipal" en RAP n° 100102, 1983, Págs. 2239-2253.

VILLAR ROJAS, Francisco J.: "La ordenación sanitaria en Canarias: aspectos competenciales.", en Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1993, págs. 1055-1075.

-"La ordenación sanitaria en Canarias: aspectos jurídicos", Comunicación presentada en el 3° Congreso Derecho y Salud, Pamplona 16-18 de noviembre de 1994, (sin publicar).

- La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: Fundamentos y límites, Praxis S.A., Barcelona, 1996,226 págs.

ZORRILLA RUIZ, Manuel Mª: "Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986. 2a Parte", en *Derecho Mldico,* (Coordinado por Martínez Calcerrada) Vol. 1, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 880-886.

ABREVIATURAS:

CCAA: Comunidades autónomas.

HECIT: Hospitales del Exmo. Cabildo Insular de Tenerife.

HUC: Hospital Universitario de Canarias.

INSALUD: Instituto Nacional de la Salud.

LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local.

LCAP: Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de contratos de las Administraciones Públicas.

LCE: Ley de Contratos del Estado. Texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril.

LGS: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

LGP: Ley General Presupuestaria. Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

LOSC: Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

RSCL: Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Decreto de 17 de junio de 1955.

PROBLEMAS MEDICO-LEGALES DE LAS INFECCIONES POSTRANSFUSIONALES POR EL VIRUS DE LA HEPATITIS C

Luisa Bernad Pérez
Profesora de Medicina Legal
Universidad de Zaragoza

1.- INTRODUCCIÓN

La identificación del virus de la Hepatitis A y B se efectuó entre los años 1.968 a 1.975. Por la misma época se comienza a introducir un término, el de la Hepatitis no A no B, diagnóstico al cual se llegaba a través de la exclusión, es decir, por eliminación de otra serie de virus cuya afectación era primordialmente hepática: virus de la Hepatitis A, B, citomegalovirus y virus de Epstein Barr.

El Instituto Nacional de la Salud de Estados Unidos elaboró un panel de sueros infecciosos bien caracterizados, frente al que se probaron todos los virus candidatos a ser el agente responsable de las Hepatitis no A no B[1], sin resultados positivos, al no ser las técnicas virológicas suficientemente sensibles.

Fueron necesarios varios años de esfuerzos para llegar a determinar el principal causante de este tipo de Hepatitis denominadas no A no B, y fue, concretamente, en el año 1.989 cuando Michael Hounghton y sus colaboradores y en base a estudios de biología molecular permitieron el clonaje de virus C de la hepatitis y el desarrollo de un test diagnóstico de anticuerpos.

El hallazgo de test de detección de anticuerpo s anti-VHC invalidó los test previamente propuestos para la determinación de las hepatitis no A no B[2].

2.- EPIDEMIOLOGÍA

La aparición de un test (ELISA) permitió detectar la prevalencia de los sujetos seropositivos en los diferentes grupos de población. Dichos test fueron posteriormente mejorados por la utilización de test de segunda generación, que serán descritos ulteriormente.

Existen tres zonas de prevalencia de anticuerpo s de la Hepatitis C en el mundo:

Una zona en la que la prevalencia es baja (0,5%): Dinamarca, Suiza, Canadá y Australia[3]. Una zona donde la prevalencia es superior al 1 % y que abarca el Este y el Sur de Europa, Japón y algunos países en vías de desarrollo, y países que, como Francia, se hallarían en una zona intermedia, con una prevalencia el 0,68%[4].

En países del África del Sur la prevalencia entre la población negra es alta (3,8)[5].

En los donantes de sangre la prevalencia de Hepatitis C según un estudio realizado, era del 0,65%, siendo más débil en Italia y en España[6]. Otros autores señalan que la incidencia es del 0,4-1,5% en Italia, Holanda y España.

La detección de anticuerpo s anti- VHC en donantes de sangre resultó ser concluyente en cuanto a que el virus de la

[1] Alter H.J., Purcell R. H., Feinstone S.M. y cols. "Non A non B hepatitis: Its relationship to cytomegalovirus, to crhonic hepatitis and to direct and indirect methods. En: Szmuness W., Alter H.J., Maynard J.F. eds. ViTal hepatitis 1.981. Intemational Symposium Philadephia. Franklyn Institute Press: 1.982: 279-294.

[2] Alter H.J. "Descartes before fue horse: I done, therefore I am: fue hepatitis C virus in current perspective". ANN. INTERN. MED., 1.991; 115: 644-649

[3] Bizollon, T; Trepo, C. "Hepatopathies dues au virus C". Enciclopedia Médico Quirúrgica. Hepatología, 7015 B50. 1.992.

[4] Janot, C; Courouce AM.; Maniez, M. "Antibodies to hepatitis C virus in french blood donors". Lancet, 1.989, 84,40-45.

[5] Tor, J.; Llibre, J.M.; Carbonell M. y cols. "Sexual transmission ofhepatitis C virus its relation with hepatitis B virus and HIV" BIt. Med. J., 1.990; 301: 1130-1133.

[6] Kraudelat P.B. "The correlation of HVC orevalence with current blood virus risk group definition". En: Proceedings of the 1° Intemational symposium Hepatitis C virus, 1.989. Rome september 14-15 th P.B. Kraudelat (ed). *Ortho Diagnostic Systems and Chiron Corps Publ.*, p. 29-41.

Hepatitis C era la causa de la mayoría de los casos de hepatitis postransfusional[7]. Ahora bien, las vías de infección son inciertas, desconociéndose actualmente en el 50% de los casos de pacientes infectados y que no presentan antecedentes de exposición determinados, cuál ha sido la vía de contagio[7].

Ciñéndonos a los grupos de riesgo, la prevalencia en drogadictos por vía parenteral es del 60-90%[8], estas cifras de porcentaje se acercan hasta las cotas más altas señaladas cuando son aplicados métodos de detección de segunda generación.

El contagio accidental mediante pinchazo supone un riesgo menor que el que implica una drogadicción parenteral, siendo este hecho interpretado por la baja concentración del VHC en suero, en lo que sería un contagio accidental, frente a la reiterada exposición al virus de los drogadictos por vía parenteral.

En los hemofílicos que han recibido concentrados de factores de coagulación, cuando se aplican test de primera generación, la prevalencia de anticuerpo s anti-VHC es del 71%, mientras que para otros autores, los anticuerpo s fueron positivos en el 60-90% o del 59-78% de los casos.

En los sujetos dializados la prevalencia encontrada fue del 30% con los test de primera generación, y del 53% con test de segunda generación[3].

La hepatitis C puede transmitirse también a través de la donación de órganos. Estos pacientes presentan un doble riesgo, uno que viene determinado por el propio trasplante, y otro por las transfusiones a las que pueden estar obligados a someterse.

Por lo que respecta a los receptores de un trasplante renal, la prevalencia de anti- VHC, en algunos estudios realizados, fue del 15%, pudiendo este hecho deberse a haber sido previamente dializados. Después del trasplante, la incidencia era del 69%, posiblemente en razón de las transfusiones realizadas antes de efectuar el trasplante para prevenir el rechazo.

Los odontólogos han sido señalados como población de riesgo de infección, presumiblemente por infección a partir de sangre o saliva de sus pacientes. En un estudio llevado a cabo en Nueva York se encontraron anticuerpo s anti- VHC en el 1,75% de un total de 456 odontólogos, comparado con el 1 % hallado en un grupo control.

3.- VÍAS DE TRANSMISIÓN DEL VIRUS DE LA HEPATITIS e

De las conclusiones confirmadas por los resultados de la serología anti- VHC se puede limitar, en parte, los mecanismos implicados en la transmisión de la enfermedad.

En el 50% de los casos el modo de transmisión de la Hepatitis C es a través de la sangre. La transmisión puede hacerse a través de inoculaciones, ya sea transfusiones, administración de derivados de la sangre, toxicomanías intravenosas, pinchazos accidentales, acupuntura, tatuajes, etc.[3].

Para algunos autores, sólo la cuarta parte de los casos que presentan infección por el virus de la Hepatitis C tienen antecedentes de transfusión sanguínea, mientras que el 50% de los pacientes infectados no tiene ningún antecedente de exposición identificado[7].

En cuanto a la transmisión sexual, ésta es menos frecuente que en el caso del virus de la Hepatitis B, sin embargo, se baraja como una de las vías alternativas de transmisión del virus de la hepatitis C.

Un estudio controlado, puso de manifiesto que aquellas personas que padecían la enfermedad, habían tenido más frecuentemente contactos sexuales o familiares con personas que habían padecido hepatitis o antecedentes personales de múltiples parejas sexuales, que aquéllos otros con parejas sexuales sin historia anterior de hepatitis, lo cual sugiere que la transmisión sexual es factible[9].

En un estudio realizado en España, el 73% de los 243 drogadictos por vía parenteral analizados tenían anticuerpos antiVHC, siendo la incidencia en sus parejas sexuales del 11 %[7], correlacionándose la presencia de anti- VHC con la infección por VIH y VHB.

Este nivel de transmisión sexual se confirmó también en parejas femeninas de varones hemofílicos[10],[11]).

En Italia fueron estudiados de forma multicéntrica 1670 miembros familiares de 578 pacientes con anti- VHC positivos, siendo la prevalencia de anti- VHC positivos más elevada en las mujeres de los afectados que en la descendencia (un 15,6% y un 2,1 % respectivamente).

[7] Sherlock, S. "Virus C de la Hepatitis: presente y futuro" HEPATOLOGÍA CLÍNICA Enero, 1.993, págs. 3-36.

[8] Esteban, J.L, Esteban, R; Viladomiu L y cols. "Hepatitis C virus antibodies amog risk groups in Spain". Lancet 1.989; 2: 249-297.

[9] Alter, M,J.; Coleman, P,J.; Alexander W,J., Kramer A; Miller, J.K.; Mandel E.; Hadler, S.C. y col. "Importance of heterosexual activity in fue transmission of hepatitis B and Non A non B hepatitis" JAMA 1.989; 262: 1201-1205.

[10] Eyster M. E., Alter H.J.; Aledrot, LM. y cols. "Heterosexual cotransmission of hepatitis C virus and Human Inmunodeficiency virus". Ann. Intern. Med. 1.991; 115: 764-768.

[11] Brettler D.B.; Mannucci, P.M., Gringeri, A y cols. "The low risk of hepatitis C virus transmission among sexual partners of hepatitis C infected hemophiliac males. An international multicenter study. Blood, 1.992; 80: 540-543.

Akahane y col. [12]en un trabajo acerca de la prevalencia de anticuerpo s frente al virus de la hepatitis C en los cónyuges de los pacientes con historia conocida de enfermedad por este virus, obtuvieron cifras de un 27%. Esta prevalencia era más elevada cuanto mayor es el período de convivencia de la pareja. Cabe destacar como dato llamativo, que el genotipo viral infectante fue idéntico en ambos miembros de la pareja en el 89% de los casos, lo que indica a criterio de los autores, que el mecanismo de adquisición de la infección es a través de la relación sexual.

Las exposiciones sexuales y los contactos familiares aparecen en al menos el 10% de las hepatitis no A no B informadas en los Estados Unidos[13].

En la literatura médica han sido descritos casos de transmisión intrafamiliar del virus de la hepatitis C[14].

La infección por VIH (virus del SIDA) puede ser un cofactor de la infección por el virus de la hepatitis C ya que la infección por dicho virus es cinco veces mayor cuando además se transmite el VIH. La inmunodeficiencia inducida por el virus del SIDA puede permitir la presencia de título suficiente de VHC como para ser infeccioso[7].

En los homosexuales la prevalencia del virus de la hepatitis C es baja (3-5%), ascendiendo en otras series al 8-12%, siendo mayor en los citados homosexuales que en los controles (4-8% frente a menos del 0,5-1 %), lo que de nuevo sugiere la posibilidad de una transmisión sexual o también, como factor importante, el papel de la coinfección por el virus del VIH (SIDA). No existen relaciones conocidas con el número de contacto sexuales o el tipo de actividad sexual practicada.

En relación con la transmisión vertical de madre a hijo, la posibilidad de contagio no es frecuente pero es posible[15]. Los datos publicados en cuanto a la transmisión vertical son controvertidos, habiéndose afirmado que el virus de la Hepatitis C se transmite con más facilidad si la madre transmite también a su hijo el virus del VIH (SIDA)[16].

Sin embargo, existe un alto porcentaje de casos, aproximadamente el 50%, en los que todavía no es clara o evidente la vía de transmisión de la hepatitis C, y así lo demuestra un estudio sobre la prevalencia de anticuerpo s anti- VHC en niños de Arabia Saudí[17]. Dicho estudio, por otra parte, bien planteado y bien ejecutado, ponía de manifiesto que la infección por el virus de la hepatitis C era tan frecuente en niños como en adultos, es decir un 1 %. Por supuesto, los niños sometidos al estudio no habían estado expuestos a transfusiones sanguíneas ni a drogadicción por vía parenteral, por lo que la pregunta que se formula es ¿de dónde o de quién han adquirido estos niños la infección por el virus del VHC?

4.- MÉTODOS DE DETECCIÓN DEL VIRUS DE LA HEPATITIS C

Anteriormente, el diagnóstico de la hepatitis no A no B se realizaba por exclusión de otras causas. La identificación del virus de la Hepatitis C permitió el desarrollo de test de primera y segunda generación cuyo objetivo es la detección en el suero de anticuerpo s anti- VHC.

El primer test diagnóstico del VHC (test de primera generación) se basó en la detección de anticuerpos frente a la proteína c100 del VHC. El test consiste en un ELISA de captura de anticuerpo.

Con la utilización de este test, se observó la presencia de anticuerpos frente al VHC en un 71-88% de las hepatitis crónicas no A no B cuya vía de transmisión era desconocida[18] [19].

Con el tiempo, y ante la indemostrabilidad en ocasiones de la existencia de anticuerpo s mediante el citado test, se puso de manifiesto la necesidad de utilizar otros más sensibles y específicos.

De esta forma, se llegó al desarrollo de nuevas pruebas de detección de anticuerpos (test de segunda generación) frente a proteínas estructurales de la nucleocápside (anti-c22) y de la envuelta (anti-S2), cuya detección es más temprana y más frecuente que cualquier otro anticuerpo frente al VHC[20, 21].

Los anticuerpo s anti-c22 y anti-c33 aparecen, frecuentemente, antes que el anti-c100 en la infección aguda, reduciendo,

---

[12] Akahane Y.; Kojima M.; Sugai Y. y cols. "Hepatitis C virus infection in spouses of patients with type C chronic liver desease". Ann. Intern. Med. 1.994; 120: 748-752.

[13] Alter M.J., Hadler, S.C, Judson, F.N. y cols. "Risk factors for acute non A non B Hepatitis in the United States and association with hepatitis C virus infection". JAMA 1.990; 264: 2231-2235.

[14] Sirchia, F., Bellobuono, A., Giovanetti A., Marconi, A. "Antibodies to hepatitis C virus in Italian blood donors". Lancet, 1.989 y 797.

[15] Bach N. Bodenheirner J. "Transmission ofhepatitis C: sexual, vertical or exc1usively blood-bome". Hepatology 1.992 Vol. 16 n° 6: 1497-1499.

[16] Thaler M.I.; Landers D.V.; Ware D.W. y col. "Vertical transmission of Hepatitis C virus detected by polyrnerasa chain reaction". Lancet 1.991; 338: 17-18.

[17] AI-Fa1eh, F.Z., Ayoola, E.A, AI-Jeffrey M., y cols. "Prevalence of antibody to hepatiits C virus among Saudi Arabian children: a comrnunity-based survey". Hepatology 1.991, 14:000.

[18] Alter H., Purcell R., Shilh, J. y cols. "Detection of antibody to hepatitis C virus in prospectively followed transfusion recipients with acute and chronic non A non B hepatitis" N. Engl. J. Med. 1.989; 321: 14941500.

[19] Hopf U., Moller, B., Kuther, D. y cols. "Long-term follow-up of posttransfusion and sporadic chronic hepatitis NANB and frecuency of circulating antibodies to hepatitis C virus". J. Hepatol. 1.990, 10; 69-76.

[20] Miyamura, T., Saito, 1,. Katayarna, T. y cols. "Detection of antibody against antigen expressed by rnoleculary c1oned hepatitis C virus cDNA: application to diagnosis and blood screening for posttransfusion hepatitis". Proc. Natl. Acad. Sci. USA 1.990; 87: 983-7.

[21] Harada, S., Watanabe, Y., Takeuchi, K. y cols. "Expression of processed core protein of hepatitis C virus in rnamalian cells" J. Virol. 1.991; 65: 3.015-21.

por tanto, el período ventana con serología negativa y facilitando un diagnóstico más temprano[7].

Cuando el despistaje con estos test es positivo, es necesario efectuar un test de confirmación (test de ABBOT y test de RIBA), de forma que se pueda validar el resultado positivo.

El RIBA de segunda generación detecta simultáneamente anti-c100-3, anti-5-l-l, anti-c33 y anti-c22.

Por las razones expuestas, el diagnóstico con test de segunda generación permite la detección de la presencia de anti- VHC en un 10-30% de los casos adicionales en la población de alto riesgo y en un mayor número de pacientes durante la fase aguda de la enfermedad.

De cualquier forma, los test de anticuerpo s de primera y segunda generación, son claramente insatisfactorios y presentan un alto riesgo de falsos positivos, por lo que para confirmar los resultados positivos que se obtienen por las técnicas ELISA de primera y segunda generación, se han desarrollado otros, ya comentados, como los Inmunoblot (test de RIBA). Dicho test contiene iguales proteínas recombinantes que los ELISA de segunda generación (c100, c33 y c22), pero unidas a bandas o tiras de nitrocelulosa que se incuban con los sueros problema y se revelan con anti-IgG humana conjugada enzimáticamente[22].

A pesar de todo, con la utilización del test RIBA, existen pacientes en los que es indemostrable la presencia de anticuerpos frente al VHC (casos indeterminados)[22] por lo que sería preferible la detección de la presencia del virus en suero e hígado[7]. La obtención de resultados indeterminados es frecuente cuando se criban poblaciones amplias de sujetos sin antecedentes de riesgo, como son los donantes de sangre[23].

Sin embargo, al existir pequeñas cantidades de antígeno viral circulante, ello supone una dificultad para la identificación del virus, dificultad que puede soslayarse con la técnica de la reacción de la polimerasa (PCR), con la que pueden detectar se, tanto en sangre como en tejidos, debido a su sensibilidad, pequeñas cantidades de moléculas virales tras amplificaciones de la muestra.

La utilización de la técnica de PCR, precisamente por su capacidad de detectar pequeñas moléculas de RNA viral (genoma viral), hace que ésta sea extraordinariamente sensible para el diagnóstico de la infección por el virus de la Hepatitis C y que indudablemente, sea el mejor factor predictivo de la infección frente a la utilización de los test de anticuerpos anti VHC[24,25], sobre todo ante aquellos casos en los que la infección por VHC sólo puede demostrarse a partir de la determinación del genoma viral, debido a que marcadores de la existencia de infección, como los anticuerpos anti- VHC son negativos[26].

Por otra parte, la positividad al RNA del virus de la Hepatitis C se produce de forma temprana, lo que supone un beneficio relevante en cuanto al diagnóstico precoz[27 ,28].

De todo lo citado se desprende que la determinación del RNA del VHC sería pues la prueba de elección para detectar a los donantes de sangre infectados por el VHC[29], sin embargo cuenta con el grave inconveniente de ser una técnica compleja, y costosa desde el punto de vista económico.

5.- PROBLEMAS MÉDICO-LEGALES EN TORNO A LAS HEPATITIS C POSTRANSFUSIONALES

El problema médico-legal fundamental que puede plantearse en relación con las Hepatitis C postransfusionales es el de la imputabilidad del daño, en este caso, la infección por el virus de la Hepatitis C, a una transfusión.

La importancia del tema radica en que el 90% de las Hepatitis postransfusionales son debidas al virus de la Hepatitis C.

La existencia de Responsabilidad deberá basarse en la demostración del daño, la presencia de una falta cometida por el profesional sanitario en el desarrollo de sus funciones y la relación de causalidad entre la falta cometida y el daño producido.

A continuación analizaremos cada uno de los elementos que deben de concurrir para que pueda hablarse de Responsabilidad.

---

[22] Castillo, 1. "Técnicas diagnósticas del virus C de la Hepatitis" Hepatología Clínica Enero de 1.993. págs. 46-56.

[23] León, P., López, J.A., Elola, C., Domingo, c., Echevarría, J.M. y cols. "Estudio de confirmación de anti- VHC y detección de genoma viral en donantes de sangre". Comunicación n° 128 al V Congreso Nacional de la SETS. Oviedo, 1.994.

[24] Garson, l.A., Tedder, RS., Briggs, M. y cols. "Detection of hepatitis C viral sequences in blood donations by "nested" polymerasa chain reaction and prediction of infectivity". Lancet, 1.990; 335: 1419-1422.

[25] Simmonds, P., Zhang, LQ., Watson, H.G. y cols. "Hepatitis C quantification and sequencing in blood producís, haemophiliacs and drugs abusers". Lancet, 1.990; 336:1469-1472.

[26] Ruiz-Moreno, M., Rúa, M.J., Castillo, 1. y cols. "Treatment of children with chronic Hepatitis C with recombinant interferon-alpha: a pilot study". Hepatology 1.992; 16: 882-885.

[27] Garson, l.A., Tuke, P.W., Makris, M. y cols. "Demostration of viraemic pattems in haemophilics treated with Hepatitis C virus replication in non A non B Hepatitis" New Eng!. l. Med. 1.991; 325: 98-104.

[28] Waxman, 1., Baker, B., Feinstone, S.M. y cols. "Detection of Hepatitis C viral RNA in serum of a patients with acure non A non B Hepatitis" Amer. l. Gastroentero!. 1.991; 86: 1240.1242.

[29] Villa, E., Ferretti, 1., De Palma, M. y cols. "HVC RNA in serum of asymptomatic blood doners involved in post-transfusion hepatitis". l. Hepato!. 1.991, 13: 256-259.

5.1.- Demostración del daño

La demostración del daño pasa por el diagnóstico cierto de la existencia de una infección por el virus de la Hepatitis C.

En la búsqueda de un diagnóstico cierto, tomaremos en cuenta los siguientes datos:

La anamnesis. La clínica es similar a la del resto de las Hepatitis, con la diferencia de que en más del 50% de los casos[30], los pacientes permanecen asintomáticos, salvo una ligera astenia. Sin embargo, si bien predominan las formas asintomáticas y anictéricas, se puede desarrollar el cuadro clínico de una forma florida.

El examen del paciente permite observar el estado del mismo, a pesar de lo cual no suelen encontrarse signos de importancia, excepto una hepatomegalia o esplenomegalia.

Pruebas exploratorias. Tienen una mayor relevancia frente a los datos de la exploración clínica y el interrogatorio del paciente.

En los casos postransfusionales, se ha observado una aumento de las transaminasas cuya aparición varía entre 2 semanas y 6 meses desde el momento de la inoculación[31]. Ahora bien, una tasa normal de transaminasas no permite concluir formalmente la curación de una Hepatitis[32], ni la presencia de VHC-RNA[7].

En relación al diagnóstico de anticuerpos frente al VHC, éstos se detectan con menor frecuencia en la Hepatitis aguda postransfusional, debido a su aparición tardía tras el comienzo de la enfermedad, y a ser dicho virus un pobre inductor de la inmunidad humoral.

La seroconversión para anti- VHC puede retrasarse varios meses tras la primoinfección y originar respuestas de bajo nivel que pueden incluso revertir aparentemente con el tiempo[33].

Un estudio prospectivo de pacientes intervenidos con circulación extracorpórea, el anti- VHC fue indetectable por RIBA hasta 15 semanas de media (rango de 4-32 semanas) desde el comienzo de la Hepatitis, retrasándose la seroconversión a anti- VHC hasta un año en algunos casos[18].

Otros autores señalan que, la seroconversión a anti- VHC se produce entre los 5 y 12 meses después de la exposición, aproximadamente a los tres meses de la primera alteración enzimática detectable[18,34], aunque han sido descritas positividades a las dos semanas[35].

Cuando el diagnóstico se efectúa mediante test de segunda generación, la seroconversión puede demostrarse unas tres semanas antes.

Finalmente, cuando la técnica utilizada es el PCR, es decir, la identificación del RNA- VHC, la determinación de la presencia del virus puede efectuarse entre la primera y segunda semana tras la transfusión[36].

De todo esto se deduce que la identificación será más temprana en dependencia del test diagnóstico empleado.

Por otra parte, los test anti- VHC de segunda generación pueden resultar negativos ante individuos con bajos niveles de viremia[37].

El período ventana, es decir el lapso de tiempo entre la infección y la aparición de anticuerpos, hace que la utilización de ciertos test no sea útil para el diagnóstico de infección aguda[7].

Vrielink H. y cols. recogen en un trabajo la infección aguda por el virus de la hepatitis C en un receptor de 3 unidades de sangre. Al estudiar las muestras de los tres donantes implicados, los cuales fueron negativos para test de segunda generación, cuando fueron aplicadas la técnica del PCR y test detección de anti- VHC de tercera generación, se observó que uno de los donantes fue positivo a las últimas técnicas citadas (PCR y test de 38 generación) aún siendo negativo para los test anti- VHC de segunda generación[38].

Este hecho demuestra que los productos sanguíneos de los donantes que se hallan en el período ventana de la infección por VHC pueden transmitir el virus a los receptores.

Un estudio efectuado sobre pacientes que iban a ser sometidos a intervenciones de cirugía cardiovascular y sobre los cuales no existían antecedentes de enfermedad hepática, siendo los test de anti- VHC negativos antes de la intervención,

---

[30] Aach, RD., Stevens, CE., Hollinger, F.B. y cols. "Hepatitis C virus infection in posttransfusion hepatitis. An analysis with first-and secondgeneration assays". N. Eng!. l. Med. 1.991; 325: 1325-9.

[31] Aguilar Reina, J. "Evolución clínica de la infección por virus C de la Hepatitis". Hepatología Clínica. Enero 1.993 pág. 57-64.

[32] Lefevre, R. "Les Hepatitis post-trasfusionalles". Rev. Fran_. du Dornmage Corporel. 1.993, 1,35-47.

[33] Lelie, P.N., Cuypers, H.T., Reesink, H.W. y cols. "Patterns of serological markers in transfusion-transmitted Hepatitis C virus infection using second-generation HVC assays". J. Med. Viro!. 1.992; 37: 203-9.

[34] Lee, S.D., Hwang, S.1., Lu, RH., Lai, K.H. y cols. "Antibodies to Hepatitis C virus in prospectively followed patients witb posttransfusion hepatitis". no 1.991. 163: 1354-7.

[35] Santiago Ruiz, O., San Miguel Joglar, O., Herrero León, A.M., De Vega Santos, T. y cols. "Hepatitis Aguda. Estudio clínico y epidemiológico". Med. Clin. (Barc.) 1.992,98: 125-27.

[36] Weiland, O., Shvarcz, R, "Hepatitis C. Virology, epidemiology, clinical course, and treatment". Scand. J. Oastroenterol1.992, 27:337-42.

[37] Yuki, N., Hayashi, N., Hagiwara, H. y cols. "Hepatitits C virus antibodies and virus replication in asymptomatic blood donors" Vox Sango 1.99467/3 (280-285).

[38] Vrielink, H., Van der Poel, C.L., Reesink, H.W. y cols. "Transmission of hepatitis C virus by anti- VHC negative blood transfusion. Case report". Vox Sang., 1.99568/1 (55-56).

informó de la existencia de seroconversión de los antiVHC durante los 6 meses después de la intervención en un 12,4%[39].

Los donantes de las unidades de sangre suministradas a dichos pacientes fueron testados con técnicas diagnósticas de segunda generación, siendo negativos.

Los resultados demuestran de nuevo que, el screening para anti- VHC con test más sensibles que los de segunda generación puede proteger de la Hepatitis C postransfusional.

La existencia de anticuerpo s frente al VHC se prolonga durante años, si bien no se produce inmunidad protectora[40]. En algunas circunstancias desaparecen los anticuerpo s tras la curación, y en otras, cuando la resolución de la enfermedad se ha producido de forma rápida, los anticuerpo s pueden no ser detectables en ningún momento[18].

El estudio anatomopatológico mediante punción biopsia permite determinar con precisión el diagnóstico y el estadio evolutivo, estableciendo una valoración en función de la importancia de las lesiones.

5.2.- Existencia de una falta

El perjuicio originado por la infección postransfusional por el virus de la hepatitis C, puede ser consecuencia de una actuación negligente por parte de los profesionales sanitarios, cuya función es efectuar la serie de test encaminados al diagnóstico de anticuerpos anti-VHC en los donantes de sangre.

En el caso de que dicha actuación poco diligente de los sanitarios se produjera, es decir, que las pruebas no se realizaran de forma adecuada, o bien éstas fueran incompletas, indudablemente, y siempre y cuando, se determinara que la infección por VHC ha sido consecuencia de la transfusión y no tuviera otro origen, se generaría responsabilidad profesional.

Sin embargo, considero que la mayor parte de las veces, la detección de una Hepatitis C tras una transfusión no tiene su origen en una negligencia profesional, sino, más bien, en una serie de circunstancias, concurrentes en ocasiones, y en las que sin duda representan una gran relevancia las dificultades diagnósticas del virus responsable, tanto por sus particularidades propias, como por los métodos de diagnóstico que se utilizan habitualmente.

5.3.- Relación de causalidad

En no pocas ocasiones surgen cuestiones que dificultan el establecimiento de una relación de causalidad cierta entre una transfusión sanguínea y la aparición de una Hepatitis C después de la misma.

El primero de los interrogante s que se nos pueden plantear es si el sujeto afecto de Hepatitis C, cuya manifestación se efectúa clínica y/o serológicamente después de una transfusión, se encontraba previamente infectado por el VHC con antelación a dicha transfusión.

Esta circunstancia es difícil de averiguar, facilitándose el camino cuando se trata de sujetos que previamente a ser transfundidos eran donantes de sangre o bien habían sido sujeto de estudios serológicos directos tendentes a investigar la presencia de anticuerpos anti- VHC, o incluso indirectos, como por ejemplo, investigaciones serológicas del virus de la Hepatitis B (VHB) o del virus del SIDA (VIH), que como se conoce, en ocasiones son infecciones coexistentes con el virus del VHC y cuya presencia podría constituir un argumento indirecto en favor de un origen no transfusional de la infección.

Pero a pesar de tener el afectado la condición de donante, al que lógicamente, para poder serlo, se le han aplicado las técnicas diagnósticas oportunas e informado éstas de resultados negativos, tampoco podríamos estar en el convencimiento absoluto de que esa persona no se haya infectado por el VHC, ya que éste podría encontrarse en el período ventana, período en el que todavía no se ha producido la seroconversión y por tanto, no es posible la detección de anti- VHC.

Ya ha sido señalado con anterioridad que la seroconversión puede retrasarse hasta 1 año tras la infección y por tanto, es imposible la detección de anticuerpos mediante las técnicas que convencionalmente se utilizan.

Iguales consideraciones podrían ser aplicadas, no ya al propio paciente afecto de una Hepatitis C postransfusional que con anterioridad era donante y que se convirtió posteriormente en receptor, sino también a aquellas personas que donan sus componentes sanguíneos y que a pesar de haberse sometido a los test diagnósticos se hallan en el denominado período ventana y por tanto sus resultados son, de la misma forma, negativos.

No hay que obviar tampoco al realizar el estudio de la relación de causalidad la posibilidad de otras vías de contagio distintas a la propia transfusión, y para ello es preciso tener en cuenta las estadísticas que refiere la bibliografía médica al respecto, en las que se refleja que en el 50% de los pacientes infectados por el VHC y sin antecedentes de exposición conocidos, se ignoran las causas de la misma, invocándose diferentes vías de contaminación que han sido citadas en epígrafes previos de este trabajo.

---

[39] Wang, Y., Leed, S.D., Hwang, SJ. y cols. "Incidence of post-transfusion hepatitis before and after screening for hepatitis C virus antibody". Vox Sango 1.99467/2 (187-190).

[40] Alter, H.1. "New kit on tbe block: evaluation of second-generation assays for detection of antibody to the Hepatitits C virus" Hepatology 1.992, 15: 350-2.

Por último y en relación con la determinación de la relación causal, señalar la ineficacia de ciertos métodos diagnósticos para la detección de anticuerpos anti- VHC, cuyos resultados no se ajustan a la realidad, en función, además de otras cuestiones, de que los individuos sometidos a ellos pueden presentar bajos niveles de viremia, o bien se trata de los denominados casos indeterminados, en los que es indemostrable la presencia de anti- VHC por las técnicas habituales, o también, la circunstancia de ser un virus con variaciones genéticas, representa un escollo en el desarrollo de test diagnósticos sensibles y específicos.

Finalmente, mencionar que en la actualidad no hay consenso en cuanto al método de elección para la detección de anticuerpos anti- VHC, encontrándose diversidad de ellos en dependencia del laboratorio donde se efectúen estas determinaciones. Tampoco dichas técnicas están sometidas a autorización previa por la Autoridad Sanitaria, lo que a juicio de algunos autores[41] justificaría la intervención de la Administración.

[41] León, P., López, lA., Elola, C. y Echevarría, J.M. "Características de los actuales métodos de detección de anticuerpos frente al virus de la Hepatitis C y definición de criterios para su evaluación". Hepatología Clínica. Diciembre de 1.994 pág. 235-244.

LA LEY 30/1995, DE 8 DE NOVIEMBRE:

COMENTARIOS MÉDICO LEGALES DEL SISTEMA DE VALORACION DE DAÑOS y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS

Mª Teresa Criado del Río
Profesora de Medicina Legal y Toxicología de la Universidad de Zaragoza.

EL SISTEMA PARA LA VALORACIÓN DE DAÑOS PERSONALES DERIVADOS DE LOS ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR RESPONSABILIDAD CIVIL.. al que dio publicidad la ORDEN de 5 de marzo de 1.991, tuvo una gran importancia en su momento por ser el primer Sistema de Valoración y Reparación de los Daños Personales en el ámbito civil publicado oficialmente. De modo que, la Orden de 5 de marzo de 1.991, hasta la publicación de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, ha significado durante estos años, tanto para los peritos médicos valoradores como para los encargados de la reparación y establecimiento de la cuantía de la indemnización, la posesión de un sistema oficial, de referencia u optativo, que ha contribuido a la homogeneización de los resultados de la valoración médico legal como de la reparación del daño a la persona, dejando libertad a todos los implicados en este sector, conocedores de la materia y que quieren aportar soluciones lo más justas y equitativas posibles, para poder subsanar los errores que dicho sistema poseía.

La LEY 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (BOE 9 de noviembre de 1.995), en su ANEXO, expone el SISTEMA PARA LA VALORACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN, que modifica parcialmente el publicado en la Orden de 5 de marzo de 1.991. Sistema que presenta, desde nuestra perspectiva médico legal (no jurídica), las siguientes características fundamentales para los peritos médicos valoradores del daño corporal:

SU APLICACIÓN OBLIGATORIA para la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidentes de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso (apartado 1 del punto primero del anexo de la ley) y necesidad de informe médico en todo caso (apartado 11 del punto primero del anexo de la ley).

Esta condición del Sistema es fundamental, porque supone su uso obligatorio SOLAMENTE en los casos de Accidentes de circulación (salvo que los daños personales sean consecuencia de un delito doloso) no en los demás casos de valoración de daños personales por responsabilidad civil, y ello, en principio va en contra de:

- La Libertad de actuación del médico y del perito médico, que deberá de ajustarse a la hora de valorar los diferentes daños personales por accidentes de circulación, a lo señalado en la citada Ley. Por supuesto que la existencia de un Sistema de valoración obligatorio no implica que el perito médico en su informe pericial deba ajustarse únicamente a lo señalado por la Ley, él podrá exponer todos los argumentos que considere oportunos para que la valoración de los daños personales derivados del hecho lesivo sea adecuada y justa. Pero en la práctica como el encargado de la reparación, también debe de atenerse a la ley en los casos en que ella es obligatoria, las argumentaciones y conclusiones periciales anexas a lo que dice la ley probablemente no serán tomadas en cuenta.

- Todos sabemos que la validez de los baremo s fue durante muchos años, centro del debate de muchas reuniones científicas, y que su admisión entre la mayoría de expertos, se encuentra fundamentada en el buen uso de los baremos de acuerdo con las normas de baremación. Las normas del buen uso de los Baremos, caracterizan ante todo a los Baremos como un Sistema de valoración orientativo, como un punto de referencia, para que los peritos obtengan resultados en su valoración homogéneos, y que nunca pueden ser de carácter obligatorio, porque podrían tener incluso como consecuencia extrema, la eliminación de la necesaria valoración descriptiva del daño funcional, e incluso respecto a este daño eliminar la función del perito, porque basta que del lesionado se tenga un diagnóstico para que cualquier médico pueda consultar el baremo y señalar los puntos de déficit, tal y como está redactado el sistema de valoración de la Ley 30/95.

El Anexo de la Ley expone el Sistema de Valoración y reparación para las tres situaciones que dan lugar a indemnización por daños y perjuicios personales, incapacidad temporal,

incapacidad temporal, incapacidad permanente y muerte, pero en él, el perito puede encontrar un GRAN VACÍO porque: No define conceptos o los daños a valorar que en el sistema vienen referidos; No contempla todos los daños personales que pueden ser ocasionados, de forma pormenorizada, y que deben de ser valorados y reparados; y no señala el procedimiento en la valoración que debe seguir el perito en los diferentes daños contemplados en el sistema.

De estas dos primeras consideraciones obtenemos una tercera. Los principios jurídicos y médico legales primordiales de esta materia son, la valoración y reparación *ad integru*, justa y equitativa de los daños causados. En el momento que se publica un sistema de valoración y reparación de daños obligatorio para los accidentes de circulación, pensamos que se encuentra regido por estos principios para evitar injusticias, y como acabamos de decir desde un punto de vista médico legal cuando procedemos a su lectura nos encontramos ante un gran vacío, como a continuación veremos, que puede generar INJUSTICIAS. Y ello, a pesar de que un principio de Ley, sea como ella misma dice en el apartado 7, punto primero, "... la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su aceptación integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además de las circunstancias económicas, incluidas las que afectan la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan existir para la exacta valoración del daño causado...", reflejando, por un lado la propia contradicción de la ley, y por otro un argumento que puede utilizar el perito siempre que no se está procediendo a una valoración justa de los daños, de acuerdo con el sistema de valoración que la ley expone, de la que se obtiene como concepto del daño a la persona toda afectación del derecho a la salud.

De la situaciones expuestas en la Ley que dan lugar a la indemnización, son dos las que afectan principalmente al perito médico valorador del daño, la Incapacidad Temporal que sufren todos los lesionados que finalizan con la curación completa o con formación de secuelas, y la Incapacidad Permanente a valorar en todo lesionado que finaliza con la producción de secuelas permanentes, y a éstas son a las que nos vamos a referir desde nuestra perspectiva médico legal.

1.- INCAPACIDAD TEMPORAL:

La Ley dice que la Incapacidad Laboral se valora en función de "los días que tarda en sanar la lesión" (apartado c punto dos del Anexo de la Ley), y su reparación se determina por "un importe diario (variable según se precise o no estancia hospitalaria) multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la tabla V" (apartado c punto dos del Anexo de la Ley).

La Tabla V del Anexo de la Ley establece en su apartado A como se calcula la Indemnización Básica por Incapacidad Temporal en la que incluye los daños morales, y dice que a cada día de baja (hasta un máximo de dieciocho meses) con estancia hospitalaria le corresponden 7.000 pesetas, y sin estancia hospitalaria 3.000 pesetas. Esta misma tabla en su apartado B establece como factores de corrección, de agravación, los perjuicios económicos según los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal, y de disminución, los expuestos en el apartado primero 7 de este anexo y que son: La concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias.

Además de la indemnización fijada por Incapacidad Temporal con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de la asistencia médica y hospitalaria (apartado 6 del punto primero del anexo de la Ley) los cuales también pueden verse disminuidos por la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias (apartado 7 del punto primero del anexo de la Ley).

El único perjudicado que tiene en cuenta la orden en el caso de Incapacidad Temporal es la víctima (apartado 4 del punto primero del Anexo de la Ley).

De todo ello queremos remarcar lo siguiente desde nuestra PERSPECTIVA MÉDICO LEGAL:

En primer lugar sabemos, por las discusiones que hemos tenido con otros peritos médicos, que de la lectura de lo expuesto puede surgir el problema conceptual de lo que significa Incapacidad, cuando este Sistema de Valoración hace referencia a la Incapacidad Temporal, porque primero dice que la indemnización se obtiene en base a los "días que tarda en sanar la lesión", y después en la tabla recoge los términos "día de baja". Aquel perito que se acoge únicamente a los días de baja, entendiéndolos como días de baja laboral, ún1camente valorará los días de baja laboral, dejando al margen y sin valorar aquellos lesionados cuyas lesiones finalicen con la curación completa o con secuelas que no incidan sobre su actividad laboral, los que no realicen una actividad laboral, y parcialmente a los lesionados cuyo número de días de incapacidad laboral temporal, sea inferior a los de sanidad.

El sentido común y nuestros conocimientos médico legales, hacen que asimilemos el concepto de incapacidad temporal, al de Incapacidad funcional o Psicofísica temporal, y no sólo por estas razones sino porque la propia ley habla de los días que tarda en sanar la lesión al valorar la incapacidad temporal, que no es lo mismo que días de incapacidad laboral temporal; define la incapacidad cuando se refiere a la Incapacidad permanente, que se considera "desde el punto de vista físico o funcional" y la puntuación de la Incapacidad Permanente se establece en relación al grado de limitación o pérdida de la función que ocasiona la lesión; y por otra parte si el espíritu de la Leyes realizar la reparación del derecho a la salud, es lógico pensar que la incapacidad temporal debe considerarse como los días que ha tardado en sanar desde el punto de vista físico o funcional.

Y en segundo lugar, porque la valoración de los daños personales correspondiente al período de consolidación médico legal, debe comprender el estudio de: La relación de causalidad y consideración del estado anterior, la especificación de las lesiones debidas al hecho lesivo en cuestión, la incapacidad Temporal funcional, la incapacidad temporal específica para la realización de las diferentes actividades de la vida diaria que practicaba la persona antes de producirse la lesión (laboral; social, de ocio o relación, familiar, formación y de la vida cotidiana por la que mantenía su autonomía personal), sufrimientos padecidos, enumeración de gastos médicos y paramédicos, y en los lesionados que finalizan con la curación, si en ellos es previsible alguna complicación posterior de su estado de salud, matizarla.

Tal y como está redactado y especificado el sistema de valoración y reparación de la Incapacidad Temporal en la Ley, podemos apreciar que:

1.- El Estado Anterior no lo contempla en la situación de Incapacidad Temporal, como factor corrector de la indemnización básica, y por el contrario, sí lo considera en la situación de Incapacidad permanente.

2.- La Incapacidad Temporal (física o funcional) la limita a un tiempo máximo de 18 meses, cuando un lesionado puede tener un período de consolidación médico legal más prolongado , y de ser así, según la ley, el tiempo que exceda a los 18 meses no será reparado. Al valorarla, el perito especificará los días de Incapacidad temporal de estancia hospitalaria y los que no, y de los días que no se encuentra hospitalizado, remarcar en qué situación se ha encontrado, como por ejemplo encamado en su domicilio,...

3.- La Incapacidad Laboral Temporal, se encuentra considerada, como factor corrector agravante de la indemnización. dentro de los perjuicios económicos debidos a los ingresos anuales de la víctima por trabajo personal. Pero únicamente considera el perjuicio económico ocasionado por la disminución de los ingresos netos de la víctima por el trabajo personal, no por otras actividades con las que también pueda estar percibiendo un ingreso económico que también se haya visto afectado, ni a las amas de casa, que realizan una actividad no remunerada, pero indirectamente económica, ni tampoco a los escolares o personas en formación, actividad que puede verse seriamente afectada durante un período de tiempo que puede significar un retraso en el comienzo de una actividad laboral, y por lo tanto suponer un perjuicio económico.

-No hace referencia al daño sobre actividades no económicas de la persona como sociales, y familiares, y de formación o escolares. Aunque la Ley haya querido considerarlas dentro del concepto de daño moral incluido dentro de la Indemnización básica, la indemnización básica va a ser siempre la misma para todos los lesionados que hayan tardado en sanar un número determinado de días con independencia de las actividades no económicas de la persona que se hayan visto afectadas, por lo que los lesionados que las vean afectadas van a ser reparados de la misma manera que los que no las tengan dañadas.

- Los Sufrimientos padecidos, el daño moral, se encuentra incluido dentro de la indemnización básica, éste es un aspecto que luego comentaremos al referimos a la incapacidad permanente.

- Los gastos médicos y paramédicos se encuentran contemplados por la ley cuando dice que, además de la indemnización fijada por Incapacidad Temporal con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de la asistencia médica y hospitalaria (apartado 6 del punto primero del Anexo de la Ley) los cuales también pueden verse disminuidos por la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de las lesiones (apartado 7 del punto primero Anexo de la Ley).

- Las complicaciones futuras o daños sobrevenidos también son contemplados por la Ley, cuando dice que la Indemnización o renta vitalicia concedida sólo podrá verse modificada por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de las mismas o por aparición de daños sobrevenidos (apartado 9 del punto primero del Anexo de la Ley). Respecto a esta cuestión, el perito siempre puede optar en su informe por dejar la puerta abierta, exponiendo en sus conclusiones que de existir alguna complicación posterior será conveniente la realización de una futura reevaluación de los daños.

- Y por otra parte, la ley considera que el único perjudicado por la situación de incapacidad temporal es la víctima (apartado 4 del punto primero del Anexo de la ley), cuando todos sabemos los sufrimientos morales que pueden padecer los familiares o allegados de la víctima durante el período de incapacidad temporal.

2.- INCAPACIDAD PERMANENTE:

La LEY establece que la situación de Incapacidad Permanente se determina en base al informe médico (apartado 11 del punto primero del Anexo de la Ley), y se valora desde el punto de vista físico o funcional mediante puntos asignados a cada lesión de acuerdo con la Tabla VI del Anexo (apartado C punto dos del Anexo de la Ley), que clasifica a las secuelas de la siguiente manera:

- Capítulo 1: Cabeza: Cráneo, Cara, Sistema óseo. Sistema Olfatorio. Boca. Sistema Ocular. Sistema Auditivo.

- Capítulo 2: Tronco: Columna Vertebral. Tórax. Cuello y Tórax (órganos). Abdomen y Pelvis (órganos y vísceras)

- Capítulo 3: Extremidad Superior y Cintura escapular: Hombro. Brazo. Codo. Antebrazo y Muñeca. Mano. Aparato Músculoligamentoso tendinoso.

- Capítulo 4: Extremidad Inferior y cadera: Cadera. Muslo. Rodilla. Articulación Tibio- Tarsiana. Pie. Aparato Músculoligamentoso tendinoso.

- Capítulo 5: Aparato cardiovascular: Vascular periférico. Corazón.

- Capítulo 6: Sistema Nervioso Central: Médula espinal. Nervios Craneales.

- Capítulo 7: Sistema Nervioso Periférico: Miembros Superiores. Miembros Inferiores.

- Capítulo VIII: Sistema Endocrino (nuevo capítulo).

- Capítulo Especial: Perjuicio Estético.

En cada capítulo como dice la tabla realiza la descripción de las secuelas correspondientes a las regiones corporales y aparatos o sistemas señalados en cada capítulo.

Respecto a la puntuación dice (apartado C, punto dos, Anexo de la Ley):

- Se establecerá teniendo en cuenta las características específicas de cada lesión en relación al grado de limitación o pérdida de la función que haya sufrido el miembro u órgano afectado.

- Tiene una doble perspectiva. Por una parte, la puntuación de 0 a 100 que contiene el sistema, donde 100 es el valor máximo asignable a la mayor lesión resultante; por otra, cada lesión contiene una puntuación mínima y otra máxima.

- Incapacidades Concurrentes: Cuando el perjudicado resulte con diferentes lesiones derivadas del mismo accidente, se otorgará una puntuación conjunta, que se obtendrá aplicando la fórmula siguiente:

$$\frac{(100\ M)\ X\ m + M}{100} = \text{Incapacidad Permanente}$$

M = Puntuación de mayor valor
m = Puntuación de menor valor

Si en las operaciones aritméticas se obtuvieron fracciones decimales se redondeará a la unidad más alta.

Si son más de dos las lesiones concurrentes se continuará aplicando esta fórmula, y el término "M" se corresponderá con el valor del resultado de la primera operación realizada.

- En cualquier caso. la última puntuación no podrá exceder a 100.

Si además de las secuelas permanentes se valora el perjuicio estético (se valora según el capítulo especial de la tabla VI del anexo), los puntos por este concepto se sumarán aritméticamente a los resultantes de las incapacidades permanentes, sin aplicar respecto a aquellos la indicada fórmula (apartado C, punto dos, Anexo de la Ley).

La Indemnización Básica se obtiene aplicando el valor del punto en pesetas a la puntuación obtenida en la valoración, el cual es inversamente proporcional a la edad del perjudicado y directamente proporcional y es incrementado a medida que aumenta la puntuación, en la Tabla III del Anexo (apartado C punto dos del Anexo de la Ley). La Tabla III del Anexo, aporta las Indemnizaciones Básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales), expresando los valores del punto en pesetas de acuerdo las dos variables señaladas.

En relación a la edad, de acuerdo con el apartado 3 del punto primero del Anexo de la Ley, que dice, "A los efectos de la aplicación de las tablas la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios, será la referida a la fecha del accidente" parece ser que se debe tomar como referencia la edad en la que sufrió el accidente, cuando en realidad la edad que debería ser tomada en consideración para determinar la Indemnización Básica por Incapacidad Permanente deber ser la correspondiente al momento en que las lesiones consolidaron médico legalmente hablando, de no ser así se está indemnizado doblemente el período de Incapacidad Temporal.

Sobre la indemnización Básica se aplicarán los Factores de Corrección en forma de porcentajes de aumento o de reducción expresados en la Tabla IV del Anexo, con el fin de adecuar los valores objetivos obtenidos a las circunstancias de cada caso en particular (apartado C, punto dos del Anexo de la Ley).

Factores que aumentan la Indemnización Básica:

- Perjuicios Económicos en base a los ingresos netos de la víctima por trabajo personal. En ingresos de hasta 3.000.000 que implican un aumento de la indemnización básica se incluye cualquier víctima que se encuentra en edad laboral. aunque no justifique ingresos.

- Daños Morales Complementarios: Se entenderán ocasionados cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos. Sólo en estos casos será aplicable.

- Lesiones Permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima:

- Permanente Parcial: Con secuelas permanentes que limiten parcialmente la ocupación o actjvidad habitual, sin impedir la realización de las actividades fundamentales de la misma.

- Permanente Total: Con secuelas permanentes que impidan totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del lesionado.

- Permanente Absoluta: Con secuelas que inhabiliten al incapacitado para la realización de cualquier ocupación o actividad.

- Grandes Inválidos: Personas afectada con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejías, paraplejías, estados de coma vigilo vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, ...)

- Necesidad de ayuda de tercera persona: Ponderando la edad de la víctima y grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida. Se asimilan a esta prestación

el coste de la asistencia en los casos de estados de coma vigilo vegetativos crónicos.

- Adecuación de la vivienda: Según características de la vivienda y circunstancias del incapacitado, en función de sus necesidades.

- Perjuicios Morales de Familiares: Destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los ciudadanos y atención continuada, según circunstancias.

- Embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente (aunque la embarazada no haya sufrido lesiones), variando el incremento de la indemnización, según si se trate del primer hijo o no y período transcurrido de embarazo.

- Adecuación del Vehículo propio: Según características del vehículo y circunstancias del incapacitado permanente, en función de sus necesidades.

- Elementos correctores del apartado 7 del baremo que se aplicarán como dice la tabla "según circunstancias" (se trata del único factor de corrección en donde no limita la cuantía del aumento de la indemnización), y que son: la producción de invalideces concurrentes y, en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes.

Factores que disminuyen la Indemnización Básica: Elementos correctores del apartado 7 del baremo que se aplicarán como dice la tabla "según circunstancias" (se trata del único factor de corrección en donde no limita la cuantía del aumento de la indemnización) y que son:

- La concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias.

- y la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final.

Además de la indemnización fijada por Incapacidad Permanente con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de la asistencia médica y hospitalaria (apartado 6 del punto primero del Anexo de la Ley) los cuales también pueden verse disminuidos por la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias (apartado 7, punto primero del Anexo de la Ley).

El único perjudicado que tiene en cuenta la orden en el caso de Incapacidad Temporal es la víctima, (apartado 4 del punto primero), salvo en el caso como hemos visto de que se produzca un Gran Inválido, en donde consta como factor corrector que incrementa la indemnización básica los perjuicios morales de familiares.

La VALORACIÓN MÉDICO LEGAL DEL DAÑO de un lesionado que se encuentra en la situación de INCAPACIDAD PERMANENTE consiste en analizar y estudiar los siguientes aspectos: Relación de causalidad entre el hecho lesivo y las lesiones y secuelas, considerando todas las circunstancias ajenas al hecho lesivo que hayan podido influir en dichas lesiones y secuelas, como es el caso por ejemplo de un estado anterior; Los daños personales causados durante el período de consolidación médico legal expuestos al estudiar la incapacidad temporal; Los daños personales definitivos consecutivos a les secuelas permanentes, extrapatrimoniales (Incapacidad funcional permanente; Incapacidad permanente para la realización de las actividades de la vida diaria de la persona de carácter no económico como son la actividad social, familiar, escolar y de la vida cotidiana; Sufrimientos padecidos, Daño estético y Daño sexual), y patrimoniales (gastos médicos y paramédicos futuros, y reducción de las actividades del lesionado con las que obtenía una renta, centrada en el estudio de la incapacidad laboral permanente), y en último lugar especificar los Daños Futuros. Señalados los aspectos médico legales que contempla la Ley en relación a la situación de Incapacidad Permanente, exponemos las siguientes consideraciones médico legales respecto a ella:

- El Estado Anterior es un factor corrector que la Ley señala que puede aumentar (subsistencia de incapacidades preexistentes) o disminuir (subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final) la indemnización básica "según circunstancias".

Al no explicar más, interpretamos que disminuirá la indemnización cuando el estado anterior y otras causas hayan agravado la lesión y las secuelas resultantes del hecho lesivo, y que la aumentará cuando el estado anterior haya sido agravado por las lesiones y secuelas resultantes del hecho lesivo en cuestión.

No entendemos qué quiere decir al indicar "según circunstancias" y no señalar el límite de aumento o disminución de la indemnización por este concepto, que deja la puerta abierta a la indemnización ilimitada o a la anulación de la indemnización.

- La Incapacidad Permanente Funcional se valora desde el punto de vista físico o funcional, y su importancia o gravedad se establece en función del grado de limitación o pérdida de la función que haya sufrido el miembro u órgano afectado, mediante puntos de acuerdo con la Tabla VI del Anexo de la Ley. Respecto al Sistema de puntos expresado en la Tabla VI, pensamos que debemos de señalar lo siguiente:

- En el encabezamiento de cada página del sistema dice textualmente, descripción de secuelas, pero luego se basa tanto en la enumeración de secuelas como de déficits funcionales permanentes, lo cual puede inducir a errores en la valoración de este daño entre los peritos si no están atentos, e incurren en la duplicidad de la valoración de este daño: Los puntos que se les hace corresponder a cada secuela son los debidos a los déficits funcionales que ellas producen, si además de ellas, el perito también considera en la determinación de los puntos de IPP, los déficits funcionales que ocasionan dichas secuelas y que vienen expuestos en el sistema, se estará duplicando la valoración de este daño. Lo mismo puede suceder si valora de forma independiente dos secuelas considerándolas globalmente cada una que inciden en un mismo déficit funcional.

- Los puntos que aporta para algunas secuelas y déficits funcionales son en ocasiones excesivos, por ejemplo en relación a las Extremidades Superiores, pérdida de los ovarios, pérdida de la mama, ... al referir dichos déficits no a la integridad funcional del organismo sino a la funcionabilidad del aparato u órgano en cuestión.

- En otras ocasiones los puntos de déficits referidos en la ley pueden resultar escasos para determinadas secuelas, y es porque respecto a ellas se ha considerado el déficit funcional que por lo general dichas afecciones pueden producir, y no los casos graves que ante esa secuela producen déficits funcionales más elevados.

- Expone situaciones que no ocasionan ningún déficit funcional, a las que concede puntos de déficit funcional, como ocuITe muchas veces por ejemplo con el material de osteosíntesis.

- Faltan secuelas y déficits funcionales que pueden producirse. Si el Sistema de puntos es obligatorio y hay que seguir sus instrucciones, qué ocurre, ¿no se valoran?, ya que ni siquiera el sistema indica que en este caso se asimilen déficits y secuelas, a otros semejantes que aparecen en el sistema por tener repercusiones parecidas.

El Daño Moral, dice la ley, es igual para todos, y lo incluye en la Indemnización básica, salvo en el caso que el lesionado tenga una secuela que dé lugar a 75 puntos o que posea secuelas concurrentes que dé lugar a más de 90 puntos, que es cuando el daño moral se considera un factor corrector de la indemnización básica que la incrementa.

No podemos estar de acuerdo con la Ley cuando sabemos que:

- El Daño moral es un daño independiente del daño funcional o fisiológico, y si no fuera así, el Sistema no tendría la necesidad de especificar en las tablas de indemnización básica que es un daño que se encuentra incluido dentro de ella.

- El Daño Moral no se puede decir que es igual para todos, cuando se trata de un daño que se caracteriza fundamentalmente por su subjetividad, tanto para el que lo sufre, para el que lo valora, como para el que debe establecer su reparación. Si es igual para todos y en todas las situaciones, ¿por qué entre los factores de corrección se incluye sólo en las dos excepciones señaladas?

- La consideración del daño moral de esta forma y con estas dos excepciones expuestas puede dar lugar a injusticias, porque por ejemplo: Se considerará el daño moral como agravante de la Indemnización básica en el caso de un TCE que da lugar a un coma vegetativo crónico en donde el paciente no es consciente de su situación ni sufre. En cambio, en otras situaciones que dan lugar a cifras no tan elevadas de IPP, debido a lo mejor a los grandes esfuerzos realizados por el lesionado en su intento por rehabilitarse, sus sufrimientos y esfuerzos no serán tomados en cuenta, o por ejemplo en situaciones en las que el valorador sabe que la puntuación de IPP es muy escasa y difícil de justificar. o nula. y que centraría su valoración en el daño moral, sabe que por este concepto no será reparado el lesionado.

A diferencia del Sistema de valoración de daños de la Orden de 5 de marzo de 1991, la presente Ley introduce en el Sistema de Valoración de daños y Perjuicios el concepto de Incapacidad para la Ocupación o Actividad Habitual como factor agravante de la Indemnización básica, que no define y que puede por ello tener diferentes interpretaciones.

Desde un punto de vista genérico y extensivo estos términos pueden ser tomados como la disminución de la posibilidad de realizar cualquier actividad habitual que realizara la víctima antes de sufrir el accidente, sea laboral o no (social, familiar, formación, ...) lo que puede significar en la práctica que toda persona con secuelas e incapacidad funcional permanente y ésta repercuta sobre cualquier actividad habitual del sujeto, pueda ser indemnizada por este concepto. De forma que, por ejemplo, el trabajador que no tenga su actividad laboral afectada pero sí cualquier otra actividad habitual de su vida diaria, o la persona que no realiza ninguna actividad laboral pero que ve afectada cualquier actividad habitual de su vida diaria, podrán indemnizarse por este concepto.

O desde una perspectiva más restrictiva, desde la cual este concepto de Incapacidad para la ocupación o actividad habitual, sea referido para las personas cuya actividad laboral se vea afectada, y para las personas que no realizan una actividad laboral remunerada, pero que realizan una actividad indirectamente laboral o económica afectada, concepto en el que se pueden incluir parados, amas de casa, jubilados con una actividad laboral privada, personas en formación.

Además, y como otra consideración a lo que acabamos de exponer, respecto a la incapacidad para la ocupación o actividad habitual debemos decir que este Sistema de Valoración' en relación al Daño a la Vida Familiar. de Relación o Social y, Formación dice en el apartado 7 del punto primero del anexo que "...la indemnización de los daños psicofísicos se entiende en su aceptación integral o restauración del derecho a la salud, y que para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además de las circunstancias económicas, incluidas las que afectan la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan existir para la exacta valoración del daño causado...", texto del que obtenemos como conclusión que los daños a los diferentes ámbitos de la vida de la persona deben de ser tomados en cuenta, y que como posteriormente en el sistema de valoración de daños y perjuicios no los vuelve a mencionar de forma expresa, debemos de interpretar que ellos tienen cabida únicamente si consideramos la Incapacidad para la ocupación o actividad habitual de forma genérica, porque si no ellos no serían valorados no indemnizados. De todas formas, aunque estos daños los incluyamos dentro del concepto genérico de Incapacidad para la ocupación o actividad habitual también este sistema puede generar injusticias porque por ejemplo las víctimas que

sólo vean afectada su actividad laboral otras actividades de su vida diaria, percibirán la misma indemnización.

El Daño Estético se valora de acuerdo con el Capítulo especial del sistema de puntos de la Tabla VI, pero a diferencia de la Orden de 3 de marzo de 1991, la tabla calificativa de 6 grados, es única para ambos sexos, no aporta puntuaciones diferenciadas por sexos, y en él dice que la puntuación por daño estético se determinará teniendo en cuenta "la edad y sexo de la persona, así como la incidencia de su imagen para la profesión habitual. Se valorará también- el coste de las necesarias intervenciones de cirugía plástica reparadora".

El Sistema de Puntos de la tabla VI, no considera que el Daño Estético es independiente de los demás daños, y ello lo tiene que tener siempre presente el perito, porque:

1.- El daño estético es independiente de la Incapacidad laboral. Cuando el perito valora la incapacidad laboral, lo hace teniendo en cuenta todas las repercusiones de las secuelas sobre la capacidad laboral. Además es imposible en la práctica cuantificar el grado de incapacidad laboral que ocasiona cada secuela, déficit o daño. Si al valorar el daño estético tiene en cuenta de nuevo la incapacidad laboral, estará incurriendo en una duplicación en la valoración de la incapacidad laboral.

2.- Igualmente, el daño estético es independiente de la Incapacidad Funcional, por un lado hay que valorar el déficit funcional que ocasiona la alteración estética, y por otro la pérdida de atracción del lesionado debido a dicha alteración o daño estético. El sistema de puntos de la tabla VI, dice que la puntuación obtenida por Incapacidad Permanente se sume a la obtenida por el daño estético. Siguiendo estas instrucciones, además se puede dar el caso de que la puntuación obtenida final sea de más de 100 puntos, lo cual es imposible según las reglas del propio sistema, que dice que "En cualquier caso la puntuación no podrá ser superior a los 100 puntos" (Apartado b, punto dos, del anexo de la Ley).

En último lugar, el perito expondrá los Daños Futuros, que pueden sobrevenir a consecuencia del mismo hecho lesivo que aparecen tras la estabilización lesional, ya que el Anexo de la Ley dice en el apartado 9 del punto primero que "La indemnización o renta vitalicia sólo podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de las mismas o por aparición de daños sobrevenidos" respecto a los cuales puede tomar como solución, en su informe, dejar la puerta abierta para una nueva evaluación en un futuro en sus conclusiones en caso de que ellos aparezcan, o indicar los daños futuros que con mayor probabilidad pueden aparecer.

Al igual que en el caso de la Incapacidad Temporal, el único perjudicado que tiene en cuenta la Ley en el caso de Incapacidad Permanente es la víctima (apartado 4 del punto primero), y no considera otras personas como familiares y allegados, salvo en el caso, como hemos visto, de que se produzca un Gran Inválido, en donde consta como factor corrector que incrementa la indemnización básica los perjuicios morales de familiares.

Finalizamos estas consideraciones médico legales en relación al sistema de valoración de daños personales que expone la Ley 30/95, de 8 de noviembre, señalando que, pensamos que el perito por poseer desde su publicación un Sistema de Valoración de daños personales obligatorio para los accidentes de circulación, (los casos más frecuentes de la practica pericial en el campo de la responsabilidad civil), no debe limitarse a lo que señala la ley, y que debe de seguir realizando su trabajo lo más completo y lo más razonado que le sea posible, con la finalidad de que la valoración médico legal del daño causado sea cuanto más justa y equitativa mejor, puesto que ello reside nuestra misión.

LA ORDENACIÓN FARMACÉUTICA EN ESPAÑA

Susana Alba Romero
Profesora de Historia de la Farmacia y Legislación Farmacéutica. Universidad de A1calá.

Ruth Ardilla Tejedor
Abogada. Centro de Estudios Europeos. Universidad de A1calá.

Mª Victoria Gutiérrez Pérez
Documentalista del Centro de Documentación Europea. Universidad de A1calá.

En España, desde la aprobación de la Constitución de 1978 (CE) hasta la entrada en vigor de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 (LGS), se mantuvo, sin que se plantearan objeciones de inconstitucionalidad, una organización de los servicios sanitarios, que mantenía confundida la financiación y la gestión de los servicios sanitarios[1].

Esto queda plasmado en el artículo 43.1 CE:

art. 43.1: "*Se reconoce el derecho a la protección de la salud*"

art. 43.2: "*Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios sanitarios.*

La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto"

En su artículo 149.1

"El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

..... 16. *Sanidad Exterior*.

Bases y coordinación general de Sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos".

Y por último en su artículo 148.21 faculta a las Comunidades Autónomas para asumir competencias en materia de sanidad e higiene.

Aspectos desarrollados posteriormente con la Ley 14/1986 General de Sanidad y con la Ley 25/1990 del Medicamento de 1990, tal y como veremos más adelante[2].

En las circunstancias existentes de sintonía con las políticas sanitarias de otros países, la Oficina de Farmacia española, al igual que toda Farmacia comunitaria extranjera, precisa un marco legal que constituya el aparato motor que haga cristalizar el gran objetivo de la OMS *"Salud para todos* ...".

Tal y como se afirma en la Exposición de motivos de la Ley del Medicamento: Una de sus justificaciones se debe al deseo de *"contribuir a la existencia de medicamentos seguros, eficaces y de calidad* (...) *Correctamente identificados y con información apropiada"* A lo que podríamos añadir "utilizados racionalmente".

El derecho a la salud, que postula el art. 43 de la CE, obliga a los poderes públicos a organizar unos servicios sanitarios que ofrezcan a los ciudadanos todo tipo de prestaciones de carácter preventivo, curativo, rehabilitador, educativo, etc., pero no precisa ni la extensión que han de tener los servicios sanitarios, ni impone tampoco que la atención a la salud individual sea una prestación que tengan que ofrecer gratuitamente los servicios sanitarios públicos. Caben opciones diversas[3].

[1] Recordemos que anterior a la LOS estaba en vigor la Ley de Bases de Sanidad de 1944.

[2] CERDÁ OLMEDO, M. Derecho civil y Farmacia. La Ley. Madrid, 1993.

[3] RIVERO ISERN, J.L. Libertad de establecimiento de las Oficinas de Farmacia. Trivium. Madrid, 1992

Priman en la Ley 25/1990 del Medicamento y en las disposiciones que han desarrollado el artículo 94[4], los criterios económicos, el gasto farmacéutico, las disponibilidades presupuestarias, que tienen un valor en el ejercicio de este derecho constitucional, pero no puede ser el prioritario y menos si con su aplicación, se limitan o condicionan otros derechos de mayor protección que el económico-contable, cual es, el libre ejercicio de la profesión médica, o el del usuario a conservar o restablecer su salud.

Los artículos 78 a 83 de la LGS[5] regulan la cuestión de la financiación. Son los Presupuestos del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Seguridad Social, los que consignarán las partidas precisas para atender las necesidades sanitarias de todos los organismos e instituciones de las Administraciones Públicas, corriendo dicha financiación con cargo a: cotizaciones sociales, transferencias del Estado, tasas por la prestación de determinados servicios, y aportaciones de las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales. En todo caso, se establecen disposiciones específicas para las personas sin recursos económicos, para las Comunidades Autónomas con competencias transferidas, o para el caso de los seguros obligatorios especiales, a tener en cuenta.

La consecuencia de determinadas disposiciones de la LGS[6] ha sido que sólo algunas Comunidades Autónomas, las de autonomía plena, han podido obtener transferencias de los servicios sanitarios del INSALUD y, por tanto, organizar sus servicios de salud de la forma integrada que la ley había previsto. El resto sólo tienen habilitada la vía de celebrar Convenios con el Estado a efectos de conseguir la implantación paulatina de lo establecido en la ley.

La Ley General de Sanidad, por su parte, en el artículo 103 determina:

"2. *Las Oficinas de Farmacia abiertas al público se consideran establecimientos sanitarios...*"

3. *Las Oficinas de Farmacia estarán sujetas a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y Farmacias*".

Dada la competencia estatal en materia de distribución geográfica de Oficinas de Farmacia, y de la opción de monopolio en la dispensación, que permite la Directiva 85/432/CEE del Consejo, son las legislaciones de los Estados miembros, las que regulan estas dos principales cuestiones, que son ciertamente las controvertidas. En España, estas normas son la LGS y la Ley del Medicamento, el Real Decreto 909/78, la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 1979 y el Real Decreto-Ley 1l/1996.

Respecto al régimen legal relativo al acceso a la propiedad y titularidad de una Oficina de Farmacia, está fuertemente regulado, siendo altamente restrictiva y provocando fuertes desajustes entre la oferta y la demanda.

El libre ejercicio de la profesión aparece conculcado, ante la imposibilidad *de facto* de acceder a la titularidad de una Farmacia, dada la elevada cuantía económica a que ascienden los traspasos de propiedad.

En opinión del Tribunal de Defensa de la Competencia, tanto la limitación del número como la localización de las Oficinas debería corresponder libremente a los farmacéuticos. En íntima relación con lo anterior, el Tribunal manifiesta que la estructura y la conducta del sector, pone de manifiesto que las Oficinas de Farmacia comparten el monopolio de la distribución de los medicamentos en territorios limitados y compiten entre ellas a partir, casi exclusivamente, de factores distintos al precio. En España, las especialidades farmacéuticas están fuertemente sometidas a control de precios, exceptuándose sólo algunos casos concretos, y caracterizándose por una conducta de los farmacéuticos de resistencia a la aplicación de descuentos. Respecto de los horarios, también, según el Tribunal de Defensa de la Competencia, se alejan de cualquier criterio de racionalidad empresarial, limitando la libertad del farmacéutico para ordenar libremente su actividad. Asimismo entiende que la consideración conjunta de todos los elementos que configuran el mercado, permite afirmar que el sector de las Oficinas de Farmacia constituye un caso de competencia monopolística con regulación en el contexto de un mercado fuertemente comercializado, caracterizado esencialmente por: a) elevados costes de distribución; b) la existencia de rentas monopolísticas; c) una demanda cuyo principal exponente es la seguridad social, lo que le confiere un marcado carácter monopolístico, dado que coexisten un gran comprador, con un elevado poder de negociación, y una constelación de pequeños compradores, que en las actuales circunstancias, disponen de un reducido poder de negociación con los propietarios de las Oficinas de Farmacia.

A la vista de todo lo anterior cabe preguntarse ¿Es la Oficina de Farmacia exclusivamente una empresa en la que se venden bienes de consumo sin más? Y por lo tanto, ¿solamente debe

---

[4] El art. 94 establece los criterios generales de Procedimientos para la financiación pública.

[5] Conforman el Capítulo V.

[6] Por un lado, la integración de los Centros de las corporaciones locales ha planteado algunas dificultades, salvadas inteligentemente por algunos gobiernos autónomos estableciendo convenios con las Administraciones locales titulares de centros y servicios. A esta traslación paulatina de establecimientos locales hacia los servicios de salud de la Comunidad Autónoma se refiere la Disposición Transitoria primera. Pero el obstáculo más importante, que frustra el propósito central de la ley, proviene de la excepción recogida en la Disposición Adicional sexta, donde se indica que *"los centros sanitarios de la seguridad social quedarán integrados en el servicio de salud sólo en los casos en que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la seguridad social, de acuerdo con su Estatuto. En los restantes casos, la red sanitaria de la seguridad social se coordinará con el servicio de salud de la Comunidad Autónoma"*. Las competencias sobre asistencia sanitaria de seguridad social se rigen por lo establecido en el art. 149.1 párrafo 17 de la Constitución y no responden a los mismos principios desarrollados en el párrafo 16.

considerarse cuestiones tales como la limitación de la apertura, los descuentos, el precio máximo, los horarios, las distancias, los habitantes, la propiedad? ¿Dónde quedan otros elementos tales como la calidad de la atención farmacéutica, la educación sanitaria, el consejo farmacéutico, las interacciones entre medicamentos, los efectos secundarios, las reacciones adversas, las medidas preventivas de salud, y un larguísimo etcétera?

Se justifica sobradamente una regulación marco de las Oficinas de Farmacia, pero no sólo por razones económicas o de competencia de mercado, sino también por interés público y sanitario[7].

Consideraciones a nivel estatal de la Oficina de Farmacia.

La LGS indica en el art. 103.1 "*La custodia, conservación y dispensación de medicamentos corresponderá: a) A las Oficinas de Farmacia legalmente autorizadas. b) A los servicios de Farmacias de los hospitales, de los Centros de Salud y de las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud para su aplicación dentro de dichas instituciones o para los que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinario de atención a la salud*".

Del mismo modo, la LGS, expone en su artículo 103.4 : "*Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las Oficinas de Farmacia abiertas al público*".

En base al anterior artículo, los farmacéuticos son profesional, civil e, incluso, llegado el caso, penalmente responsables de sus Farmacias, tanto si son propias como si son regentadas por ellos[8]. Este alto grado de responsabilidad es factor inherente al prestigio profesional que conlleva ser experto en el medicamento[9].

Por otro lado, la Oficina de Farmacia, constituye uno de los elementos mediante los que la Ley del Medicamento trata de garantizar el principio básico de Atención Primaria de Salud, en unión con una marcada orientación hacia el uso racional de los medicamentos. Para obtener este objetivo resulta imprescindible el cumplimiento de las siguientes funciones:

- Elaboración de protocolos y pautas farmacoterapéuticas.
- Transmisión de información sobre medicamentos a los profesionales sanitarios.
- Información sobre medicación a los pacientes, seguimiento de los tratamientos y farmacovigilancia.
- Colaboración con los Hospitales y Servicios de atención especializada.
- Impulso y participación en la educación de la población sobre medicamentos, su empleo racional y la prevención de su abuso.
- La custodia y correcta conservación de los medicamentos a su cargo.
- La dispensación de los medicamentos a los pacientes por el farmacéutico o bajo su supervisión, con plena responsabilidad y de acuerdo con la prescripción o según las orientaciones de la ciencia y arte farmacéutico en el caso de los autorizados sin receta, informándoles, aconsejándoles e instruyéndoles acerca de su correcta utilización.

En España se comenzó a reglamentar el establecimiento de las nuevas Oficinas de Farmacia en base al Decreto de 1941[10], modificado por el Decreto de 1957[11] Y posteriormente, también modificado por el Real Decreto 909/1978[12] Y que hoy día ha sido modificado por el Real Decreto Ley 11/1996, de 17 de junio de 1996, de ampliación del servicio farmacéutico a la población[13]. En estos textos legales se indican los criterios de planificación más representativos a la hora de iniciar el discurso relativo a la limitación del número de Oficinas de Farmacia[14].

El artículo 1.2 del Real Decreto-Ley considera que las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, deben determinar los módulos poblacionales y las distancias entre Oficinas de Farmacia, de modo que se garantice "*... la adecuada atención farmacéutica a todos los núcleos de población, de acuerdo con sus características específicas"*. Para ello, a lo largo del artículo 1.3 exhorta a tener en cuenta criterios tales como: "la densidad de población", en cuyo caso se deberá tener en cuenta tanto la población a la que debe atender cada Oficina de Farmacia, como la distancia entre ellas; "las características geográficas", con lo que, ante dificultades originadas por accidentes geográficos, se admitiráuna nueva apertura aunque no se cubra el módulo poblacional exigido; "la dispersión" de varios núcleos de población minúsculos,

---

[7] REOL TEJADA, J.M. "La Farmacia ante el Senado y el Tribunal de Defensa de la Competencia". ACOFAR (339) 21-29 (1996).

[8] SUÑÉ ARBUSSÁ, J.M, BEL PRIETO, E: *Legislación Farmacéutica española.* Romargraf. Barcelona, 1994, p. 303.

[9] Para un extenso análisis del tema, véase CARBALLO, M.E. *Responsabilidad penal del farmacéutico en la dispensación de medicamentos.* Tesis doctoral. Barcelona, 1970 (cita extraída de SUÑÉ ARBUSSÁ, J.M., BEL PRIETO, E. 1994.

[10] Decreto de 24 de enero de 1941. BOE de 6 de febrero.

[11] Decreto de 31 de mayo de 1957. BOE de 18 de junio y corrección de errores en el del 21.

[12] De 14 de abril. BOE de 4 de mayo.

[13] BOE n° 147, de 18 de junio de 1996. Hoy se encuentra en el Congreso de los Diputados en fase de tramitación, el Proyecto de Ley de Oficinas de Farmacia, tal y como se anuncia en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley. Simultáneamente se está desarrollando la denominada Ponencia de Sanidad en que los Partidos Políticos deberán establecer un modelo sanitario marco.

[14] Nos referimos a la reglamentación concerniente a la apertura de nuevas Oficinas de Farmacia, por lo que no entramos en ningún momento a analizar la relativa a la adquisición de una Farmacia, es decir cesión, traspaso o venta

para lo que será preciso tener en cuenta la planificación de los centros de salud y establecer las Oficinas de Farmacia de forma acorde; "las necesidades sanitarias de cada territorio", asumiendo así las peculiares necesidades de las distintas zonas (industriales, turísticas, etc.)[15].

Refiriéndonos al número de habitantes, mientras el R. Decreto 909/1978 disponía: "El número total de Oficinas de Farmacia para la dispensación al público de especialidades farmacéuticas en cada Municipio no podrá exceder de una por cada 4.000 habitantes, salvo cuando concurran alguna de las circunstancias siguientes...", el reciente Real DecretoLey en su artículo 1°.3 párrafo segundo establece como módulos poblacionales, por regla general, 2.800 habitantes por Oficina de Farmacia en las zonas urbanas que así sean calificadas por la Comunidad Autónoma correspondiente. Como regla especial, las Comunidades Autónomas quedan autorizadas para que, según la concentración de población de su núcleo urbano, establezca módulos superiores de población, con un límite de 4.000 habitantes, tal y como establecía el anterior R. Decreto 909.

En cuanto a la necesidad de completar el módulo poblacional establecido con el fin de proceder a la autorización de sucesivas Farmacias, el Real Decreto-Ley establece que puede *"autorizarse una nueva Farmacia una vez superado el módulo por fracción superior a 2.000 habitantes"*.

Respecto al cómputo de habitantes, expresa en su artículo 1.3 in fine "*... se efectuará según los datos el padrón municipal vigente en la fecha de la solicitud!'*, en continuidad con la normativa anterior. Sin embargo las diversas leyes de ordenación farmacéutica adoptadas por las Comunidades Autónomas establecen distintos criterios a la hora de considerar de forma más o menos directa la población de hecho y de derecho, en clara referencia a la población flotante de épocas estivales. Casuística muy propia de las regiones más afectadas por el turismo.

Respecto a las distancias: "La distancia respecto de otras Oficinas de Farmacia no será inferior a doscientos cincuenta metros..."

Un aspecto de extraordinaria relevancia a la hora de establecer una Oficina de Farmacia es la condición ineludible de que el local reúna una serie de requisitos. El Real Decreto 909 de 1978 expresa: *"Los locales tendrán acceso libre, directo y permanente a una vía pública"*.

Otra cuestión a tener en cuenta es la intervención administrativa en materia de apertura de nuevas Oficinas de Farmacia en zonas urbanas, que deberá ajustarse a los criterios plasmados en el artículo 2°, que en tanto Ley básica deberá ser la referencia para las normas adoptadas por las Comunidades Autónomas.

Tema distinto es el de los traslados o cesiones en cualquier zona así como aperturas en zonas no urbanas, aspecto contemplado por el Real Decreto-Ley en su artículo 2° que mantiene la normativa anterior, para aquellas zonas que carezcan de Ley de Ordenación propia, es decir el R. Decreto 909, pero de lo contrario, en su caso lo determinarán *las respectivas legislaciones autonómicas.* Esto significa que en todas aquellas zonas que la Comunidad Autónoma correspondiente -y que posea Ley de Ordenación Farmacéutica- determine como no urbanas, tiene capacidad para decidir los procedimientos de nuevas aperturas, así como los traslados y cesiones sea cual sea la zona.

El artículo 3° del Real Decreto-Ley 11/1996 reitera la obligatoriedad de la presencia del farmacéutico en la Oficina de Farmacia, -*"condición y requisito inexcusable"*- en la que debe llevar a cabo funciones de dispensación de medicamentos asumiendo la máxima responsabilidad y pudiendo contar con colaboradores y auxiliares. Podrá ser sustituido por otro farmacéutico en aquellas circunstancias en que resulte imposible su presencia, pero siempre transitoria y provisionalmente.

En su Exposición de Motivos menciona "*... la flexibilización del régimen* ***de jornada y horario*** *de apertura de estos establecimientos, otorgando el carácter de mínimos a los horarios oficiales que, en materia de los usuarios, pueden fijar las Comunidades Autónomas*". Cuestión a la que dedica el artículo 4° en que, aún consagrando el régimen de libertad y flexibilidad, impone la necesidad de garantizar la continuidad de la asistencia. Este es uno de los aspectos hoy día más conflictivos entre el colectivo de los profesionales, siendo por tanto, de máxima importancia la correspondiente regulación que evite la competencia desleal.

En 1980 se definió Oficina de Farmacia abierta al público como[16] "*... el establecimiento sanitario donde se ejercen actividades y servicios asistenciales farmacéuticos, así como de salud pública en los casos y circunstancias establecidas o que se determinen ...*" ; y en 1983 la Audiencia de Sevilla aclaró que además es "*... una empresa mercantil constituida por un conjunto de elementos materiales...*". Con lo que podemos convenir en que se trata de un establecimiento sanitario y una empresa mercantil donde se ejercen funciones, actividades y servicios asistenciales farmacéuticos y de salud pública en general.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de septiembre de 1985 realizó la siguiente afirmación "*... una Oficina de Farmacia es un establecimiento sanitario, pero no un comercio o industria..."*

[15] GONZÁLEZ PÉREZ, J. "La ordenación española de las Oficinas de Farmacia en la encrucijada". CARTAS CEDEF. Vol. 1. Nº5, 1996.

[16] Orden de 17 de enero de 1980. BOE de 1.2.80.

En las Oficinas de Farmacia se completa toda la trayectoria del medicamento, haciendo posible su acceso al paciente[17]. El hecho queda enmarcado dentro de la legislación española como una actividad sanitaria de carácter privado, aunque con un claro interés público. Esto viene a confirmar que el servicio sanitario ejercido queda instrumentalizado mediante un simultáneo ejercicio comercial que, por otro lado no debe desvirtuar el primero.

De acuerdo con nuestra Constitución, toda reglamentación de las Oficinas de Farmacia dentro de nuestro territorio no puede contravenir el derecho de libertad de empresa así como el papel de profesional liberal del farmacéutico, y por tanto la libertad de ejercicio profesional. Sin embargo deben estar sometidas al criterio básico de salvaguardar el interés público, y más concretamente la Salud Pública.

Las Comunidades Autónomas y la Ordenación Farmacéutica

La Ley 20/1990 del Medicamento[18], en su artículo 88 expresa "*Las Administraciones sanitarias con competencias en ordenación farmacéutica realizarán la ordenación de las Oficinas de Farmacia, debiendo tener en cuenta los siguientes criterios: a) Planificación general de las Oficinas de Farmacia (...) b) La presencia y actuación profesional del farmacéutico (...) c) Las exigencias mínimas materiales, técnicas y de medios (...) en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica*".

En coherencia con lo anterior, en 1991 la Generalitat de Cataluña promulgó su Ley de Ordenación Farmacéutica de Cataluña[19]. En 1994 fue aprobada la Ley de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco[20]; más recientemente, contamos con la Ley 3/1996, de Atención Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura[21] y la, más actual aprobada es la Ley 4/1996 de 26 de diciembre, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha[22]. El resto de Comunidades Autónomas están poniendo en marcha los trabajos para la adopción de sus respectivas Leyes de Ordenación Farmacéutica, pero, en tanto no las tengan en vigor, deberán atenerse al régimen jurídico de orden estatal.

Analicemos como quedan reflejados los criterios de planificación anteriormente citados como más representativos a la hora de enmarcar la regulación de las Oficinas de Farmacia.

Ley 31/1991, de Ordenación Farmacéutica de Cataluña

En su Preámbulo expresa: "*Constituye un requisito ineludible, en el momento de regular la Atención Farmacéutica, partir de la base de que esta Atención no puede ser considerada de una forma aislada, sino que es preciso inscribirla en el concepto más amplio de Atención Sanitaria ..." y más adelante "... los ámbitos en que debe desarrollarse la atención farmacéutica son, por una parte el aspecto propiamente asistencial y las funciones que giran en torno a éste: las relacionadas con la distribución, conservación y custodia del medicamento, su elaboración en preparación extemporánea y la misma dispensación (...) otras se refieren al control de calidad de los servicios prestados y (...) en último término, las tareas defarmacovigilancia...*".

En su artículo 1° establece que la Atención Farmacéutica "... debe prestarse en todos los niveles del Sistema Sanitario mediante los establecimientos y servicios que se refieren (...) a) en el nivel de Atención Primaria en las Oficinas de Farmacia y botiquines y en los servicios farmacéuticos del sector sanitario. b) en el nivel que se presta en los centros hospitalarios, sociosanitarios y psiquiátricos, debe prestarse por los servicios de Farmacia y depósitos de medicamentos ...".

En su artículo 2° define la Oficina de Farmacia como el "*establecimiento sanitario en el que, bajo la dirección de uno o más farmacéuticos, se llevan a cabo las siguientes funciones: a) la adquisición, custodia, conservación y dispensación de medicamentos y productos sanitarios. b) la elaboración de fórmulas magistrales y preparados Oficinales (...)*[23]*. c) la elaboración en el control del uso individualizado de los medicamentos, a fin de detectar las reacciones adversas que puedan producirse y notificarlas a los organismos responsables de la farmacovigilancia. d) la colaboración en los programas que promuevan la Administración sanitaria o la Corporación farmacéutica sobre garantía de calidad de la asistencia farmacéutica, garantía de calidad de la atención sanitaria en general, promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y educación sanitaria. e) la colaboración con la Administración sanitaria o la Corporación farmacéutica en las siguientes actividades:*

- -F*ormación e información dirigidas al resto de profesio-*

[17] GONZÁLEZ NAVARRO. "El sistema del medicamento en el Derecho de la Comunidad Europea. Una propuesta metodológica". DERECHO y SALUD. Vol. 3 no1, enero-junio 1995, pp. 7 y ss.

[18] BOE de 22 de diciembre de 1990.

[19] Llei 31/1991, de 13 de diciembre, de ordenación farmacéutica de Cataluña. DOGC de 8 de enero de 1992 y BOE de 6 de febrero; corrección de errores en DOGC de 13 de noviembre.

[20] Ley 11/1994, de 17 de junio. BOPV de 15 de julio.

[21] BOE n° 192 de 9.8.1996.

[22] DOCM n° 2 de 10 de enero de 1997.

[23] Adquiere gran interés el texto elaborado por la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo en diciembre de 1991 sobre Normas para la correcta manufactura de la Fórmula Magistral y Preparados Oficinales. Asimismo, queda actualizada esta materia en Formulación magistral de Medicamentos. Colegio Oficial de Farmacéuticos de Vizcaya. 1994.

nales sanitarios sobre el medicamento.

- *Información a los usuarios del sistema sanitario sobre el uso correcto del medicamento.*

f) La realización de otras funciones de carácter sanitario, que puedan ser llevadas a cabo por el farmacéutico que ejerce en la Oficina de Farmacia de acuerdo con su titulación.

g) La actuación coordinada, a nivel de Área Básica de Salud, con el equipo de Atención Primaria".

Las funciones especificadas en esta definición, tal y como puede observarse, recogen todos y cada uno de los factores integrantes de una labor integral en materia de salud por parte del farmacéutico.

Veamos qué criterios son los establecidos con el fin de determinar la planificación farmacéutica reseñada en el artículo 5° y que se desarrolla en el artículo 6°.

En cuanto al criterio demográfico -número de habitantespor Farmacias la Ley de Ordenación Farmacéutica Catalana (LOFC), considera el Área Básica de Salud[24] (ABS) como núcleo a tener en cuenta para la autorización de nuevas Farmacias y, con independencia de las excepciones, se establece:

* Área Básica Urbana (ABU) "*es la que tiene por lo menos el 90% de población en un mismo término municipal. Se autorizará una Farmacia por cada 4.000 habitantes y fracción superior a los 2.000*".

* Área Básica de Montaña (ABM) "*es la comprendida en su totalidad en comarcas de montaña o zonas de montaña determinadas por la Llei 2/1983 d'Alta Muntanya. Se autorizará una Farmacia por cada 1.500 habitantes*".

* Área Básica Rural y Semi urbana (ABR i ABSU "*son las no comprendidas en las anteriores. Se autorizará una Farmacia por cada 2.500 habitantes*".

La determinación del número de habitantes en todo caso deberá llevarse a cabo en conformidad a lo establecido en Orden de 1979 que desarrolla el Real Decreto 909/1978, y que señala: *"Censo de población del Municipio a* 31 *de diciembre del año anterior*[25]*. El censo de población se acreditará con certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento o de la Delegación del Instituto Nacional de Estadística, referido a la rectificación anual del padrón municipal efectuada el 31 de diciembre del año anterior a la fecha de la solicitud de instalación de nueva Farmacia".*

Con respecto al criterio geográfico -distancia- de la nueva Farmacia, el artículo 7° detalla en el apartado B: *"En cualquier caso, el emplazamiento de la nueva Oficina de Farmacia guardará una distancia de 250 metros de la Oficina de Farmacia más próxima, sea o no sea de la misma Área Básica de Salud. Igualmente, las Oficinas de Farmacia no pueden establecerse a menos de 250 metros de un Centro de Atención Primaria que sea cabecera de Área Básica. En el supuesto de que la Oficina de Farmacia se establezca en un municipio que no disponga de Oficina de Farmacia, la distancia a guardar respecto del Centro de Atención Primaria será de* 125 *metros..."*[26].

La solicitud de apertura de una nueva Oficina de Farmacia en Cataluña, cuya autorización es tramitada a través del correspondiente Colegio Oficial de Farmacéuticos[27], incluye los siguientes aspectos:

Pueden solicitarla:

* Uno o más farmacéuticos.
* Los órganos de gobierno de la comarca, municipio o municipios.

De oficio por el Departament de Sanitat i Seguretat Social o por el Colegio de Farmacéuticos.

No pueden solicitarla:

- Farmacéuticos de más de 65 años.
- Farmacéuticos con Farmacia en el municipio o Área Básica.

Los traslados sólo pueden realizarse dentro de una misma Área Básica o a otra pero que se encuentre en el mismo municipio, respetando en todo momento las distancias establecidas anteriormente (art. 8).

Cabe destacar que la transmisión de una Farmacia, bien por traspaso o por cesión "*... sólo podrá llevarse a cabo cuando el establecimiento haya permanecido abierto al público al menos seis años ...*" Circunstancia que está en clara disparidad con lo marcado por la Unión Europea, en la Directiva 85/433/CEE, que establece esta posibilidad cuando lleve abierta al menos tres años.

---

[24] Creada según Llei 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria de Cataluña. DOGC de 30 de julio y BOE de 17 de agosto. Por Resolución de 30 de enero de 1992, DOGC de 12 de febrero, se publica la clasificación de ABS en los términos en que las define la LLO.F.C

[25] Para la determinación del número de habitantes en Cataluña, a la población del ABS en la última revisión del padrón municipal vigente al solicitar se sumará el producto dellO% de alojamientos turísticos (segunda residencia) demostrados por cualquiera de los medios admitidos en derecho, multiplicados por las plazas hoteleras y de camping certificadas por el Departament de Comerc;:, Consum i Turisme.

[26]. Para más detalles véase MARTÍN BARBA, M.P. y ESPINOSA RAMOS, E. "Medición de distancias y autorización de apertura de oficinas de Farmacia en Cataluña". OFFARM. Marzo de 1993, pp. 32-34.

[27] En la Disposición Adicional Primera se menciona que podrá *delegarse total o parcialmente en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Cataluña el ejercicio de la competencia de autorización para crear, construir, modificar, adaptar o suprimir las Oficinas de Farmacia*

De todos modos, la venta de la Farmacia podrá llevarse a cabo en los mismos términos existentes a nivel estatal, es decir *"... tienen derecho preferentemente el farmacéutico regente, el sustituto y el adjunto, respetando en todo caso el derecho que otorga la legislación civil al farmacéutico copropietario. Si éstos no existiesen o si desisten de su derecho, la venta podrá hacerse a favor de cualquier otro farmacéutico que estuviese interesado..."*.

Se trata, por tanto, de una Ley de Ordenación Farmacéutica que podríamos definir como clásica o tradicional, dentro de que establece algunas novedades, pero sin embargo presenta una cierta continuidad, con la norma estatal, en lo fundamental, aunque hay que tener en cuenta que data de una fecha anterior al Real Decreto-Ley de 1996.

La Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En su Exposición de Motivos indica: "La formación y aplicación de políticas farmacéuticas, como parte integrante de una política sanitaria, debe estar orientada al logro de las metas de salud que, en cada época, se consideren adecuadas. Todo ello, teniendo en cuenta que la salud es un proceso activo que debe conseguirse por la aplicación de todos los recursos existentes, entre los cuales, los sanitarios han de jugar un papel importante.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta: a) Que una parte importante de la atención farmacéutica debe ser prestada necesariamente a través de las Oficinas de Farmacia..."

En su artículo 1.1 afirma: *"La presente Ley tiene por objeto la regulación de la atención farmacéutica que debe prestarse a los ciudadanos, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 10.15 y 18 del Estatuto de Autonomía del País Vasco"*.

Más adelante, en el artículo 3.1 describe cuáles son los establecimientos y servicios de atención farmacéutica, entre los que incluye las Oficinas de Farmacia, -que deberán disponer de una superficie útil mínima de 75 metros cuadrados, y contarán, al menos, con las siguientes zonas: zona de atención al usuario, zona de recepción, revisión y almacenamiento de medicamentos, zona de laboratorio para elaboración de fórmulas magistrales, despecho para el farmacéutico, aseo (artículo 7.2)[28], los botiquines, los servicios de Farmacia de los centros de salud, así como los de los hospitales, y los depósitos de medicamentos tanto de hospitales como de centros sociosanitarios.

Promulga en su artículo 5 *"Todos los ciudadanos tienen derecho a la libre elección de Oficina de Farmacia*".

Es interesante destacar que el artículo 6 expresa categóricamente "*Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las Oficinas de Farmacia abiertas al público. Cada farmacéutico solamente podrá ser propietario y titular o copropietario y cotitular de una única Oficina de Farmacia...*"

En su Sección 2ª "De la planificación de las Oficinas de Farmacia" artículo 9 expone:

1. "*La planificación de Oficinas de Farmacia se realizará en base a las necesidades de atención farmacéutica de los habitantes de una demarcación territorial determinada.* "

2. "*La demarcación territorial a que se refiere el apartado anterior se denominará zona farmacéutica y estará formada por el conjunto de una o varias zonas de salud*".

En el artículo 11 detalla el número de habitantes de acuerdo a la zona de salud[29]: a) en los casos en que un municipio sea territorialmente superior a una zona de salud[30]: "*... el número de Farmacias será como máximo de una por cada 3200 habitantes empadronados en la zona farmacéutica. Una vez cubierta esta proporción, podrá establecerse una nueva Oficina de Farmacia siempre que se supere dicha proporción en 2500 habitantes"*.

) en los casos en que una zona de salud comprenda la totalidad de un único municipio: "... el número de Farmacias será como máximo, de una por cada 2800 habitantes empadronados en la zona farmacéutica. Una vez cubierta esta proporción, podrá establecerse una nueva Oficina de Farmacia siempre que se supere dicha proporción en 2500 habitantes*".

) en los casos en que una zona de salud comprenda, total o parcialmente, varios municipios: "... el número de Oficinas de Farmacia, será como máximo, de una por cada 2500 habitantes empadronados existentes en la zona farmacéutica, salvo que uno de los municipios que la conforma concentre, al menos, el 75% del total de habitantes de la misma...*".

Por otra parte el artículo 15 especifica:

1. "El emplazamiento de una nueva Oficina de Farmacia deberá guardar una distancia de, al menos, 250 metros respecto de la Oficina de Farmacia más próxima, sea o no de la misma zona de salud".

[28] Posterionnente fue aprobado el Decreto 481/1994, de 27 de diciembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y materiales de las Oficinas de Farmacia, así como la distribución interna de su superficie. BOPV n° 11 ZK de 17.1.1995.

[29] Incluye algunas excepciones que no se detallan por no extender en exceso el texto.

[30] Véase PRIETO, E y SUÑÉ ARBUSSÁ, J.M. "Los servicios farmacéuticos en la Ley de Ordenación Farmacéutica del País Vasco". OFFARM. Abril 1995, pp. 65-70. También BEL PRIETO, E. Y SUÑÉ ARBUSSÁ "Regulación de la actividad de la Oficina de Farmacia en la Ley de Ordenación Farmacéutica del País Vasco" OFFARM. Mayo 1995, pp. 62-68.

2. "Excepcionalmente, en aquellas zonas farmacéuticas de densidad mayor a 4000 hab/Km2 se podrá establecer reglamentariamente una escala en la que, en función de la densidad de cada zona de salud pueda reducirse la distancia entre Oficinas de Farmacia ubicadas en las mismas hasta un mínimo de 150 metros, respetando la distancia establecida con carácter general respecto a las Oficinas de Farmacia de las zonas de salud colindantes".

3. "El establecimiento de una nueva Oficina de Farmacia por razón de nueva instalación o de traslado deberá guardar una distancia no inferior a 150 metros respecto a cualquier centro sanitario dependiente del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza"[31].

En lo que afecta a la transmisión[32] de las Oficinas de Farmacia "*...podrá llevarse a cabo cuando hayan transcurrido, al menos, tres años desde la apertura o desde la última transmisión, salvo por fallecimiento, jubilación, incapacitación o declaración judicial de ausencia del farmacéutico titular" (artículo 17.1.) Para que se produzca dicha transmisión "... la Administración sanitaria hará público, mediante anuncio en el Boletín Oficial del País Vasco, la apertura de un concurso de méritos para determinar el orden de preferencia (...) entre aquéllos que acepten las condiciones de la oferta efectuada por el transmitente*" (art. 17.2)[33].

Se observan, por tanto, diferencias en cuanto a los criterios geográficos y demográficos, con respecto las normativas anteriormente citadas, pero siempre en coherencia con el marco general estatal, sin olvidar que este texto legal fue adoptado con anterioridad al Real Decreto-Ley de 1996. Circunstancia que persiste en lo concerniente a la autorización, traslado, traspaso y cesión de la Oficina de Farmacia. Aspectos en los que se continúa la trayectoria general establecida a nivel estatal, con la única especificidad de que la Comunidad Autónoma, a través de su Departamento de Sanidad, asume sus competencias en la materia, sin delegar en los Colegios profesionales (artículo 34).

Ley 3/1996, de Atención Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura[34]

Dentro de su Preámbulo la Ley de Atención Farmacéutica de la Comunidad de Extremadura (LAFCAE) expone que el objetivo de conseguir "*... la organización* y *la tutela de la* Sani*dad Pública* (...) *permite* y *aconseja establecer límites a la libertad de empresa haciendo posible regular el establecimiento de las Oficinas de Farmacia".*

Más adelante expresa "*... el ámbito normativo de la Comunidad Autónoma de Extremadura es el artículo 8.5 del Estatuto de Autonomía que otorga el título competencial necesario que ampara la promulgación de esta Ley al atribuir (...) el desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene, establecimientos sanitarios y coordinación hospitalaria en general*".

Existen discrepancias en cuanto a la constitucionalidad de las competencias de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de ordenación farmacéutica[35]. Esta opinión se basa en la interpretación de los artículos 149.1.1" y 16" de la Constitución y su relación con los artículos 103 de la LG.S. y 88 de la Ley del Medicamento; y en que los Estatutos de Autonomía de la Generalitat de Cataluña, del País Vasco y de Valencia especifican la competencia de estas Autonomías en materia de ordenación farmacéutica, a diferencia del Estatuto de Extremadura en donde no se explicita esta competencia exclusiva. *Por otro* lado, el Real Decreto-Ley 11/1996, de ampliación del servicio a la población, en su artículo 10 párrafo primero encomienda a las Comunidades Autónomas establecer *criterios específicos de planificación*, para lo cual, las *demarcaciones de referencia para la planificación farmacéutica serán las unidades básicas de atención primaria fijadas por las Comunidades Autónomas.* Con ello el régimen definitivo es: planificación general de las Oficinas de Farmacia como competencia estatal; pero planificación específica para, determinados módulos poblacionales y distancias, que será competencia y se llevará a cabo por las Comunidades Autónomas.

La LAFCAE se inicia determinando su ámbito de aplicación en el artículo 10 "*... el conjunto de actuaciones que debe realizar el profesional farmacéutico desde el momento del suministro del medicamento al establecimiento sanitario hasta el acto de dispensación...*".

La Comunidad Autónoma es la encargada de garantizar la asistencia farmacéutica en todas sus facetas, oídos los Cole-

[31] Las distancias entre las Farmacias se determinó mediante el Decreto 430/1994, de 15 de noviembre. BOPV n° 240 ZK de 20.12.

[32] El procedimiento de transmisión se estableció con el Decreto 29/1995, de 17 de enero. BOPV n° 32 ZK de 15.2.1995.

[33] Sin embargo las condiciones para los traslados, regulados por el artículo 16, fueron posteriormente modificados por Orden de 14 de noviembre de 1994 y por Orden de 3 de enero de 1995, del Consejero de Sanidad, por la que se suspende transitoriamente la tramitación de las solicitudes de traslado de Oficinas de Farmacia que afecten a las zonas farmacéuticas reguladas en la anterior Orden. BOPV n° 12 ZK de 18.1.1995.

[34] Se encuentra recurrida por el Gobierno central ante el Tribunal Constitucional.

[35] Para una más amplia explicación de esta casuística, véase DICTAMEN emitido a requerimiento de la Asociación Empresarial de Farmacéuticos de Extremadura sobre la Ley 2/1996 de Atención Farmacéutica de la Comunidad de Extremadura emitido por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Julio, 1996.

gios Profesionales y en coordinación con el resto de los *Servicios Sanitarios de la Zona de salud* (art. 5). Circunstancia que está en coherencia con el Real Decreto-Ley que atribuye a las CC.AA. la tramitación de los expedientes de autorización[36], con independencia de que establece en su artículo 2.2 que los procedimientos de autorización podrán iniciarse de oficio o a solicitud de los interesados, entidades locales y Colegios Profesionales.

Cabe destacar que en su artículo 6° exige que "*la autorización administrativa concedida para la instalación de una Oficina de Farmacia caducará cuando el beneficiario de la misma cumpla la edad de setenta años". La inclusión de este elemento es contrario al ejercicio de una profesión liberal titulada en que no está prevista la jubilación por edad. Esta autorización estará "... sujeta a una planificación sanitaria general, conducente a garantizar una atención farmacéutica adecuada y un uso racional de los medicamentos, así como a posibilitar un más alto nivel de calidad y equipamiento en la dispensación de medicamentos*" (art. 8°).

El artículo 2.3 del Real Decreto-Ley incide en que la autorización se tramitará "... *con arreglo a principios de concurrencia competitiva, transparencia, mérito y capacidad...".* Dentro del baremo de méritos de la LAFCAE incluye "... *la integración profesional y empadronamiento mínimo de tres años en el ámbito de esta Comunidad Autónoma".* Este requisito discriminatorio podría estar en contradicción con el artículo 139 de la CE que indica "1. *Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado*

2. *Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español".*

Evidentemente, también contraviene el principio básico, determinado en la Unión Europea, de libertad de establecimiento de los profesionales liberales.

Entre los criterios de planificación comencemos por analizar el demográfico. El párrafo segundo del artículo 10° de la LAFCAE determina en **1.800** habitantes el módulo poblacional por Farmacia en los denominados núcleos urbanos, y una nueva por cada 1.800 habitantes más, tal y como expresa literalmente *"El número total de Oficinas de Farmacia en los núcleos urbanos* (...) *no excederá de una por cada 1.800 habitantes. Las autorizaciones de las siguientes Oficinas de Farmacia serán por tramos a partir de 1.801-3.600 habitantes, 3.601-5.400 y así sucesivamente. Para el cómputo de los habitantes se tomará como referencia la población que conste en el último padrón municipal o rectificación anual del mismo vigente en el momento de inicio del procedimiento de autorización.*

En aquellos casos en que resulte acreditada la existencia de población de hecho, flotante, estacional o de temporada, ésta se computará sumándose a la población de derecho y prorrateándose mensualmente a fin de obtener la población total a efectos de la ratio *contemplada en este artículo".*

Esta *ratio* resulta ser un tanto desconcertante puesto que contraviene los criterios generales establecidos por el Real Decreto-Ley 11/1996 que, tal y como se especificó en capítulos anteriores, el módulo habrá de ser de "... *2.800 habitantes por Farmacia y una nueva Farmacia, una vez superada esta proporción, por fracción superior a 2.000 habitantes".*

Además el Real Decreto-Ley prevé realizar el cómputo de habitantes según los datos del Padrón municipal vigente en la fecha de la solicitud, no haciendo referencia a la población de hecho y/o flotante.

Tal vez uno de los temas más conflictivos de la LAFCAE es el relativo a la transmisión de las Oficinas de Farmacia abordada en los artículos 11 y 14 y en la Disposición Transitoria Tercera.

Los dos últimos párrafos del artículo 11 establecen que en los casos en que exista más de un titular de la Oficina de Farmacia, en caso de fallecimiento, renuncia o jubilación de uno de ellos, "... *la autorización administrativa quedará asignada al otro u otros cotitulares"* y además limita el régimen de cotitularidad de una Farmacia "... *a los titulares iniciales de la autorización administrativa".* Con lo que se trata de impedir que el farmacéutico pueda transmitir una parte de su empresa.

Por su parte el artículo 14 expresa "... *Queda prohibida la venta, cesión, traspaso, arrendamiento o cualquier otra forma de trasmisión, ya sea por actos inter vivo o mortis causa, de la autorización administrativa concedida en su día para la apertura de la Oficina de Farmacia...*"

En la Disposición Transitoria Tercera abunda en el tema añadiendo: "*No obstante lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley, se podrá autorizar la enajenación, cesión o traspaso de titularidad de Oficinas de Farmacia abiertas en la actualidad por una sola vez...*"

Todos estos requerimientos, sin pasar desapercibida la Disposición Transitoria Segunda en donde la Junta de Extremadura puede autorizar el funcionamiento de las Farmacias que hayan sido cerradas judicialmente o las que se encuentren en trámite judicial, mediante la concesión de una nueva licencia administrativa de apertura, pues bien, todas estas circunstancias hacen que la LAFCAE esté en "tela de juicio" en cuanto a su constitucionalidad y contradicción con las normas generales del Estado.

Además de incidir de lleno en el ámbito patrimonial privado ajustado a derechos civiles, a relaciones jurídico-privadas, al

[36] Recordemos que, de momento, la Generalitat de Cataluña tiene delegada esta competencia a los Colegios Profesionales.

derecho de caucasianas, y además a contravenir el derecho de libre empresa y economía de mercado, en términos generales establece un nuevo modelo de Oficina de Farmacia.

La Ley 4/1996 de 26 de diciembre, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha[37].

En su Exposición de Motivos expresa que, al amparo de la Ley Orgánica 7/1994, de 24 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha se desarrolla la competencia en materia de ordenación farmacéutica, *"dentro del campo más amplio de Sanidad e Higiene"* capacidad legislativa y ejecutiva que corresponde a la Junta de Comunidades en conformidad con la legislación básica del estado. Del mismo modo, siguiendo la LGS y la Ley del Medicamento la regulación en cuestión, pretende garantizar que en esta Comunidad Autónoma caracterizada con baja densidad de población, alta tasa de envejecimiento, dificultades orográficas, gran dispersión poblacional, etc., un uso racional del medicamento y mejora de su calidad. Siempre bajo el espíritu de acercamiento al ciudadano de este servicio público y universal, de forma cercana, cómoda, con calidad, adecuado a las necesidades y demandas y bajo los criterios de equidad, accesibilidad y calidad de la asistencia.

Para conseguir lo anterior el elemento de planificación tomado como referencia son las zonas básicas de salud, posibilitando la instalación de farmacias en todos los núcleos de población, para lo cual se disminuye el número máximo de habitantes por Oficina de Farmacia y se reducen las distancias.

Precisamente uno de los objetivos a alcanzar por la administración autónoma como es el aumento del número de oficinas de Farmacia, constituye sin embargo uno de los aspectos más respondidos por parte de las corporaciones profesionales. El motivo se centra en que el aumento de farmacias supone la disminución automática de la rentabilidad de todas ellas, llegando incluso a no poder alcanzar unos mínimos de mantenimiento empresarial.

Asimismo, la ley hace hincapié en la necesidad de que el farmacéutico, en tanto que agente sanitario, ejerza una atención continuada mediante su presencia personal y directa.

Se compone de 93 artículos, estructurados en ocho títulos, con una Disposición Adicional, cinco Disposiciones Transitorias y una Disposición Final.

En su contenido incluye la reglamentación para el ejercicio de la asistencia farmacéutica en todos y cada uno de los ámbitos implicados, es decir, en los servicios de farmacia de Atención Primaria del Sistema Nacional de Salud y centros de salud, en servicios de farmacia hospitalaria y depósitos de medicamentos, en botiquines, en los centros sociosanitarios, en los almacenes de distribución mayorista, en los establecimientos de dispensación de medicamentos veterinarios y, por supuesto, en las oficinas de farmacia. Ámbito de aplicación que queda detallado en el artículo 1° y cuya tipología se define a lo largo de artículo 2°.

En lo relativo al establecimiento de la oficina de farmacia, las condiciones más novedosas introducidas, con respecto a la normativa vigente a nivel estatal, son: a) por un lado los criterios de planificación dictados en el artículo 36 por los que, en clara disparidad con el Real Decreto-Ley de 1996, se establece la posibilidad de instalar una farmacia en un núcleo de población que presente 1.750 habitantes y, una vez superado este módulo poblacional, otra más por cada 1.000 habitantes que consten en el padrón en el momento de presentarse la solicitud de apertura (artículo 37). A efectos de la Ley se entiende por núcleo de población a *"un conjunto, independiente o aislado, de al menos diez edificaciones que estén formando calles o plazas"*, y la distancia mínima entre las farmacias será de 150 metros, considerando el camino vial más corto.

Por otro lado la obtención de una licencia de apertura se obtendrá en base al denominado principio de igualdad y el de su no transmisión, puesto que es intransferible y caducará en el momento en que el titular a quien fue otorgada deje de disfrutarla (artículo 38).

El ejercicio profesional por su parte, incluye aspectos muy modernos, como la propia definición de "consejo farmacéutico", "asistencia farmacéutica", junto a la "dispensación", así como la necesidad de establecer una zona exclusiva de "consulta farmacéutica", o la posibilidad de realización de "historias farmacoterapéuticas" con clara exclusión del establecimiento de un diagnóstico clínico.

Al hilo de un moderno concepto de ejercicio profesional, se establece un sistema de acreditación sanitaria para aquellas farmacias que, además de asumir sus funciones básicas (artículo 19), participen voluntariamente en actividades de tipo general de asistencia farmacéutica como programas generales de educación sanitaria, promoción de la salud, prevención de la enfermedad y detección de problemas sanitarios, encaminado siempre hacia el uso racional del medicamento en términos generales. Las actuaciones específicas se basan en el "*... desarrollo de programas de colaboración con establecimientos y servicios en materia de drogodependencias, alcoholismo, detección y prevención de incompatibilidades medicamentosas en pacientes polimedicados, SIDA, programas de planificación familiar, programas de cumplimiento de tratamientos, programas de asistencia farmacéutica en hospitalización domiciliaria, programas de farmacovigilancia...*" y de ese modo colaborará en programas que promuevan la garantía

[37] Véase reseña publicada en la Rey. Foro Manchego n° 36. Marzo 1997. Ilustre Colegio de Abogados de Ciudad Real.

de calidad de la asistencia farmacéutica en el marco de una garantía de calidad de la atención sanitaria en general.

Los derechos de los ciudadanos con respecto a la asistencia farmacéutica expresados en el artículo 16 recogen los términos en los que el enfermo y usuario podrá tener acceso a un atención farmacéutica continuada, obtener los medicamentos necesarios para su salud y conocer toda la información referida a su historia farmacoterapéutica.

En la presente normativa la Comunidad Autónoma asume la capacidad de establecimiento de los horarios comerciales y de urgencias así como los turnos vacacionales. Igual circunstancia subsiste en lo concerniente a la autorización de apertura. El procedimiento se basa en un sistema de concurso público, conforme a un baremo de méritos que será elaborado oídos los Colegios Oficiales de Farmacéuticos, las Asociaciones de Farmacéuticos en demanda de empleo, las Federaciones de Empresarios Farmacéuticos y los Sindicatos.

Una de las cuestiones más solicitadas por los farmacéuticos en demanda de empleo es la conveniencia de que en función del volumen de negocio de la farmacia sea obligatoria la contratación de un número determinado de farmacéuticos. El artículo 29 así lo recoge en la figura del farmacéutico adjunto, y anuncia que se determinarán los criterios reglamentariamente por la Administración Sanitaria.

Los temas anteriormente expuestos suponen una extraordinaria transformación del marco general regulador de la Oficina de Farmacia. Esta circunstancia está generando hoy día, un intenso debate en el que con independencia de lo argumentado por cada colectivo implicado, sin duda generará un nuevo diseño en el que se tengan en cuenta los actuales parámetros sanitarios, profesionales, económicos, éticos, etc., que giran en tomo a la farmacia.

La rápida visión de los criterios adoptados por las diferentes normas hoy vigentes en tomo a los parámetros demográficos y geográficos a tener en cuenta para la apertura de nuevas Oficinas de Farmacia, hacen apreciar claramente la diversidad con que se interpreta el concepto de adecuada planificación de las mismas. En este sentido, una vez más, cabe recordar los expresado por el TC en sentencia 93/1992, de 11 de junio: *"nada tiene de extraño que exista confusión en la materia, porque la profesión farmacéutica se encuentra regulada por un aluvión de disposiciones heterogéneas..."*[38].

Al hilo de lo anterior, parece oportuno evocar a José Ortega y Gasset[39] "... *nos encontramos con dos formas de cambio* (...)

1º Cuando cambia algo en nuestro mundo.

2° Cuando cambia el mundo".

En el primer caso "... al sistema de convicciones de ayer sucede otro hoy, con continuidad, sin salto -por lo tanto- la armazón principal permanece vigente ... En el segundo caso ... ese mundo se ha venido abajo. Es un cambio que comienza a ser negativo. No se sabe qué pensar de nuevo. Se siente profundo desprecio por todo o casi todo lo que se creía ayer, pero la verdad es que no se tienen verdaderas creencias positivas con que sustituir las tradicionales..."

[38] Cita extraída de GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ SALINAS, E. La reforma de la Ordenación Farmacéutica. Madrid. Civitas, 1996, 15

[39] ORTEGA Y GASSET, J. En tomo a Galileo. Revista de Occidente. Madrid, 1956, pp. 91-92.

CONCLUSIONES DEL COLOQUIO INTERNACIONAL "PERSPECTIVAS DEL DERECHO MEDICO"

Facilitadas por el Profesor Carlos M. Romeo Casabona
y traducidas del alemán por el Profesor Manuel Cancio Meliá

Ha tenido lugar en el Schlob Ringberg/Tegernsee (República Federal Alemana), la sede de congresos de la Sociedad MaxPlanck, un Coloquio Internacional e interdisciplinario sobre el tema "Perspectivas del Derecho Médico", dirigido por los profesores Albin Eser y Hansjorg Just con la colaboración del Dr. Hans-Georg Koch y organizado por el Instituto MaxPlanck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo de Brisgovia en cooperación con el Centro de Ética y Derecho y la Sociedad de Colaboración Médico-Científica. Este coloquio reunió a alrededor de 40 científicos alemanes y extranjeros -incluidos españoles- de distintas profesiones jurídicas, médicas y de ética de la medicina con el objetivo de intercambiar experiencias relacionadas con una concepción interdisciplinaria e integral del Derecho médico y de evaluar y promover, en su caso, la posibilidad de un desarrollo en tal sentido en Alemania. Para exponer al público la relevancia y urgencia de este objetivo, los participantes aprobaron la toma de posición que sigue.

Por un "Derecho médico integrador"

Como en numerosos otros países, las cuestiones jurídicas relacionadas con la medicina se han incrementado de modo considerable también en Alemania. Algunos temas pertenecientes a este ámbito muestran un elevado grado de actualidad y de controversia social; piénsese tan sólo en las discusiones relativas a la regulación de los problemas relativos al transplante de órganos, a la aplicación de técnicas genéticas en la medicina, a la interrupción del embarazo o a los instrumentos jurídicos para la limitación de costes en el sistema sanitario. En todos estos casos, también los problemas jurídicos relacionados con estas cuestiones son objeto de un elevado interés público.

En el marco de las Facultades de Medicina, de modo tradicional la "Medicina legal" se ha ocupado de una parte de estas cuestiones, especialmente de las relacionadas con el Derecho profesional médico. Sin embargo, con la creciente juridificación de amplios sectores de la Medicina y la cada vez mayor complejidad de los sectores jurídicos implicados (por ejemplo: Derecho de los seguros de enfermedad, Derecho de medicamentos, derechos de los pacientes), este cometido ya no ha podido ser asumido en la profundidad necesaria por esta disciplina. Para la Medicina Legal, el Derecho médico se encontraba y sigue encontrándose más bien en un ámbito marginal respecto de su verdadero cometido, que consiste, como es sabido, en establecer e interpretar diagnósticos médicos para las necesidades de la Administración de Justicia.

A las cada vez mayores necesidades existentes se enfrenta ahora de modo más genérico el "Derecho médico". Esta disciplina se ocupa del conjunto de las reglas que se refieren directa o indirectamente al ejercicio de la medicina. A modo de ejemplo, cabe enunciar además de los campos ya mencionados los del Derecho de la responsabilidad médica, el Derecho hospitalario, el Derecho de los seguros de enfermedad, incluyendo las disposiciones relativas a los médicos en el sistema sanitario (cajas de enfermedad), Derecho del sistema sanitario público, Derecho de medicamentos, Derecho de las organizaciones profesionales y Derecho de los profesionales de la medicina en general. Hay que tener en cuenta, además, la dimensión internacional, en constante expansión, de las cuestiones jurídico-médicas. Por otro lado, en lo que se refiere a su carácter interdisciplinario, el Derecho médico puede ser parangonado, por ejemplo, con el Derecho ambiental o con el Derecho de la economía.

Tampoco -al igual de lo que sucede en el caso de la Medicina legal- la "Ética médica" puede asumir por sí sola el cometido de desarrollar científicamente, trasladar en el plano didáctico y aplicar en la práctica el Derecho médico. A la inversa, el Derecho médico ni puede ni quiere sustituir a la Ética médica.

Por sus principales características, el Derecho médico forma parte del Derecho; su aplicación es tarea que corresponde sobre todo a instituciones jurídicas. Pero tampoco éstas cuentan hasta la fecha con una preparación suficiente:

Dentro de las Facultades de Derecho, la investigación científica y la enseñanza académica del Derecho de la medicina hasta el momento se han desarrollado en Alemania de modo casi exclusivo -cuando siquiera existen- dentro de los límites de las disciplinas jurídicas tradicionales del Derecho civil, penal, público, y, últimamente, sobre todo del Derecho social. Estas perspectivas meramente sectoriales no pueden hacer justicia a numerosas cuestiones técnicas, sea porque el objeto de regulación afecta a varios de los campos tradicionales del Derecho, sea porque no puede ser asignada claramente a ninguno de éstos; por otra parte, esta fragmentación es un obstáculo para el desarrollo de perspectivas científicas globales.

Frente a ello, resulta necesario integrar las distintas disciplinas en un doble sentido: por un lado, se trata de alcanzar una perspectiva que supera los límites tradicionales entre disciplinas jurídicas -sin pretender sustituir los conocimientos técnicos específicos correspondientes- y que se ocupe de modo amplio de las cuestiones materiales planteadas por su ámbito de aplicación, la medicina. Por otro lado, para ello es necesario alcanzar conocimientos técnicos referidos precisamente a ese ámbito de aplicación.

En numerosos otros países, el Derecho médico se halla ya asentado o está en vías de alcanzar esa situación. Como campos de cometidos y de actividades de una disciplina jurídica autónoma "Derecho médico" cabe enunciar -sin pretensión de exhaustividad- los siguientes:

1. Desarrollo de perspectivas integradores en el ámbito del Derecho en relación con cuestiones que -sea como cuestión material concreta (ejemplo: posición jurídica del menor), sea por razón de la complejidad del objeto de regulación (ejemplo: transplante de órganos) no quedan limitadas a uno de los campos jurídicos clásicos.

2. Transmisión de tales perspectivas integradoras a los juristas en formación, especialmente en orden a su preparación para las profesiones prácticas implicadas, en el ámbito de la legislación, Administración de Justicia, Administración, economía o en corporaciones públicas, por ejemplo, estableciendo una asignatura optativa "Derecho médico".

3. Transmisión de los conocimientos en cuestión a personas que esperan del Derecho una respuesta de conjunto orientada a los problemas existentes, y no sólo respuestas parciales sectoriales. Esto afecta a la evaluación concreta, referida al caso concreto, tanto en el marco de las actividades de comisiones de ética como del asesoramiento letrado, o a la transmisión de conocimientos jurídicos básicos a futuros médicos.

4. Traslado de estas perspectivas integradoras a la investigación científica, incluyendo la investigación empírica y el Derecho comparado, especialmente mediante trabajos de investigación que se adecuen a las cualificaciones científicas (magister, doctorado, habilitación).

5. Ampliación de los foros ya existentes para la publicación de trabajos científicos relativos al Derecho médico, teniendo en cuenta las conexiones con otras disciplinas próximas por razón de materia (como la economía de la salud y la ética médica).

El Derecho médico no se concibe como un campo inclinado al aislamiento y a la delimitación. Su investigación y su traslado a la práctica necesita de una colaboración inter y transdisciplinaria tanto con la medicina- y ello tanto con las disciplinas clínicas como con aquellas orientadas a las cuestiones normativas de la medicina (como la ética médica, historia de la medicina, medicina social, psicología y sociología médicas)- como con las disciplinas jurídicas tradicionales.

PRESENTACION*

Excmo. Sr. D. Alberto Núñez Feijóo
Secretario General Técnico. Ministerio de Sanidad y Consumo

Neste acto de clausura na cidade da Coruña, como se poden imaxinar, xente que procedemos da Comunidad Autónoma de Galicia, da Consellería de Sanidade, e que neste momento temos a oportunidad de dirixir parte das responsabilidades do governo en materia de sanidade. Digo que para nos resulta absolutamente gratificante te- la oportunidade non so de sutituir o señor ministro neste acto se non tamén dirixirnos nesta cidade nunhas xornadas da importancia, da trascendencia, sobre todo da actualidade que teñen, dada a escasos dias da recente aprobación da ley que regula o servicio farmacéutico no noso pais.

Dicho esto, reiterar sinceramente la felicitación por la actualidad y por la importancia de estas Jornadas. Hace unos días se ha aprobado la Ley de regulación de servicios de farmacia en nuestro país, que viene a sustituir así a un real decreto del año 1978, viene a relevar así a una legislación que dentro de un año iba a cumplir pues nada más y nada menos que veinte años. Es de destacar el nivel académico y el nivel técnico de los ponentes que han tenido la oportunidad de compartir con ustedes estos días. Es de destacar también el atractivo político que han tenido las Jornadas, dada la presencia de consejeros y altos cargos de las administraciones autonómicas y del propio subsecretario del departamento del Ministerio, y por lo tanto nada más que felicitar a esta asociación prestigiosa de Juristas de la Salud por el acierto y la oportunidad de este tipo de actos que, sin duda, proseguirán para una mayor explicación y una mayor difusión de la regulación de los servicios de farmacia en nuestro país.

Yo no quiero hablarles a ustedes de farmacia, en primer lugar, porque seguro que la intervención del subsecretario en el día de ayer es el resumen de lo que, desde el punto de vista del Ministerio, creemos que se debe hacer o que se puede hacer en la regulación de los servicios de farmacia. Es la subsecretaría del departamento, en el ámbito de sus competencias, a la que le corresponde este tipo de actuaciones.

No obstante, la oportunidad que me da un foro como éste para dirigirme a profesionales sanitarios, sin duda, me parece razonable aprovecharlo, aunque sea durante unos minutos, para hacer algunas reflexiones sobre el presente y sobre el futuro de la sanidad en nuestro país.

Y la primera reflexión que he de hacerles es traer a colación alguno de los párrafos que publicaba ayer en un artículo de opinión uno de los periódicos de tirada nacional de nuestro país y se decía literalmente en estos párrafos: "Nuestro objetivo leo literalmente- declarado de forma inequívoca por el Gobierno, es mantener, mejorar y consolidar este sistema sanitario público, el único, por cierto, para los sectores más desfavorecidos de la población que no tienen otra alternativa. Queremos que las medidas de reforma que precise el sistema nacional de salud cuenten con el máximo apoyo y consenso político y social, ya que la protección de la salud es una cuestión que afecta a toda la sociedad y su cuidado en condiciones de equiparar es un importante instrumento de cohesión socia1." Sin duda, el articulista es el ministro de Sanidad, José Manuel Romay, que ayer -insisto- publicaba un artículo de opinión que en estos dos párrafos viene a concretar lo que el departamento y los que tenemos la oportunidad de colaborar con él pensamos sobre el sistema nacional de salud en nuestro país.

Las reflexiones que yo les quiero hacer es un poco pasar cuenta de las decisiones que se han adoptado durante estos meses dentro de un mes aproximadamente, hace un año ya que estamos gestionando la sanidad desde la responsabilidad de la Administración general del Estado- y repasar con ustedes algunas de las decisiones que se han tomado, como digo, en estos meses.

La primera decisión, sin duda, arranca del compromiso del ministro -que explicitábamos en el artículo- de consolidar y mejorar el sistema nacional de salud. Hay un compromiso público, un compromiso político, un compromiso del Gobierno por garantizar la viabilidad del sistema nacional de salud en nuestro país. Y este compromiso se explicita desde el primer momento en el que el candidato a la presidencia del Gobierno, el mes de mayo de 1996, y actual presidente del Gobierno, propone en el discurso de investidura la constitución de una ponencia en el Congreso e invita a todos los grupos parlamentarios a constituir una subcomisión para el estudio de cuatro cuestiones básicas: la primera de ellas es avanzar en la consolidación del sistema; la segunda, en garantizar que el sistema tenga un marco financiero estable; la tercera, en adoptar decisiones para la modernización de la gestión y la organización del sistema sanitario, y la cuarta, en que

---

* *Transcribimos la intervención del Sr. Núñez, que tuvo lugar en el acto de clausura de las Jornadas.*

todo lo que hagamos ha de mantener los principios de universalidad y equidad en el acceso.

Si echamos cuenta atrás de las reformas en nuestro país, nos damos cuenta que en España -en nuestra opinión- se ha hablado poco de sanidad. Y se ha hablado poco de sanidad, al menos a los niveles en los que sí se pueden decidir cuestiones que afecten directamente a los ciudadanos y que afecten directamente a los profesionales sanitarios. Y sin duda, a estos niveles me refiero al Gobierno y me refiero al Parlamento.

Solamente desde 1986, año en el que se aprueba la Ley general de sanidad, se constituyó un grupo de expertos, como ustedes saben, que dio lugar al conocido Informe Abril, de 1991, y durante todos estos años -insisto- no ha habido ninguna otra consideración política global y de alcance en relación con este tema.

Conviene recordar que fue el extinto grupo parlamentario de Centro Democrático y Social el que propuso la constitución de una Comisión, en el ámbito del Consejo Interterritorial, para hablar de estas cuestiones, y fruto de esta propuesta nace el comité de expertos que da lugar a las recomendaciones del Informe Abril. Por lo tanto, estamos en una situación sustancialmente distinta de la anterior y estamos en una situación en la que es el propio presidente del Gobierno, y ya no es un comité de expertos, sino que es el propio Parlamento, el que toma la iniciativa en la constitución de una ponencia parlamentaria donde se hable de la modernización y de la consolidación del sistema.

Creemos que el sistema ha de evolucionar para consolidarse, creemos que el sistema ha de modernizarse para mantenerse. y dentro de unos días, en el mes de mayo o junio, esta comisión ha de concretar y ha de establecer las recomendaciones y las conclusiones para la modernización y reforma del sistema nacional de salud.

Otra de las decisiones que se han llevado a cabo estos meses ha sido una decisión siempre crítica y es el momento en el que se ve si un gobierno o si un grupo parlamentario cree o no cree en la sanidad de su país. Y es el momento de la confección del presupuesto.

Son unos presupuestos, los Presupuestos Generales del Estado -los de 1997- en los que el gasto crece el 2,4%. Son unos presupuestos, por consiguiente, en los que el gasto va a crecer en el entorno de la previsión de inflación. Son, por lo tanto, unos presupuestos de absoluta austeridad.

Sin embargo, en lo que a la sanidad se refiere, como ustedes saben, el gasto ha crecido un 6%. Es una forma inequívoca de mostrar si se cree o no se cree en un sector, si se cree o no se cree en que, con independencia de los criterios de convergencia y con independencia de los criterios de déficit público, la sanidad no puede verse sometida a unos criterios que, desde luego, no puede cumplir, y no puede cumplir porque el gasto sanitario ha de crecer siempre por encima del IPC, y prueba de ello es este crecimiento del 6%.

Pero además, en 1997 se adoptaron tres medidas, sin duda, de amplio alcance, medidas estructurales que van a la médula del gasto sanitario. Y las tres medidas son conocidas por todos ustedes: de una de ellas son ustedes los protagonistas, son ustedes los que -o la mayor parte de ustedes quiero decir- han hecho el esfuerzo de apostar por la consolidación del sistema a través de la disminución de los márgenes en las oficinas de farmacia y en los distribuidores. Esto le permite al sistema tener una disponibilidad de ahorro de más de 20.000 millones de pesetas. El segundo esfuerzo que se le ha pedido al año 1997 ha sido a los propios trabajadores del sector: la congelación salarial ha supuesto que el sistema pueda disponer de 44.000 millones de pesetas en 1997. Y como es natural se le ha pedido un esfuerzo a la industria, y un esfuerzo a tan solo un año de haber pactado el primer sistema de descuento; se ha intentado y se ha conseguido un segundo sistema de descuento, en el cual la industria ha de retomar cantidades cuando los incrementos del gasto farmacéutico superen el IPC previsto del 2,6%.

Estas tres medidas estructurales, que conforman 70.000 millones de pesetas, por primera vez se han quedado en el sistema nacional de salud.

Ustedes recuerdan que han habido otras medidas estructurales durante estos últimos años pero que siempre habían ido a minorar el déficit público y, por lo tanto, siempre se había sacado este ahorro, que se producía por medios estructurales de la financiación del sistema, y se había ido -como digo- a minorar el déficit público del Estado.

Creemos que el Gobierno y que el Ministerio de Sanidad quieren hacer una política farmacéutica integral, con independencia de que se acierte plenamente en todas y cada una de las decisiones y con independencia de que se comparta y de la intensidad con la que se comparta cada una de estas decisiones, pero creemos que en tan solo once meses haber adoptado decisiones como la que anteriormente me refería, además de prever en la Ley de acompañamiento de los presupuestos la posibilidad de que en nuestro país existan medicamentos genéricos de verdad, el haber ya concretado una circular para establecer las condiciones en cuanto a la implementación de los genéricos en nuestro país nos va a permitir que a finales de 1997 estemos utilizando genéricos aproximadamente en un número de entre 70 u 80 genéricos en el mercado farmacéutico.

Creemos que también el haber explicitado en la Ley de acompañamiento de los presupuestos generales la posibilidad de que en nuestro país existan los precios de refe-

rencia es algo que nos une con la política farmacéutica de muchos países de Europa y es algo que, sin duda, va a permitir una utilización más racional del medicamento, que, sin duda, va a permitir equilibrar la investigación, por una parte, y la industria de fabricación de genéricos, por otra, al objeto -insisto- de mantener siempre los equilibrios deseables en un sector tan difícil y tan complejo como éste.

Y hemos avanzado también en un sistema de identificación del consumo por parte de cada usuario. Creemos que tenemos un buen sistema de información farmacéutico, absolutamente comparable con ventaja con el resto de países europeos, pero nos faltaba algo tan esencial como es saber lo que consume cada usuario en nuestro país.

En el ámbito del Insalud hemos establecido un sistema -conocido, seguro, por la mayor parte de todos ustedes- que consiste en una etiqueta adhesiva que se incorpora a la receta, que contiene los mismos datos de obligado cumplimiento en la receta -es decir, los datos del facultativo y los datos del usuario- y que nos va a permitir, mediante un código de barras, hacer lectura óptica inmediata de cada uno de los consumos por cada uno de los usuarios a los que se les dispensa un medicamento. Sin duda, en 1998, en el primer trimestre, tendremos cubierto todo el territorio de las 27 provincias que gestiona el Insalud, y podemos ya explotar esta herramienta de gestión, sin duda imprescindible para poder saber exactamente quiénes consumen los fármacos, qué fármacos se consumen y con qué periodicidad se dispensan los mismos.

Creemos también que hay una apuesta muy clara por que nuestro país no se quede fuera de los tratamientos de vanguardia y creemos, también, que los 30.000 millones de pesetas que nos vamos a gastar en 1997 en los nuevos retrovirales del sida dan, sin duda, un margen para saber si estamos o no dispuestos a incorporarlos a las tecnologías farmacéuticas para que nuestros pacientes afectados por estas infecciones tengan o no tengan el tratamiento que les corresponda.

Teníamos el compromiso, y lo mantenemos, de restablecer el principio de equidad en nuestro país y el principio de equidad significa disciplinar las esperas. Les puedo asegurar que las esperas que nos hemos encontrado en el ámbito del Insalud gestión directa eran esperas que ponían en riesgo el principio de equidad. Y esperas quirúrgicas superiores a dos años en muchos territorios y, desde luego, hemos empezado con el compromiso de que ningún paciente en el ámbito del Insalud tenga una espera o demora quirúrgica superior a un año, y en 1997 nuestro objetivo es que ningún paciente tenga una espera superior a nueve meses y que la demora media sea de cien días. La demora media que nos encontramos era de 210 días, es decir, siete meses.

Sin duda, la red asistencial de nuestro país -y a la que en mi competencia se refiere, que es la del Insalud- está francamente des asistida. Hay unos problemas de inversión, tanto de reposición como de obra nueva, tremendamente importantes. Por lo tanto, hemos de decir las cosas como son y hemos de poner encima de la mesa que el Gobierno ha de tomar cuenta de este desajuste y que todo lo que supone una minoración del gasto sanitario en materia de inversión, al final, sin duda, se paga y, sin duda, produce mayor gasto que el ahorro que se trata de evitar.

Y, por último, quisiera referirme, y con esto termino, a algo que para nosotros tiene una especial consideración. Y tiene una especial consideración el que, durante la ponencia, se hayan tramitado dos reales decretos ley y que, en este momento, tengamos dos leyes con consenso parlamentario, dos leyes de la importancia de la de los servicios farmacéuticos y de la de la importancia -y ésa es a la que me voy a referir- a las fórmulas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

En nuestro país, desde hace unos días, desde que el Congreso ha ratificado la Ley de fórmulas de gestión del Sistema Nacional de Salud, tenemos, por primera vez, un marco en el que las autoridades sanitarias puedan gestionar, con modernidad y con eficiencia, los centros sanitarios. Tenemos un marco en el que posibilita otorgar personalidad jurídica a los centros, en el que posibilita crear fundaciones públicas con socios o empresas públicas, en el que posibilita, en definitiva, romper el derecho administrativo de la década de los sesenta, que era el derecho imperante en los centros sanitarios de nuestro país. Y se ha conseguido hacer esta ley, en primer lugar, con un consenso superior al que se obtuvo para la aprobación de la Ley general de sanidad. En 1986 la Ley general de sanidad tuvo un apoyo parlamentario menor que la que ha tenido este proyecto de ley, Ley ya en este momento. En segundo lugar, porque todos los grupos parlamentarios que gestionan la sanidad en nuestro país, con independencia de su ideología, han votado a favor de este proyecto de ley yeso es básico. Y en tercer lugar, porque se ha venido a dar el respaldo suficiente en el Parlamento a las decisiones de la constitución de las fundaciones en el ámbito del Insalud y muy especialmente desde esta comunidad autónoma a las decisiones que había adoptado el hoy ministro y *exconselleiro* de Sanidad en Galicia de crear fundación en un hospital, fundación en un centro de transfusión que abastece de plasma y derivados a toda la comunidad autónoma, y también una empresa pública que creemos que es un modelo de eficiencia en lo que se refiere a la cirugía cardíaca y a la cardiología intervencionista en el área sur de la comunidad autónoma de Galicia.

Por tanto, tenemos un marco en el que, sin duda, vamos a modernizar la sanidad de nuestro país y en el que, sin duda, podemos ya tener una herramienta jurídica para posibilitar todo esto.

Estamos por consiguiente ante un año en el que nuestros superiores jerárquicos, en que el Gobierno está hablando de sanidad. Yo creo que para cualquier gestor sanitario esto es muy importante. Al hablar de sanidad se descubren las deficiencias del sistema y se descubren las bondades del mismo. Y, por consiguiente, seguro que no acabará 1997 sin tener noticias importantes para la consolidación de nuestro sistema nacional de salud, y apuestas decididas para tener en los próximos años un sistema más eficiente y un sistema más moderno.

Y dicho esto, concluyo agradeciendo a la Asociación de Juristas de la Salud, primero, el que exista la Asociación; segundo, que tenga un nivel como el que ha demostrado y, tercero, el agradecerle el que siga creciendo. Yo creo que el derecho es importante en el sistema sanitario, creo que el derecho no es otra cosa que sentido común, y sentido común es imprescindible en todas las organizaciones y en todos los sistemas.

Y por último he de agradecer, como no ha podido ser de otra forma, el que esta Asociación de Juristas de la Salud haya provisto al Insalud de un director general. Roberto Pérez, como ustedes saben, acaba de tomar posesión como director general de recursos humanos del Insalud y, por consiguiente, es razonable agradecer a la Asociación que haya dado al Insalud un director general del prestigio de Roberto Pérez, con el que tuve la suerte de trabajar ya en Galicia y ahora, en Madrid.

Nada más, en nombre del Ministerio de Sanidad, de verdad darles la enhorabuena por estas Jornadas, agradecerles su presencia y, desde luego, insistirles en que este tipo de actividades, sin duda, vienen a mejorar, vienen a clarificar y vienen a poner encima de la mesa los problemas de todos aquellos a los que nos dedicamos a la sanidad todos los días, que es de las mayores satisfacciones que puede tener un empleado público, que no es otra que dedicarse al primer servicio esencial de su comunidad, que es el de la asistencia sanitaria.

EL FUTURO DE LA OFICINA DE FARMACIA

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: l. Introducción. 11. La actividad de dispensación de medicamentos como actividad privada. 1. El farmacéutico como especialista del medicamentos. 2. La tentación de la estatalización. 3. El abandono de la tentación estatalizadora. 111. Libertad de establecimiento o planificación. 1. La intervención administrativa en el establecimiento de farmacias. 2. Fundamento de las limitaciones a la libertad del establecimiento. 3. Las tentativas liberalizadoras. a) El principio de igualdad. b) La libre elección de profesión. 4. Planificación. IV. Titularidad y propiedad de las oficinas de farmacia. 1. Principio general. 2. La oficina de farmacia como empresa. a) La oficina de farmacia es una empresa privada. b) Contenido patrimonial. c) Tráfico jurídico. 3. La autorización administrativa de carácter personal e intransferible. a) Autorización administrativa y oficina de farmacia. b) La extinción de la autorización administrativa. c) La nueva autorización. 4. El futuro. V. Funcionamiento de las oficinas de farmacia. 1. Régimen especial del funcionamiento de la oficina de farmacia. 2. Sujeto de la dispensación. 3. Objeto de la actividad. 4. Asistencia continuada. VI. Epílogo.

INTRODUCCIÓN

El Ordenamiento español de las oficinas de farmacia atraviesa unos momentos de profunda transformación. Quizás no muy distinta a la que atraviesa la reglamentación de otros sectores de la vida española. Pero que ha adquirido una especial relevancia en los últimos años, con motivo de la aparición de leyes autonómicas inspiradas en principios tan distintos, que puede afirmarse rotundamente que las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad que proclama el artículo 149.1.1ª de la Constitución se han volatilizado en este ámbito.

Muchas y de muy diversa índole han sido las circunstancias que han contribuido a este estado de cosas. Como son: la presión ejercida por los miles de Licenciados de Farmacia en paro a través de sus asociaciones; el coste para la Seguridad Social de la prestación farmacéutica; la aspiración de los usuarios a disponer de una farmacia próxima a sus domicilios o lugares de trabajo; una concepción de la vida más egoísta por parte de todos, o las cada días más altas cargas laborales de los empleados necesarios para cumplir las exigencias de una prestación farmacéutica adecuada...

Y muchas veces se propugnan fórmulas simplistas, olvidando, por un lado, que en buena parte aquellas circunstancias no son exclusivas del mundo de la oficina de farmacia, y, por otro, que el sector farmacéutico es un sistema, lo que supone que cualquier alteración o modificación en alguno de los elementos interrelacionados que le integran repercute inevitablemente en los demás.

El presente de las oficinas de farmacia, pues, no es nada alentador. Vivimos en un caos normativo en trance de reforma de la que no puede esperarse nada bueno, no ya por parte de los farmacéuticos con oficina de farmacia abierta, si no también -aunque ellos no lo crean- por los miles de Licenciados en farmacia sin trabajo, producto de una Universidad masificada y degradada, que produce unos titulados sin la preparación requerida para ejercer dignamente una profesión, en número muy superior al que exigen las necesidades del país: nuestro "nivel de producción" de Licenciados universitarios creo que es el más alto de la Unión europea-.

Pues bien, en estas Jornadas dedicadas -según el subtítulo al "presente y futuro de las oficinas de farmacia", se me ha asignado una conferencia sobre "El futuro de la oficina de farmacia". No se si consciente o inconscientemente, se ha eliminado la referencia al presente. Pero como no soy adivino, sino un profesional del Derecho, con arraigada vocación por la jurisprudencia, no tengo más remedio que partir del presente y, a través de los movimientos legislativos y de la experiencia vivida en más de 50 años de despacho, tratar de vislumbrar el futuro de las oficinas de farmacia en la realidad española, que puede ofrecer ciertas peculiaridades, aunque se respeten los condicionamientos del Ordenamiento comunitario.

A lo largo de las Jornadas, tendréis ocasión de debatir en detalle sobre los aspectos más polémicos, al examinar cada una de las ponencias que, por el prestigio de sus autores, estoy seguro de que serán excelentes.

En esta primera conferencia introductoria, forzosamente he de mantenerme en las líneas generales. Trataré de

ofrecer una visión panorámica de las tendencias -para muchos amenazas- que aparecen en el horizonte, sobre los grandes temas objeto de debate.

Rechazada la tentación de la estatalización de las oficinas de farmacia, la problemática se ha centrado fundamentalmente en las cuestiones siguientes:

1°) Libertad o planificación.
2°) Titularidad y propiedad.
3°) Funcionamiento de las farmacias.

LA ACTIVIDAD DE DISPENSACIÓN DE MEDICAMENTOS COMO ACTIVIDAD PRIVADA

1. El farmacéutico como especialista del medicamento.

Parece fuera de toda duda -al menos con arreglo al Derecho comunitario europeo- que el farmacéutico es el especialista del medicamento, que en todo el ámbito de la U.E. tiene garantizado un campo mínimo de actividades -reseñadas en Directivas comunitarias- que cada Estado puede ampliar, entre las que se encuentra la dispensación de medicamentos en la oficina de farmacia.

Ahora bien, ello no supone que la actividad tlesarrollada en una oficina de farmacia sea actividad privada. Se respetaría la atribución al farmacéutico de la condición de especialista del medicamento, aunque la oficina de farmacia fuera un servicio público, siempre que el funcionario al que se le encomendara la prestación tuviera título.

2. La tentación de la estatalización.

Ha existido, ciertamente, la tentación de estatalizar el servicio. Es más, en algún momento, se consideró una consecuencia inexorable del sistema. En este sentido, mi compañero Alejandro Nieto, en un polémico artículo publicado en 1.961 en la RAP, decía [1]:

"El problema verdaderamente grave estriba, no obstante, en la creciente socialización de la Medicina, que conduce inexorablemente a una estatalización: si el médico es un funcionario al que no paga el paciente sino una caja estatal (cualquiera que sea la procedencia de los fondos que la nutren o su organización administrativa), si el precio de las medicinas está cubierto por un seguro obligatorio y si la salud pública es, en general, un servicio público, ¿no es en principio incongruente que la venta de ellas esté en manos privadas? Esto es evidente, y si en el mundo no se ha extendido más la estatalización o municipalización de las farmacias, se debe a razones políticas o de organización técnica. En los países en que éstas han sido superadas -como en los escandinavos y, por descontado, en Rusia- las farmacias privadas han desaparecido".

3. El abandono de la tentación estatalizadora

Realmente, no han sido razones políticas ni de organización técnica las que han determinado la no estatalización de las oficinas de farmacia. Ni en Alemania ni fuera de Alemania. No tenía razón Nieto.

Si parece definitivamente abandonada la tentación estatalizadora, no se debe a que están de moda las corrientes liberalizadoras [2]. Se debe, sencillamente, a que al menos en este aspecto concreto, ha prevalecido el buen sentido y no se cayó en la alegría de incrementar aún más la deuda pública con el elevado coste que hubiera supuesto sustraer de la actividad privada la prestación del servicio farmacéutico, para encomendarlo a unos funcionarios cuando en manos particulares constituía la única prestación sanitaria en la que no había listas de espera ni colas: al usuario se le despacha inmediatamente la receta, cualquiera que sea el tiempo que el farmacéutico tarde en cobrar de la Seguridad Social el porcentaje convenido.

Por eso, en la legislación básica del Estado (General de Sanidad de 25 de abril de 1.986 y del Medicamento de 20 de diciembre de 1.990) la actividad del farmacéutico en una oficina de farmacia es una actividad privada. Salvo los servicios farmacéuticos de hospitales, centros de salud y estructuras de atención primaria, los medicamentos se dispensarán en la oficina de farmacia de titularidad privada. Y esto se reconoce por todos, incluso por los defensores de una Ley como la extremeña, tan proclive a la tendencia socializadora. En un comentario reciente publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Cáceres, se afirma que la "Ley no publicita la atención farmacéutica". Si bien "en consonancia con la atención sanitaria -de la que la atención farmacéutica es especie- que es prestada fundamentalmente con cargo al erario público mantiene una serie de limitaciones" [3].

En consecuencia, como muy gráficamente dice la Exposición de Motivos de la Ley vasca 11/1994, de 7 de junio:

"Es preciso tener en cuenta:

a) Que una parte importante de la atención farmacéutica debe ser prestada necesariamente a través de las oficinas de farmacia.

b) La imposibilidad jurídica de la titularidad y propiedad pública de las oficinas de farmacia.

---

[1] *La Ley alemana de farmacias de 28 de agosto de 1960. RAP, núm. 35, p. 372.*

[2] *Cfr. el trabajo introductorio de JUAN VELARDE FUERTES en la Ob. Colectiva Reforma y liberalización económica. Civitas, 1996, pp. 21 y ss.*

[3] *JOVER LORENTE, en colaboración con DURAN AZNAL, Estudio jurídico de las innovaciones más destacadas de la Ley de atención farmacéutica de Extremadura en "Fundamentos de Derecho", n° 4 (marzo 1997), pp. 27 y ss.*

Esta doble circunstancia obliga a dotar a la ordenación farmacéutica de un tratamiento diferenciado del resto de los establecimientos y servicios sanitarios".

Precisamente, por las funciones que en la oficina de farmacia se realizan, la LGS otorga a las farmacias la condición de establecimientos sanitarios (art. 103) e impone a las Administraciones sanitarias con competencia en la ordenación farmacéutica la planificación general de las farmacias en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica.

Pero presuponiendo -y respetando- la naturaleza privada de la actividad. Como la presuponen las distintas leyes autonómicas, aunque no todas sean consecuentes con esta configuración.

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO O PLANIFICACIÓN

l. La intervención administrativa en el establecimiento de farmacias.

Abandonada la tentación de estatalización de las farmacias, la primera gran disyuntiva que se abre ante la futura reglamentación es la de libertad de establecimiento o planificación.

Por supuesto, libertad de establecimiento no supone en modo alguno, ausencia de cualquier tipo de intervención administrativa específica para abrir un establecimiento destinado a la atención farmacéutica. No supone que, obtenidas las autorizaciones que con carácter general exige el Ordenamiento para ejercer una actividad profesional, comercial o industrial (v.gr. colegiación, alta en el impuesto de actividades empresariales o licencia municipal de apertura), puedan dispensarse medicamentos en el local abierto al público.

No se pone en tela de juicio que, en atención a la naturaleza especial de la actividad ejercida en los establecimientos que nuestra Ley General de Sanidad (art. 103) califica de sanitarios, la apertura esté sujeta a la previa obtención de una autorización administrativa, cuyo otorgamiento dependerá de que el local y las instalaciones reúnan las más elementales condiciones de idoneidad para prestar las funciones asignadas. Intervención que si bien en un principio trataba solo de garantizar la preparación de los profesionales dedicados a ellas, se extenderá enseguida al control del estado y conservación de objetos y medicamentos, para culminar en el control previo, a cuyo efecto -como establecía el artículo 30 de las Ordenanzas de 1.860- a la solicitud se acompañaría el título profesional correspondiente, el plano o croquis de los locales destinados a elaborar, conservar y vender medicamentos, y el catálogo que de éstos se tenga dispuesto, asícomo también el de aparatos e instrumentos que con arreglo al vigente petitorio corresponde[4].

Libertad de establecimiento supone, previo control de las condiciones objetivas del local e instalaciones, la libertad de todo farmacéutico al establecimiento en el lugar que le convenga, elegido libremente, cualquiera que sea el número y emplazamiento de las oficinas de farmacia existentes.

2. Fundamento de las limitaciones a la libertad del establecimiento

Delimitado el sentido de libertad de establecimiento, ¿cuáles son las razones invocadas a favor de la limitación?

Cuando en 1.941, atendiendo a lo que había constituido una general aspiración de los profesionales farmacéuticos, se puso fin en España al régimen de libertad por el Decreto de 24 de enero de 1.941 -que más tarde sancionó la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1.944, en la Base 16, n° 9- en su Exposición de Motivos, aparte de unas consideraciones sobre la crisis de la libre concurrencia -que hoy no merecen la más mínima atención-, las razones invocadas no eran otras que prestigiar el ejercicio libre de la profesión farmacéutica y garantizar a los titulares farmacéuticos una posición económica estable. Se presuponía la lamentable situación porque atravesaban la mayoría de las farmacias, salvo las establecidas en el centro de ciudades importantes, en detrimento de la adecuada prestación de una función, tal y como se había denunciado diez años antes[5].

Muy difícilmente podrá justificarse hoy el sistema de limitación con estos viejos argumentos. Con ser muy atendible la conveniencia de garantizar al titular de cada farmacia unos ingresos mínimos que le permitan atender con decoro sus obligaciones profesionales, no constituiría por si solo argumento suficiente para justificar este trato distinto a la instalación de los centros de actividad de otros profesionales, aun teniendo en cuenta la inversión económica que requiere la instalación de una farmacia, superior a la que requiere el ejercicio de otras actividades profesionales.

La fundamentación y razón de ser de la planificación farmacéutica viene impuesta por consideraciones de otros ordenes. Viene impuesta para hacer realidad una de las premisas ineludibles para que pueda considerarse adecuada la prestación farmacéutica. En palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de ordenación farmacéutica de la Comunidad autónoma del País Vasco, "que los establecimientos farmacéuticos estén razonablemente distribuidos",

---

[4] *S. MARTIN-RETORTILLO, Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias RAP, núm. 24, pp. 131 y ss.*

[5] *Así, por ejemplo, BARAS RIOS, El gran problema farmacéutico. Madrid, 1930, pp. 25 y ss.*

a fin de que pueda cumplirse esta otra: "que el acceso al medicamento sea ágil y rápido". Si bien, podría aducirse que estas premisas no justificarían la limitación, sino tan solo, como en una célebre sentencia sentó el Tribunal Constitucional Federal de la República Federal alemana, "para el establecimiento de nuevas farmacias en los casos de zonas desatendidas"[6].

3. Las tentativas liberalizadoras.

No puede desconocerse la importancia y fuerza de las tendencias liberalizadoras. Entre nosotros, últimamente nos ha ofrecido un excelente resumen de ellas desde la revista "Derecho y Salud", Ramón Martín Mateo[7]. En él, aparte de otras consideraciones, destaca dos posibles violaciones de principios constitucionales, con argumentos que no parecen convincentes. Estos principios son el de igualdad y el de libertad de profesión.

a) El principio de igualdad.

Es explicable -dice Martín Mateo- que "la mayoría detecta en esta normativa una palpable violación del principio de igualdad". Porque, aunque el artículo 14, CE no supone que todos los españoles se encuentren en todo momento y ante cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, "aquí no se trata de una nivelación abstracta, sino de supuestos concretos: dos personas terminan la misma carrera pero una dispone de recursos económicos suficiente y otra no. Ésta última queda por ello desplazada de lo que es el caso prototípico del ejercicio de su profesión. Parece evidente, en contra de los discutibles y crudos criterios del TC, que sí afecta a este principio 'el hecho de que los titulados que quieren ejercer su profesión como titulares de una oficina de farmacia hayan de contar con los medios propios para instalarla'" .

El argumento parece olvidar algo elemental. Que la instalación de una oficina de farmacia, con libertad o sin libertad de instalación, siempre supone unos importantes desembolsos económicos. Y aquí radica, precisamente, su especialidad respecto de la instalación para ejercer otra profesión. Porque el farmacéutico que quiere instalar una oficina de farmacia, tiene que hacerlo en un local de negocio, que tendrá que adquirir en propiedad o pagando un traspaso, pero siempre pagando una renta de alquiler superior a la de una vivienda. Naturalmente, la importancia de la inversión dependerá del emplazamiento del local (localidad, barrio, expectativas comerciales oo.). La única diferencia que existe entre sistema de libertad y sistema de limitación radica en que en éste el precio vendrá incrementado por el valor que deriva de la limitación. Y muchas veces, ni esto. He conocido casos en los que el local en que estaba instalada la farmacia, ha sido vendido para destinarlo a otra actividad distinta, mucho más rentable. O en los que el propietario ejerció el derecho de retracto al traspasarse el local destinado a farmacia, sabiendo que no podrá seguir destinándole a este fin, porque era más rentable otro, y otro que no era precisamente la instalación de una sucursal bancaria.

Asimismo se olvida que, en el sistema vigente de limitación, además de la posibilidad de acceder a la titularidad de una oficina de farmacia mediante la compra de una abierta al público, está la del concurso de méritos para acceder a la de oficinas de nueva apertura.

La desigualdad denunciada siempre existirá. Y, quizás, más acentuada en el sistema de libertad. Porque solo quien tenga medios económicos podrá subsistir con una oficina bien emplazada, cuando la proliferación de ellas obligue a cerrar aquellas otras cuyos titulares no obtuviesen una rentabilidad suficiente para hacer frente a las cargas. Y la situación del local -decisiva para ejercer esta actividad como otras puramente comerciales-, determinará que su valor en venta o traspaso solo sea asequible a los mismos que hoy tienen posibilidad de adquirir una farmacia.

b) La libre elección de profesión.

Otro principio -y derecho- que se estima podría ser infringido es el de" libre elección de profesión y oficio", que, en nuestro Ordenamiento jurídico, consagra el artículo 35.1, Constitución.

Parece evidente que el hecho de que el Ordenamiento jurídico establezca una serie de condiciones objetivas para poder ejercer en un local determinado una de las muchas actividades "a las que habilita el título de Licenciado en Farmacia" no supone un límite "a la libre elección de profesión", que es lo que garantiza la Constitución. El ciudadano que obtuvo el título de Licenciado tuvo libertad para elegir esta carrera universitaria entre otras -debiendo cumplir las exigencias de la Universidad para obtenerlo- y, una vez obtenido, pudo asimismo elegir libremente dedicarse a las distintas actividades, a las que le habilitaba el título, respecto de las que la dispensación de medicamentos en una oficina de farmacia no es ni mucho menos la sujeta a mayores limitaciones y dificultades.

Como tampoco constituyen un atentado a la libertad de empresa, ya que ésta no quiere decir libertad absoluta, libertad ilimitada. Antes al contrario, es perfectamente compatible (y casi siempre, además, inevitable) el respeto más escrupuloso de la libertad de empresa con limitaciones, restricciones, prohibiciones y condicionamientos (a voces nada nimios) en relación con el acceso al mercado, con la dirección de la empresa y con la actuación en el mercado. La necesidad, además, de proteger a la empresa obliga también a establecer determinadas reglas que, de hecho o de derecho coartan la libertad de las demás.

---

[6] *NIETO, La Ley alemana de farmacias de 28 de agosto de 1.960. cit. P. 379.*

[7] *La Ordenación de las oficinas de farmacia, "Derecho y Salud". Vol. 3, n° 2 (julio-diciembre 1995), pp. 149 Y ss. y antes, RIVERO ISERN, Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia. Madrid, 1992.*

4. Planificación.

En ninguna de las leyes autonómicas han tenido el más mínimo eco las corrientes liberalizadoras. En todas ellas se estima esencial la planificación, como medio para que la ubicación de las farmacias en todo caso garantice un adecuado servicio farmacéutico a los distintos núcleos de población. Así se destacó tanto en los preámbulos de las leyes autonómicas, como en el del Decreto-Ley 11/1996[8], si bien quedó relegado este aspecto en el de la Ley 16/1997, de 25 de abril, que cambió el nombre del Decreto-Ley: de "ampliación del servicio farmacéutico a la población" -que era el del Decreto-Ley- ha pasado ser de "Regulación de los servicios de las oficinas de farmacias".

No resulta fácil una planificación que permita alcanzar este elemental objetivo, dadas las características geográficas, densidad de población y dispersión de los núcleos. Puede ocurrir -y a tenor del texto de la normativa vigente es muy probable que ocurra- que:

a) En el intento de acercar la oficina de farmacia a los ciudadanos, se reduzcan tan drásticamente los módulos poblacionales, y, en la misma medida, se amplíe el número de farmacias, que los rendimientos no permitan atender debidamente la exigencia del servicio.

b) Que, por mucho que se reduzcan los módulos poblacionales, sigan sin oficina de farmacia algunos -quizás, demasiados- núcleos de población, no ya pedanías o entidades locales menores sino constitutivos de municipios, porque sería tan ruinosa la instalación que, por grandes que fueran los deseos de un Licenciado en farmacia de trabajar y ser titular de una y por muchos que fueran los méritos que se adjudicara por ello para futuros concursos, le resultaría imposible sufrir durante unos años las pérdidas que le supondría tenerla abierta.

De aquí, que incluso aquellas legislaciones que han destacado entre sus objetivos que todo núcleo de población cuente con oficina de farmacia, prevean que se de esta situación, resolviéndola en el sentido tradicional, que es el que establece la Ley del Medicamento (art. 88.3): con botiquines farmacéuticos, que estarán adscritos a la oficina de farmacia más próxima. Así la Ley extremeña (art. 15) y Ley manchega (art. 40).

Resumiendo, respecto de esta primera alternativa que se ofrece a la Ordenación de las oficinas de farmacia, parece evidente que seguirá la planificación y limitación de establecimiento. Pero una planificación que reducirá de tal modo los módulos poblacionales, que hará pensar a muchos si no sería mejor el sistema de libertad.

[8] *GONZALEZ PEREZ y ESPERANZA GONZALEZ SALINAS, La reforma de la Ordenación farmacéutica, Civitas, 1?96.*

TITULARIDAD Y PROPIEDAD DE LAS OFICINAS DE FARMACIA

l. Principio general.

"Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público". Esta norma general que consagra el artículo 103.4, LGS, se ha reiterado en todas las leyes autonómicas sobre ordenación farmacéutica, en término casi literales, con independencia del matiz político de las mayorías que rigen los destinos de las respectivas Comunidades.

No obstante, en un desafortunado y polémico informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, se llegó a propugnar la supresión del requisito de que los propietarios de las oficinas de farmacia fueran farmacéuticos, manteniéndose tan sólo el requisito de la presencia de un farmacéutico en el acto de dispensación.

Lo que supondría que la farmacia dejaría de ser la organización de elementos materiales en que el titular universitario especialista del medicamento ejerce una profesión libre, para convertirse en una empresa mercantil más, a cuya propiedad tendrían acceso desde las grandes multinacionales hasta cualquiera que hubiese logrado hacer dinero. Instalar una oficina de farmacia sería un medio más de multiplicar el dinero, al lado de la especulación, los negocios inmobiliarios, o la apertura de bingos y demás salas de juego. Y el farmacéutico dejaría de ser un profesional libre para convertirse en un asalariado. El fenómeno que en otra época mi maestro Pérez Serrano llamó de proletarización llegaría a un sector de actividad más. Lo que, quizás, sea la aspiración de los miles de licenciados en paro, faltos de iniciativa y sin medios para poder instalar una farmacia. En lugar de esperar la decisión de los concursos para la adjudicación de una nueva oficina de farmacia, integrarían la lista de parados del INEM en espera de lograr un contrato de trabajo en una oficina de farmacia, como hoy esperan para trabajar en un laboratorio de especialidades farmacéuticas, en unos Almacenes o en cualquier otro puesto de trabajo al que les habilite el título.

Resulta imposible no ver en esta propuesta una evidente malquerencia hacia unos determinados titulados universitarios, malquerencia cuya explicación sólo puede darse desde determinados posicionamientos ideológicos: el de un liberalismo trasnochado del peor estilo, o el de un marxismo que se disfraza de liberalismo para conseguir esa utópica igualdad que consiste en nivelar por abajo, y cuyas consecuencias son conocidas (pues la experiencia está hecha en otros sectores).

Ello, en detrimento de la dignidad de unos profesionales y de los propios usuarios. Si malo es estar servidos por burócratas, no menos lo es estado por asalariados.

La imagen del boticario titular de la farmacia asistido por el "mancebo" unido a él por relaciones que, más que

laborales, eran de amistad y leal colaboración, que atienden solícitos al cliente que conocen, quedaría definitivamente relegado al recuerdo de otros tiempos.

No parece que la propuesta del Tribunal de Defensa de la Competencia tenga la menor posibilidad de prosperar. Los riesgos de degradación de la profesión no vienen por ahí. El artículo 103.4, LGS, seguirá vigente. Y los farmacéuticos, los únicos que podrán ser propietarios de las oficinas de farmacia.

Pero ¿propietarios de qué? ¿Cuál es el objeto de este derecho de propiedad?

Aquí surgen dos orientaciones radicalmente distintas, con drásticas consecuencias en el régimen jurídico del tráfico jurídico sobre las farmacias.

2. La oficina de farmacia como empresa.

a) La oficina de farmacia es una empresa privada.

El servicio sanitario que la oficina de farmacia presta no se concibe ni es realizable sin un simultáneo ejercicio comercial, de carácter instrumental. La naturaleza del servicio sanitario no desvirtúa el carácter mercantil de la actividad que se lleva a cabo en la oficina de farmacia, que, en cambio, simplemente predetermina su funcionamiento, debilitándose, e incluso eliminándose, el aspecto comercial de la actividad en la medida que constituya obstáculo o desviación con relación al aspecto sanitario de la propia actividad o le contradiga.

La actividad farmacéutica es una actividad sanitaria (artículo 88 y 89, en relación con el 103.2 de la ley del Medicamento), pero ello no significa que el profesional titulado que la preste sea un funcionario público. Antes al contrario, es un profesional libre, que ejerce una profesión libre, siquiera esa profesión, como las demás que también lo son, pueda y tenga que ser sometida a determinados requisitos y limitaciones para salvaguardar el interés público, concretado en la protección de la salud (art. 43, CE).

El farmacéutico titular de una autorización de apertura de farmacia no sólo no es un funcionario, sino que tampoco ejerce potestades públicas. No cabe, por ejemplo, equipararlo a un notario que sí las ejerce.

Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo y así se ha destacado por la doctrina. Por ejemplo, Miguel Cerdá (en Derecho civil y farmacia. Madrid, 1993) afirma:

"La farmacia, en cuanto empresa reglamentada por razones de interés público, constituye una unidad vital y dinámica, que llega a formarse mediante la conjunción inseparable e imprescindible del elemento sanitario y del comercial, cuya falta, de cualquier de ellos, destruye el concepto mismo".

b) Contenido patrimonial.

La empresa farmacéutica, como cualquier otra empresa, tiene un contenido patrimonial, constituyendo una verdadera unidad patrimonial de que forma parte la autorización. Es una unidad real, esto es una titularidad en nombre propio y por cuenta propia que recae sobre cosas jurídicas materiales y sobre lo que Guasp llama cosas jurídicas energéticas.

La titularidad que es la farmacia recae, en efecto, sobre:

- Cosas fungibles: medicamentos y asimilados.

- Pertenencias: mobiliario y utillaje (o sea, los que la sentencia del Tribunal supremo de 4 de abril de 1987 denomina "medios técnicos").

- Partes integrantes. Son éstas, las siguientes:

* La licencia para el ejercicio de la actividad, licencia que se identifica con arreglo a tres parámetros: término municipalo área de salud, distancia y local.

* Licencia que, a su vez, atribuye un poder excluyente (que no monopolístico) para ese ejercicio. Se trata de una cosa no material, ni ideal, ni incorporal, verdadera energía jurídica (energía irradiante, diría Guasp).

c) Tráfico jurídico.

Consecuencia de esta configuración de la oficina de farmacia es que, como tal unidad, con todos sus elementos, es objeto de tráfico jurídico, y, por tanto, podrá ser enajenada por actor intervivos o mortis causa.

Otra cosa es que, en razón al objeto de la actividad y a la planificación, existan ciertas limitaciones, que permitan el acceso a la oficina de farmacia con arreglo al principio de mérito y capacidad. Que es lo que hace la Ley vasca, al sujetar a autorización administrativa las transmisiones a título oneroso, que se otorgará previo concurso de méritos entre los que acepten las condiciones de la oferta efectuada por el transmitente (art. 17).

Limitación importante a la transmisión de la farmacia es la que se contiene en un proyecto (o proposición) de Ley que se tramita actualmente en la Asamblea regional de Murcia, a fin de evitar la especulación que, por desgracia, no ha sido infrecuente en el ámbito de las farmacias.

No puede negarse a un farmacéutico con oficina de farmacia la posibilidad de instalarse en otro lugar. A tal efecto, se prevé el traslado de su oficina, en virtud del cual se opera un cambio de emplazamiento, subsistiendo el número de farmacias. Pero como esto sólo es posible dentro del área determinada -hasta ahora el término municipal-, si quiere instalarse en área distinta, no existe otro procedimiento que solicitar una autorización de apertura de nueva farmacia.

Ahora bien, una cosa es el muy respetabilísimo derecho a cambiar el emplazamiento del lugar en que se ejerce una profesión y otra muy distinta el tráfico de oficinas de

farmacia. Para evitarle, el proyecto de Ley de ordenación farmacéutica de la región de Murcia establece:

- Prohibición de tramitar una oficina de farmacia desde que su titular haya presentado la solicitud de autorización para abrir otra.

- Y, una vez autorizada la nueva apertura por acto firme, se extinguirá la autorización originaria, iniciándose de oficio otro procedimiento de apertura en la zona.

El carácter de oficina profesional de la oficina de farmacia aparece así con carácter preferente al de empresa. Si bien, aparte de otras consideraciones, se plantearían importantes dificultades prácticas a la hora de aplicar la norma, como veremos después, al referimos a las leyes extremeña y manchega.

3. La autorización administrativa de carácter personal e intransferible

a) Autorización administrativa y oficina de farmacia.

Las leyes extremeña y manchega de atención farmacéutica, apartándose de la legislación tradicional, rompen esa unidad real que constituye la oficina de farmacia. A tenor de la nueva ordenación, se establece una separación rígida entre la autorización administrativa y los demás elementos integrantes de la empresa farmacéutica.

El farmacéutico, para ejercer su actividad en un local determinado, deberá obtener una autorización administrativa. Pero esta autorización administrativa será personal e intransferible. El farmacéutico deberá disponer del local (en propiedad, arrendamiento, u otro título que permita su utilización), y obtener los demás elementos necesarios. Organizar adecuadamente la empresa farmacéutica. Ejercer la actividad, que será profesional y mercantil. Con su esfuerzo y prestigio, logrará obtener una clientela y alcanzar un volumen de negocio. Pero no podrá disponer de esta empresa como un todo.

En términos de la Ley extremeña, "los locales, existencias y demás enseres de la oficina de farmacia, al ser patrimonio de carácter privado, quedan sometidos al régimen jurídico de aplicación" (art. 14, párrafo segundo). Pero queda prohibida la venta, cesión, traspaso, arrendamiento o cualquiera otra forma de transmisión, ya sea por actos inter vivos o mortis causa, de la autorización administrativa (art. 14, párrafo primero).

La Ley 16/1997, de 25 de abril, en su artículo 4° -que constituye legislación básica, según la Disposición Final primera-, al regular la transmisión de las farmacias establece que "únicamente podrán realizarse en favor de otro u otros farmacéuticos", reconociendo a las Comunidades Autónomas la potestad de regular "las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos". En cuanto presupone la oficina de farmacia como un todo, la transmisión será de esta unidad. Por lo que las Comunidades Autónomas podrán establecer "formas, condiciones, plazos" y otros requisitos. Pero no negar la posibilidad de transmisión, ya que ello supondría atentar contra una norma que tiene el carácter de legislación básica.

b) La extinción de la autorización administrativa.

Pero las leyes extremeña y manchega llegan a más. Llegan a establecer la extinción, no sólo por muerte, sino por caducidad o agotamiento de la autorización administrativa al cumplir el titular determinada edad. Extinguida la autorización se procederá a la tramitación de un nuevo procedimiento para otorgar autorización a favor de quien tenga más méritos.

Lo que choca frontalmente con el carácter privado de la actividad del farmacéutico. Pues se trata de una profesión libre que, por tener trascendencia pública (como ocurre con la profesión de abogado, con la de médico, etc.), está regulada en su ejercicio por normas jurídicas que establecen determinadas limitaciones y condicionamientos, pero que, de ninguna manera pueden imponer la extinción de la actividad profesional por caducidad de la autorización, una autorización que es una mera actividad administrativa de control mediante la que se remueve el obstáculo que impedía el ejercicio del derecho a ejercer la profesión.

Esa autorización es un control formal previo, mediante cuya exigencia se comprueba que el titular reúne las condiciones legal o reglamentariamente establecidas (titulación académica, etc) y que el local designado cumple igualmente los requisitos establecidos (dimensiones, distancias respecto de otras farmacias, etc).

La autorización de oficina de farmacia es, además, una autorización de funcionamiento, lo que permite comprobar, mediante las inspecciones correspondientes que se giran periódicamente, que esas condiciones permanecen y que las limitaciones se están cumpliendo.

Y claro es que, si esas condiciones se hubiesen alterado, habría que adoptar las medidas que; en su caso procedan, para restablecer el orden jurídico. Y si de lo que se trata es de una incapacidad física o mental del titular de la autorización, tendría que ser acreditada para, en su caso, dar la solución que legalmente proceda. Pero lo que hacen las leyes extremeña y manchega es presumir esa incapacidad al cumplir él farmacéutico cierta edad.

Se ha pretendido justificar esta caducidad por envejecimiento, como una garantía del mejor servicio al usuario de los medicamentos, estimando que no existe lesión del derecho a la igualdad (art. 14, CE) ni del derecho al trabajo (art. 35,CE), ya que son muchos los supuestos de Derecho administrativo en que las autorizaciones personales caducan por razón de la edad[9]. Lo que supone desconocer la naturaleza de la autorización de apertura de farmacia y el

[9] *JOVER LORENTE Y AZNAL, Estudios jurídicos, cit. p. 29.*

carácter privado de la actividad que en ella se realiza. En efecto:

a) La autorización de farmacia -ni siquiera en las legislaciones autonómicas que la consideran personal e intransferibles- es una autorización que se otorga en atención a las circunstancias subjetivas del que la pide, como ocurre por ejemplo en otras -como permiso de conducir-; su otorgamiento depende pura y simplemente de condiciones objetivas: se verifica si el local y emplazamiento reúne condiciones aducidas; no si el farmacéutico reúne condiciones de aptitud física y de conocimientos. Otra cosa no será posible, por no tener competencia la Comunidad autónoma para ello, a tenor del artículo 149.1.30°, CE.

b) La limitación de edad para el ejercicio de una actividad tiene sentido respecto de los funcionarios sometidos al estatuto de la función pública. Pero no para los que ejercen una profesión libre. Limitación que supone como contrapartida una pensión de jubilación.

c) Si a ningún otro profesional libre se le impone un límite de edad para ejercer su profesión, imponerlo a los farmacéuticos supondría un atentado al principio de igualdad.

e) La nueva autorización.

Extinguida la autorización, como he indicado, se procederá a iniciar un procedimiento de nueva autorización, que se decidirá con arreglo al principio de mérito y capacidad. Así, la ley extremeña (art. 14), que establece que el nuevo titular "deberá mantener en sus puestos de trabajo, como mínimo, a los mismos auxiliares y ayudantes técnicos de farmacia que vinieran prestando servicios de carácter laboral con anterioridad". Cuando lo normal será que las necesidades de colaboración por parte del farmacéutico joven que accede a la farmacia serán notoriamente inferiores a las del titular anterior de mayor edad y, consiguientemente, con menor capacidad de trabajo y salud más precaria.

Los problemas que plantea la aplicación de esta norma son evidentes. Porque la autorización extinguida estaba referida a un local determinado. Por lo que para que el nuevo titular pueda ejercer la actividad en el mismo local -encontrar otro local que cumpla el requisito de las distancias resultará en la mayoría de los casos poco menos que imposible- deberá llegar a un acuerdo con el antiguo propietario o sus herederos acerca del valor de lo transmitible, en el que no debe incluirse la autorización, pero si otras circunstancias como volumen del negocio -en el que al menos algo habrá contribuido la actividad del titular anterior-. ¿Y si no se llega al acuerdo? ¿Es qué se va a imponer la transmisión? No olvidemos, que, a tenor del artículo 149.1,8a y 18a, CE, la legislación civil y la reguladora de la expropiación forzosa, estáfuera de la competencia de las Comunidades Autónomas. Es competencia exclusiva del Estado.

4. El futuro.

¿Cual de las dos tendencias acabará por prevalecer? ¿El tradicional que se mantiene en las leyes catalana y vasca? ¿O el revolucionario de las leyes extremeña y manchega?

Me permito vaticinar que el primero. No sólo por ser más congruente con los principios que informan nuestro Ordenamiento jurídico y los del Ordenamiento comunitario. Si no por las dificultades que plantea la aplicación del sistema híbrido que tratan de implantar las leyes extremeña y manchega. Que, aunque partiendo del principio de considerar privada y propia de un profesional libre la que se ejerce en una oficina de farmacia, se somete a su titular a un régimen más propio de una funcionario o de un asalariado.

FUNCIONAMIENTO DE LAS OFICINAS DE FARMACIA

l. Régimen especial del funcionamiento de la oficina de farmacia.

La actividad desarrollada en una oficina de farmacia será, como hemos visto, mercantil a la vez que ejercicio de una profesión. Pero una actividad sujeta o un régimen especial impuesto por la naturaleza del servicio que presta. No estará sujeta a la normativa reguladora del comercio minorista ni en general a la que regula el ejercicio de las demás profesiones. Podrán resultarle aplicables algunas de las normas generales, pero prevalecerá la específica, encaminada a garantizar la asistencia farmacéutica de manera continuada. No existe la menor duda de que esto es así y debe ser así.

Pero, ¿hasta donde debe llegar la especialidad? Porque incluso en cuestiones tan delicadas como el del precio de los medicamentos ha llegado a propugnarse la posibilidad de descuentos.

Interesa, pues, descender al examen de los aspecto más importantes de la dispensación de los medicamentos.

2. Sujeto de la dispensación.

Congruentemente con la configuración de la oficina de farmacia como centro de la actividad de un profesional o de unos profesionales, resulta obvia la exigencia de su presencia para la prestación del servicio. Y así ha venido siendo establecido en las distintas leyes autonómicas de forma terminante: "la presencia personal y directa y la actuación profesional del farmacéutico titular es requisito indispensable para desarrollar las funciones". Así la Ley manchega (art. 25) y en parecidos términos la ley vasca (art. 6) y la extremeña (art. 7). Tan solo se aparta de esta normativa dominante la ley catalana, que ya no exige la presencia y actuación profesional del titular, sino de "un

farmacéutico debidamente colegiado". Este criterio de la Ley catalana ha pasado a ser legislación básica del Estado, al establecer el artículo 5°.1, Ley 16/1997, que "la presencia y actuación profesional de .un farmacéutico es condición y requisito inexcusable para la dispensación al público del medicamento".

Descartada la posibilidad de que la farmacia no sea propiedad de un farmacéutico, precisamente por la naturaleza de la oficina de farmacia, parecía que debía exigirse la presencia y actuación del titular, con las colaboraciones que resulten necesarias, que podrá ser otro farmacéutico -los adjuntos- o el personal auxiliar en aquellas tareas para los que estén capacitados, y siempre bajo la supervisión del titular o de un adjunto.

Ahora bien, habiéndose impuesto la flexibilidad del régimen de jornada y horario de apertura para atender las demandas de la sociedad, ello conducirá ineludiblemente a que se extienda una imagen de oficina de farmacia muy distinta a la tradicional, que giraba en tomo a la presencia del titular, que indudablemente subsistirá sobre todo en el mundo rural. En este sentido, el proyecto de los murcianos establece que "la presencia física del titular, regente o sustituto será obligada dentro del horario mínimo de atención al público que se fije reglamentariamente" (art. 14.2). Lo que supone que fuera del horario mínimo se admita la dispensación sin la presencia de un farmacéutico responsable.

La imposibilidad física de la presencia del titular más allá de lo que pueda ser un horario normal de trabajo de un profesional -aunque sea siempre superior al del asalariado- y la improcedencia de que el personal no farmacéutico pueda desarrollar las funciones propias de la oficina sin la presencia de un farmacéutico, forzaría a acudir al farmacéutico adjunto, cuyo número se fijará -como expresamente se establece en algunas leyes autonómicas, desarrollando lo establecido en el artículo 88.2 de la Ley del Medicamento- y el artículo 5°,5, Ley 16/1997, de 25 de abril "atendiendo al volumen de actividad, su régimen de horario y la edad del farmacéutico titular" (art. 29.1, Ley manchega). Es más, ha llegado a preverse la imposición por vía reglamentaria de la determinación de "los supuestos en que atendiendo al volumen o diversidad de las actividades de la oficina de farmacia sea preciso contar con uno o más farmacéuticos adjuntos, auxiliares o ayudantes técnicos", y hasta a disponerse que, en todo caso, "el número de auxiliares y ayudantes técnicos de farmacia que atribuye en una oficina de farmacia deberá ser, como mínimo igual al de farmacéuticos adjuntos". Así, el artículo 6, de la ley extremeña.

No parece que al menos en este aspecto, nos encaminemos hacia un sistema de libertad tantas veces propiciado por algunos en otros. Aquí, la libertad desaparece. Los poderes públicos, velando por el farmacéutico, le dirán cuándo y cómo debe ser ayudado, por grandes que sean sus dotes de trabajo y muchos los deseos de dedicar su vida a la farmacia. Una vez más, aparece la tentación de igualar a todos por abajo, de coartar los esfuerzos más o menos singulares, de impedir el trabajo rebasados ciertos límites, fijados por unos cuantos políticos o funcionarios.

Esto sí que es un gravísimo atentado a la libertad.

Permitídme que traiga a colación mi experiencia -que será la de muchos de vosotros- sobre los distintos modelos de farmacia que hoy nos encontramos al tener necesidad de adquirir un medicamento, que son reflejo de muy distintas concepciones y estilos de vida:

1°) Uno, la farmacia de un pequeño pueblo de Extremadura -ejemplo que podrá encontrarse en cualquier otra región de España-. Es la única farmacia que existe y puede existir en el pueblo. El más próximo con farmacia está a unos 20 kilómetros. La farmacéutica actual -al igual que el que la había precedido-, no sabe -ni quiere saber- nada de horarios ni de ausencias. Es ella y sólo ella la que atiende a los que necesitan un medicamento. Cuando cierra la farmacia encontraremos un letrero que nos dirá: "estoy en misa" o "estoy en el bar de la Marina", o dando un paseo por la carretera de arriba... Y cuando no hay letrero es porque se la encuentra en su casa. Los vecinos saben que la encontrarán a cualquier hora del día o de la noche. Pero jamás la molestarán cuando no es estrictamente necesario. Es este un gran ejemplo de solidaridad. Si en alguna ocasión, se permite algunas vacaciones, acude a un Farmacéutico adjunto, que atenderá la oficina con el mismo espíritu de exclusividad que la titular.

2°) Otro modelo. Ya no estamos en un pueblo de Extremadura. Estamos en la Sierra de Madrid, en un pueblo más importante, en el que existen tres farmacias. A unos dos kilómetros hay otro pueblo, con una sola farmacia. Y en distinta dirección a una distancia muy superior otro, también con una sola farmacia. Aquí, la mentalidad es distinta. Al fijar los turnos de guardia nocturnos, están unidos los tres términos municipales, con un total de cinco farmacias. De tal modo que, a partir de la diez de la noche, los residentes de los tres pueblos sólo podrán acudir a una oficina de farmacia, que, por supuesto, exigirá receta para despachar el medicamento a través de una ventanilla con tupida rejilla. Lo que les obligará a los que no lo sean de aquel en que radica la farmacia a desplazarse al pueblo en que esté. Residentes de un pequeño pueblo con tres farmacias tienen que hacer lo que no tienen que hacer los de aquel pequeño pueblo extremeño.

3°) Y tercer modelo. Ya estamos en la gran ciudad. Podemos acudir a la macrofarmacia abierta las 24 horas del día. Nos encontramos en un modelo distinto. Al menos la que yo he visitado en Madrid, el panorama es el siguiente: pasada la puerta de la calle existe un amplio espacio que, al menos en el momento en que yo fui estaba lleno de gente haciendo cola para entrar a un espacio ulterior, por el orden en que uno era llamando. En este segundo espacio, existían varios mostradores, detrás de los cuales había un hombre o

mujer con batas blancas, que atendían. Con el medicamento entregaban un ticket con el importe, obligando a hacer una nueva cola hasta la caja.

3. Objeto de la actividad.

La actividad por autonomasia de una oficina de farmacia la constituye hoy día la dispensación de medicamentos y de productos sanitarios, así como de aquellos otros utensilios y productos de carácter sanitario que se utilicen para aplicación de los anteriores.

En cuanto el farmacéutico compres aquellos productos para revenderlos y los revende con ánimo de lucro está realizando una actividad mercantil, propia del tráfico de la empresa.

Pero, aún sin perder el carácter de mercantil, el acto de dispensación es algo más, hasta ha llegado a afirmarse que es una actuación sustancialmente distinta a la venta. En este sentido, en un comentario a la reciente Ley de Medicamentos de la provincia de Buenos Aires (Ley 11.405/93), se ha dicho[10]:

"Conlleva la responsabilidad profesional por la correcta entrega del producto prescrito por el médico, pudiendo el error o la negligencia acarrear graves consecuencias atento la poderosa actividad farmacológica de los medicamentos actuales; asimismo, el farmacéutico debe controlar su correcta dosificación y el buen estado de conservación, supervisando la disponibilidad al controlar su existencia en la oficina.

El control en el expendio de que no exista error en el medicamento o en la dosis prescrita por el médico en la receta, la previa comunicación y ratificación del médico en el supuesto de prescripción errónea, se preceptúa como deber del farmacéutico que conlleva grave responsabilidad ante el incumplimiento o cumplimiento irregular.

Por otra parte, la legislación actual contempla la farmacovigilancia como obligación para los profesionales sanitarios, entre los cuales se encuentra el farmacéutico, de comunicar a las autoridades sanitarias los efectos inesperados o tóxicos para las personas o la salud pública que pudieran haber sido causados por los medicamentos; esto es, controlar los resultados terapéuticos y adoptar las medidas complementarias adecuadas".

Precisamente por estas circunstancias, se impone un régimen específico, sobre el que no siempre existe unanimidad.

Sí existe unanimidad, por ejemplo, en que se asegure por parte de las oficinas de farmacia la tenencia de medicamentos, especialidades o artículos de uso medicinal que, previsiblemente, cabe que sean requeridos con carácter de urgencia. Pero no existe en otros aspectos esenciales, como son los siguientes:

a) Hasta dónde llega la exclusividad de la venta en farmacias, respecto de los medicamentos y de los productos que constituyen la llamada "parafarmacia". Si respecto de los primeros la regla general es la venta exclusiva en farmacia sólo se admiten excepciones cuando se pruebe que pueden venderse fuera sin riesgo grave para la salud-, respecto de los segundos por el contrario sólo se impondrá la venta exclusiva si se prueba que, de no ser así, habrá riesgo para la salud.

b) La posibilidad de descuentos en la venta de medicamentos, aunque se mantenga la fijación del precio por la Administración, si bien con carácter de máximo. El tema ha sido estudiado recientemente en profundidad en una serie de trabajos sobre la regulación de los servicios sanitarios[11].

No parece probable que esta propuesta -que figuraba entre las propuestas del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia a que he aludido- llegue a tener realidad. La fijación del precio por la Administración trata de garantizar la igualdad en las condiciones básicas de los usuarios y evitar distorsiones en un mercado como éste, que afecta de manera inmediata a la salud. Y la posibilidad de otorgar descuentos al competidor más fuerte "expulsará" del mercado al débil, que lo será, con toda probabilidad, al joven farmacéutico recién salido de las aulas universitarias, con lo que se contravendría una de las metas que se aducen para justificar la modificación de la reglamentación del sector.

4. Asistencia continuada.

El derecho constitucional a la protección de la salud y a la atención sanitaria (art. 10, Ley General de Sanidad) conlleva el más concreto a la asistencia farmacéutica continuada, lo que supone la posibilidad de adquirir en cualquier momento aquellos medicamentos o productos sanitarios necesarios para la prevención frente al riesgo de enfermedad, la curación o el restablecimiento de la salud.

En consecuencia -así se reconoce en las distintas leyes autonómicas-, las oficinas de farmacia deben prestar atención farmacéutica a los ciudadanos de forma continuada. Lo que resulta inaceptable con la libertad de cada farmacia de abrir y cerrar la oficina de farmacia, a conveniencia de su titular, libertad que si tiene cualquier otro profesional libre. La Administración sanitaria viene obligada a la re-

---

[10] *ANA MARIA BEZZI, Farmacia. actividad de servicio público y derecho a la salud "Actualidad en el Derecho público", septiembre-diciembre 1995, p. 37.*

[11] *En la Ob. col. La regulación de los servicios sanitarios en España Civitas, 1997. En especial, GARCIA-FONTES y MOTTA (La regulación de las oficinas de farmacia: precios y libertad de entrada pp. 342 y ss.); GISBERT, ROVIRA y ILLA, Análisis de modelos alternativos de retribución de las oficinas de farmacia pp. 39 y ss.*

glamentación del horario, servicios de urgencia y vacaciones, de las oficinas de farmacia.

La adecuada prestación del servicio farmacéutico es incompatible con libertad de horario de apertura y cierre de las farmacias. El usuario del servicio debe saber en cada momento las horas en que están abiertas las farmacias, todas las farmacias, sin tener que acudir a una guía o lista que le indique cual es el horario de cada una, según el capricho, comodidad, utilidad o competencia desleal de cada titular. Y debe saber la farmacia a la que puede acudir las veinticuatro horas cuando están cerradas las demás.

No se trata, en definitiva, de una medida "corporativa" en beneficio de una clase profesional. Se trata de una medida que sólo tiene como finalidad el mejor servicio al usuario.

Es indudable que si existen farmacias que voluntariamente permanezcan abiertas veinticuatro horas (entiéndase bieD>. veinticuatro horas, no dos o tres horas más que las demás) obligándose a ello, permitirá aliviar a los demás farmacéuticos de la gravosa carga que suponen los "turnos de guardia". Pero lo que no es de recibo es dejar allibérrimo criterio de los farmacéuticos, abrir la farmacia unas horas más o unas horas menos que los demás, por razones que nada tienen que ver con el mejor servicio a los usuarios.

A tal efecto, turnos de guardia y vacaciones, dada la distinta finalidad a que responden, requieren tratamientos asimismo distintos.

a) No se puede estar a la resultancia del mercado para regular el turno de guardia. Porque este turno trata de "asegurar la prestación del servicio farmacéutico". Luego es absurdo que se diga que se regulará "sólo cuando el mercado no garantice el servicio".

Esto es pura confusión de dos instituciones (si se quiere, "figuras") distintas: la prestación necesaria de una actividad de interés público y el libre mercado.

b) El turno de vacaciones exige un planteamiento distinto, precisamente porque tiene naturaleza diversa. Por un lado, hay que prever ese turno, sin esperar a que "lo regule el mercado". Porque el mercado sirve para lo que sirve, pero no es su función organizar las vacaciones del personal farmacéutico. Por otra parte (y esto lo ha dicho el Tribunal constitucional) nada impide que un titular de farmacia decida abrir también durante las vacaciones (siempre y cuando cumpla con la exigencia del artículo 88 de la Ley del Medicamento).

En este aspecto las numerosas disposiciones de distinto rango dictadas por las distintas autonomías, con más o menos acierto, han tratado de conciliar los intereses en juego.

Y después de la apasionada controversia a que vino a poner fin la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1.992, parece que se ha vuelto a la normalidad, como consecuencia de unas normativas por lo general razonables, que han puesto en evidencia que la flexibilidad de horarios no puede conducir nunca a situaciones de ventaja en perjuicio del farmacéutico modesto.

Epílogo

Y termino.

¿Qué modelo de farmacia nos deparará el futuro?

No parece difícil vaticinar que la oficina de farmacia seguirá siendo el centro de la actividad profesional privada del farmacéutico, que será propietario por lo menos de los enseres e instalaciones, y, en su caso, del local o del derecho a usado.

Seguirán existiendo macrofarmacias, organizadas por uno o varios farmacéuticos asociados con espíritu empresarial. Pero no muchas y, quizás, ninguna si llegara a dominar -lo que no espero- la tendencia legislativa de algunas Comunidades Autónomas a configurar las autorizaciones administrativas personales e intransferibles.

La farmacia del futuro será, por lo general, la pequeña farmacia, producto del fenómeno de atomización que inevitablemente se va a producir. Una farmacia que, salvo en emplazamientos privilegiados de las grandes ciudades o de zonas de turismo de lujo, apenas si producirá lo suficiente para que el titular pueda contar con personal suficiente para atender las cargas que impone la prestación eficaz del servicio. Volveremos a la situación que se denunció en 1.930 cuando en el territorio nacional existían unas 6.000 farmacias, en los siguientes términos: "con las excepciones de las establecidas en el centro de las capitales y ciudades importantes, donde, dicho sea de paso, más se atendió al absurdo de lujo exterior, a la vanidad o la estética mal entendida, la casi totalidad de las farmacias viven en plena ruina"[12].

Y como ni aún así podrá lograrse la existencia de una farmacia a distancias prudenciales de los diseminados núcleos de población, las demandas cada día más exigentes de los usuarios pueden determinar un renacimiento de la tentación estatalizadora limitada, con el grave riesgo de su generalización.

---

[12] *BARAS RIOS, El gran problema farmacéutico cit. p. 25, por mi citado en Apertura y traslado de farmacia, Madrid, 1966, p. 40*

EL PRECIO DE LAS ESPECIALIDADES FARMACEUTICAS

JOAQUÍN TORNOS MÁS.
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona.

ÍNDICE .- I.- INTRODUCCIÓN. 1. Las especialidades farmacéuticas no publicitarias. 2. El necesario control de las especialidades farmacéuticas. 3. El margen comercial del farmacéutico.- II.- EVOLUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE EL PRECIO DE LAS ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS. 1. El régimen general del control de precios. 2. La Constitución española de 1978.3. La incidencia del Derecho Comunitario. 4. La ley del Medicamento, ley 25/1990 de 20 de diciembre. 5. Ultimas disposiciones de interés. III.- PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA LA FIJACIÓN ADMINISTRATIVA DEL MARGEN COMERCIAL.- l. La causa de la potestad administrativa de intervención. 2. Descuentos. 3. Descuentos y Colegios Profesionales. 4. El margen comercial ¿norma o acto? 5. El control jurisdiccional de los márgenes comerciales. 6. Sanciones administrativas.

I.- INTRODUCCIÓN

Las especialidades farmacéuticas han tenido tradicionalmente su precio de venta intervenido. Esta intervención se ha proyectado sobre el precio de fabricación y el de distribución.

La intervención sobre el precio de este producto responde a dos razones diversas. *Por* un lado existe un control del precio o de sus incrementos *por* razones de política económica general. El precio de este bien incide en la fijación del índice de precios al consumo y, *por* esta razón, trata de contenerse el posible incremento del precio de este producto. Nos situamos en este caso en el marco normativo del Real Decreto de 28 de octubre de 1977[1]. Se trata, en todo caso, de un tipo de intervención que ha ido reduciendo su ámbito de actuación, pero que mantiene en la actualidad su intervención sobre el precio de las especialidades farmacéuticas no publicitarias[2].

Desde otra perspectiva, se trata de incidir en el precio del medicamento por las características propias de este producto. El consumo de medicamentos tiene una clara incidencia en el gasto sanitario, pues los medicamentos se suministran fundamentalmente dentro del sistema sanitario público. Por otro lado, el consumo de medicamentos no responde a las reglas propias del mercado, pues el consumidor, el particular que consume la medicina, no elige lo que compra, pues adquiere lo que le receta un médico.

Desde esta perspectiva de carácter sectorial, nos situamos dentro del régimen de intervención de los precios establecido en la ley del Medicamento 25/1990. En este caso la intervención se justifica por el fin de reducir el gasto sanitario, y trata de evitar incrementos o imponer reducciones sobre los precios del producto. Es una intervención que se puede dar ante la aparición de nuevos productos o con el fin de incidir en los precios de los ya existentes. No es por tanto un control sobre un posible incremento (supuesto de la política general de precios), sino una verdadera política sectorial ejercitada sobre el factor precio del producto.

El presente trabajo no aborda en su conjunto el problema del precio de los medicamentos[3], sino el precio del margen comercial de las especialidades farmacéuticas. Antes de entrar en el análisis del régimen jurídico de esta regulación administrativa es conveniente precisar nuestro objeto de estudio.

---

[1] *Una exposición sintética del régimen jurídico de la intervención administrativa sobre los precios puede encontrarse en TORNOS MAS, J., Comercio interior, en la obra colectiva dirigida por S. Martín Retortillo, Derecho Administrativo Económico, n, Madrid 1991, pág. 653 a 662.*

[2] *El número de productos o servicios con precio intervenido por razones de política económica general se ha ido reduciendo de forma constante desde el RED de 28 de octubre de 1977. La última reducción se ha producido con la aprobación del Decreto ley 7/1996 de 7 de junio, concretamente por la combinación de su artículo 15 con los Anexos I yII.*

[3] *Según establece el articulo 8,1 de la ley del Medicamento, a los efectos de la ley se entenderá por medicamento" toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al Estado mental. También se consideraran medicamentos las sustancias medicinales o sus combinaciones que pueden ser administrados a personas o animales con cualquiera de estos fines, aunque se ofrezcan sin explícita referencia a ellos". En el mismo artículo 8 se contiene otras definiciones, a los efectos de lo dispuesto en la propia ley, como sustancia medicinal o medicamento prefabricado, entre otras. En el párrafo sexto se define la especialidad farmacéutica como una realidad distinta a la del medicamento.*

1. Las especialidades farmacéuticas no publicitarias

El producto cuya venta tiene el precio intervenido es la especialidad farmacéutica no publicitaria.

El concepto de especialidad farmacéutica lo encontramos en el artículo 8 de la ley 25/1990 de 20 de diciembre. Según dicho precepto la especialidad farmacéutica es " el medicamento de composición e información definidas, de forma farmacéutica y dosificación determinadas, preparado para su uso medicinal inmediato, dispuesto y acondicionado para su dispensación al público, con denominación, embalaje, envase y etiquetado uniformes al que la Administración del Estado otorgue autorización sanitaria e inscriba en el registro de especialidades farmacéuticas". Como se comprueba, el concepto más amplio de medicamento se delimita en razón de diversos criterios hasta llegar a configurar el más reducido de especialidad farmacéutica. En términos simplificadores podríamos decir que la especialidad farmacéutica es el medicamento fabricado industrialmente y preparado para su consumo humano[4], producto cuya distribución requiere previa autorización administrativa y la inscripción en un registro administrativo.

La especialidad farmacéutica debe, además, ser una especialidad no publicitaria. Esta condición plantea dos cuestiones de interés.

Por un lado debemos conocer cuando una especialidad es o no publicitaria. Al respecto el artículo 31.5 de la ley del Medicamento ha establecido una serie de requisitos para que se pueda autorizar la publicidad de una especialidad farmacéutica[5], y el RD 1416/1994 de 25 de junio ha precisado que la autorización para la publicidad debe otorgarla el Ministerio de Sanidad y Consumo siempre que se trate de medicamentos que por su composición y objetivo estén destinados y concebidos para su utilización sin la intervención de un médico que realice el diagnóstico, la prescripción o el seguimiento del tratamiento y, en caso necesario, tras consultar con el farmacéutico.

Pero lo más significativo, a los efectos de este trabajo, es la razón por la cual estas especialidades quedan excluidas del sistema de control de precios. No se intervendrán los precios de estos productos porque los mismos se excluyen del sistema de financiación del Sistema Nacional de Salud y, por tanto, se comercializan únicamente en el mercado libre. Si no se financian por el Sistema Nacional de Salud ya no existe razón objetiva que preocupe a la Administración para controlar su precio, pues, como veremos, el control del precio de estos productos responde hoy únicamente a la necesidad de frenar el incremento de gasto sanitario en productos farmacéuticos.

La Exposición de Motivos del RD 1416/1994 expone claramente la situación: " las denominadas especialidades farmacéuticas publicitarias tienen como características especiales el estar excluidas de la financiación con cargo a fondos públicos, conforme establece el artículo 94,2 de la ley 25/1990 de 20 de diciembre del medicamento, y están excluidas del régimen de precios autorizados desde la publicación de la Orden de 25 de noviembre de 1981, previendo el artículo 100.4 de dicha ley que el precio de las referidas especialidades pueda ser fijado libremente por los laboratorios al predominar la competencia por carecer este mercado de estructuras monopolísticas, todo ello sin perjuicio de las intervenciones administrativas que por razones económicas, sanitarias o sociales se consideren necesarias".

Así pues, si se trata de un producto publicitado, de conformidad con la disposición adicional segunda del RD 1416/1994, a) quedará excluido de la financiación con cargo a fondos públicos conforme establece el artículo 94,2 de la ley del medicamento y b) tendrá el precio que libremente sea fijado por los laboratorios conforme prevé el artículo 100,4 de la misma ley. La no financiación pública se convierte en la justificación de un régimen de libertad de precios.

2. El necesario control del precio de las especialidades farmacéuticas

La intervención sobre el precio de las especialidades farmacéuticas tiene una razón objetiva de muy fácil justificación[6]. Se trata de un producto necesario para la vida de las personas cuya dispensación no puede dejarse al libre juego de las reglas del mercado. Como dice la Exposición de Motivos de la ley del Medicamento, "se mantiene la potestad de la Administración para la intervención directa de los precios de las especialidades farmacéuticas, justificada por la presencia de fallos del mercado muy importantes".

---

[4] *Esta definición de especialidad farmacéutica nos obliga a su vez a diferenciar este concepto de medicamento genérico. Siguiendo en este punto a LOBO, Félix, La creación de un mercado de medicamentos genéricos en España, vol. col. "La regulación de los servicios sanitarios en España", coordinada por López Casanovas y Rodríguez Palenzuela, Madrid 1977, pág. 393 y ss, " una especialidad farmacéutica genérica es una especialidad farmacéutica que se comercializa bajo denominación genérica, una vez expirada la patente y que compite con la marca de fantasía original a precios bajos". En definitiva, según el autor citado, el medicamento tiene tres denominaciones: la científico-química, la genérica, común u oficial y la marca comercial. Las dos primeras son de dominio público, mientras que la tercera sustenta un derecho de propiedad privada. Hasta tanto se pueda desarrollar en nuestro país un mercado de medicamentos genéricos, podemos identificar la especialidad farmacéutica con la marca comercial, esto es, con el producto que comercializa una empresa a través de la denominación que es propiedad exclusiva de la misma.*

[5] *EI párrafo quinto del artículo 31 de la ley del Medicamento establece unos requisitos mínimos para que una especialidad farmacéutica pueda ser objeto de publicidad. Por su parte, el párrafo sexto del mismo artículo determina el contenido mínimo de los mensajes publicitarios.*

[6] *Incluso desde una perspectiva economicista se reconoce la singularidad de este producto, lo que comporta que la defensa de la introducción de mecanismos de competencia en la dispensación de medicamentos se suele hacer compatible con un régimen de intervención sobre el precio de los mismos. Al respecto, vid. GARCIA-FONTES/MOTTA, Regulación de las oficinas de farmacia: precios y libertad de entrada, en el vol. col. "La regulación..." op. cit. pág. 325, y también GISBERT ROVIRA-ILLA, Análisis de modelos alternativos de retribución de las oficinas de farmacia, en el mismo libro, pág. 349 y ss.*

La insuficiencia del mercado para la asignación de las especialidades farmacéuticas deriva de la propia naturaleza del producto que, como hemos dicho, es esencial para la vida de las personas. Este carácter de bien esencial para la vida es lo que convierte al producto en un elemento propio del servicio sanitario, esto es, un producto que el Estado debe garantizar a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad y continuidad.

La garantía de esta dispensación obliga al Estado a asumir su financiación. Al asumir la financiación el Estado decide intervenir en los precios, pues la partida de gasto farmacéutico se convierte en una partida de gasto muy significativa dentro de los Presupuestos destinados a sanidad. En definitiva, es el concepto de bien de servicio público financiado a cargo de los presupuestos públicos (sin perjuicio de que pueda imponerse una parte del coste a los ciudadanos a través del copago) lo que determina un régimen de precios intervenidos[7].

El concepto de bien de servicio público al que acabamos de referimos se encuentra, a nuestro juicio, reconocido en el propio derecho positivo. La legislación vigente establece la garantía de dispensación de los medicamentos necesarios para promover, conservar o restablecer la salud, dispensación que se basa en los principios de igualdad y continuidad. Como vemos, referencia clara a los principios propios de una actividad de servicio público.

Así, la ley General de Sanidad, en su artículo 10,14, ha reconocido a todos los ciudadanos el derecho a "obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado". Remisión, cierto, al reglamento, pero para que concrete un derecho previo, esto es, el derecho a recibir un medicamento cuando este sea necesario para promover, conservar o restablecer la salud.

Se interrelacionan en este punto dos tipos de actividad de distinta naturaleza. Por un lado la sanidad, como servicio público, y por otro, la fabricación y dispensación de medicamentos, actividades privadas de interés general, pero que se mueven en el campo de la libre iniciativa económica. El medicamento se fabrica y expende por entidades privadas, pero es un producto esencial para el servicio sanitario, y está financiado por la Administración que asume la garantía de su dispensación a todos los ciudadanos.

Esta compleja relación debe tenerse presente para diferenciar las razones que pueden justificar la intervención pública sobre los precios y para determinar los límites a la intervención pública.

En cuanto a las razones, el control de los precios se puede justificar por razones generales de política económica y control de la inflación, pero también por razones de control del gasto sanitario. Como veremos esta última razón es la que se impone en los últimos años. Por otro lado el control de los precios deberá tener presente que debe garantizarse un margen de beneficio industrial o comercial para quien fabrica o expende este producto. El precio del medicamento es un precio privado intervenido, no es una tarifa de servicio público cuya cuantía pueda compensarse vía subvencional[8]. El beneficio industrial es además necesario para poder invertir en investigación.

3. El margen comercial del farmacéutico

El precio de la especialidad farmacéutica incluye diversos tramos. La Administración interviene sobre el precio industrial o de fabricación y sobre el precio del distribuidor, estableciendo un margen propio de comercialización. El precio de venta al público, el que paga el usuario, es la suma de los dos, precio industrial más aplicación del correspondiente margen.

Los precios de las especialidades farmacéuticas inciden, por tanto, sobre los intereses de cuatro sujetos, fabricante, distribuidor o farmacéutico, usuario y Administración.

En este trabajo, como ya se ha dicho, me limitaré a examinar la problemática propia del margen de distribución, esto es, la fijación del precio por el que se retribuye la dispensación al público de especialidades farmacéuticas de uso humano.

II.- EVOLUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE EL PRECIO DE LAS ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS

1. El régimen general de control de precios

Dentro de la política antiinflacionista, la Administración ha venido interviniendo en el control de los precios de determinados bienes y servicios. Esta política se reguló en el RD de 28 de octubre de 1977, estableciendo un doble régimen, de precios autorizados y precios comunicados. En el caso de los precios autorizados, que se enumeran en un Anexo al Real Decreto que ha sufrido sucesivas reducciones, la Administración interviene a través de la Junta Superior de Precios, resolviendo la Comisión Delegada de Asuntos Económicos.

---

7 *Como reconoce la Exposición de Motivos de la ley del Medicamento, "la prestación de medicamentos por el Servicio Nacional de Salud a precios razonables y con un gasto público ajustado se posibilita mediante la financiación publica selectiva y no indiscriminada y una selectiva contribución de los enfermos".*

8 *La naturaleza jurídica del precio final del medicamento, el que paga el usuario, puede plantear algunas dudas de interés que tan sólo apuntamos, al ingresarse este pago en los Presupuestos Generales del Estado para financiar el sistema general de sanidad. Una parte revertirá al farmacéutico, el margen prefijado del producto financiado por la Seguridad Social. Pero para el usuario se trata de un precio fijado públicamente en relación a un producto vital. ¿Podría calificarse este precio de precio público, en tanto prestación patrimonial de carácter obligatorio?*

Por tanto, el precio se fija a través de una resolución administrativa, tras expediente iniciado a instancia de parte.

La justificación de la intervención de la Administración es el control de la inflación. Por tanto, se interviene limitando la libre iniciativa económica, controlando la alteración de precios de productos que se considera tienen un claro reflejo en el Índice de Precios al Consumo.

Este control administrativo se ha aplicado sobre los precios de los productos farmacéuticos y, concretamente, sobre los márgenes comerciales. Los productos farmacéuticos han aparecido siempre en los Anexos de precios autorizados[9].

2. La Constitución española de 1978

El texto de la Constitución española incorpora algunos preceptos de interés en esta materia. Así, por lo que hace a cuestiones sustantivas, la Constitución consagra el principio de libertad de empresa en el artículo 38 : "se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". Derecho, pues, a la libre iniciativa económica que, sin embargo, no es absoluto, pues queda delimitado por los intereses generales. Delimitación a la que se alude más adelante en los artículos 128,1 y 131. De forma más concreta, el propio artículo 51 de la Constitución dispone que en defensa de los intereses de consumidores y usuarios la Administración deberá actuar para proteger sus intereses económicos, de seguridad y salud.

Posición, por tanto, equilibrada del texto Constitucional. Junto a la garantía de la libre empresa, su ejercicio se somete a posibles limitaciones en defensa de otros intereses generales. Este equilibrio deberá ser tenido en cuenta, en todo caso, por la normativa legal y reglamentaria que se dicte tras la Constitución.

La Constitución también incide en el tema que nos interesa desde la perspectiva competencial. La fijación de precios farmacéuticos puede entenderse submateria propia de las mate*rias productos farmacéuticos, sanidad nacional y bases y co*ordinación de la planificación general de la actividad económica (articulo 149,1 n° 13 y 16). Junto a estos preceptos debe tenerse en cuenta el reconocimiento que se hace en diversos Estatutos de Autonomía de la competencia estatal sobre la ordenación general de precios.

Sin entrar en mayores detalles, puede concluirse, a nuestro juicio, que la determinación de los precios farmacéuticos forma parte de dos materias competenciales. Así, forma parte de la competencia estatal sobre ordenación general de la economía y más concretamente ordenación general de precios, esto es, el título competencial que de hecho ha creado la jurisprudencia constitucional a partir de lo dispuesto en el artículo 149,1-13 de la Constitución y normas estatutarias, en los casos en que la intervención estatal se fundamente en razones de política económica. La situación debe variar si la fijación de precios se basa en razones puramente de control del gasto sanitario, en cuyo caso el título competencial del Estado será el de legislación sobre productos farmacéuticos.

La calificación del precio fijado por la Administración como acto o norma, tema sobre el que volveremos más adelante, puede tener interés desde esta perspectiva competencial. Si se califica como norma será más fácil justificar la determinación del precio por la Administración estatal, pues tal resolución encajará en la competencia estatal sobre las bases o la legislación. Más difícil sería admitir la competencia estatal si habláramos de un acto, en cuyo caso se trataría de una competencia ejecutiva, que en principio podría haber sido asumida por la Administración autonómica.

3. La incidencia del derecho comunitario

El derecho comunitario se ha ocupado del precio de los productos farmacéuticos desde dos perspectivas diversas. Una primera ha tenido como objetivo establecer los límites de la actuación de los Estados en la determinación de los precios, en garantía del principio de libre circulación de mercancías. Con este fin, tanto normativa como jurisprudencialmente se ha fijado en qué casos la política de precios podía convertirse en una medida de efecto equivalente.

La segunda intervención comunitaria ha tenido como objetivo configurar las políticas internas de cada Estado, con el fin de proteger a la industria farmacéutica. En este caso la normativa comunitaria posee un contenido positivo, no de limitación de la actuación interna de cada Estado, sino de prefiguración de su política en la materia de precios farmacéuticos.

La primera intervención ha tratado de fijar la compatibilidad de la ordenación estatal coactiva de los precios con la normativa comunitaria. Sobre este tema es de especial interés la Comunicación de la Comisión relativa a la compatibilidad con el artículo 30 del Tratado CEE de las medidas adoptadas por los Estados miembros en materia de control de precios y *reembolso de medicamentos (86/C 310/08)*[10].

La citada Comunicación parte del reconocimiento de la singularidad del mercado de los medicamentos, " que lo distinguen muy claramente de los mercados de los otros productos de consumo. Por un lado, el consumidor final de un medicamento tiene una influencia en general muy escasa en la elección del medicamento, por lo menos en lo que respecta a los que consume por prescripción médica. A ello se añade el hecho de que la demanda de un medicamento normalmente

---

[9] *Como ya hemos dicho, el Decreto ley 7/1996 de 7 de junio mantiene este producto en el Anexo de productos con precio nacional autorizado.*

[10] *El artículo 30 del Tratado de la Comunidad Europea establece que "sin perjuicio de las disposiciones siguientes quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente".*

está relacionada con el tratamiento de una dolencia determinada, y el que los medicamentos no son fácilmente substituibles entre ellos. Por otro lado, el mercado de medicamentos se caracteriza porque las instituciones de seguridad social sustituyen a los consumidores a la hora de hacerse cargo de los gastos médicos".

Reconocida la singularidad, se justifica el interés de los Estados en controlar los precios, pues el Estado, o la colectividad a través de sus impuestos generales, es quien acaba pagando este producto. En estas condiciones, se dice, "es comprensible que los Estados miembros intenten limitar el coste de los gastos farmacéuticos, ya que la colectividad soporta la mayor parte de ellos"

Admitida la intervención estatal, ésta no puede desconocer, sin embargo, las reglas propias del derecho comunitario. Así, se recuerda que "el artículo 30 del Tratado CEE, prohibe, de hecho, en el comercio entre los Estados miembros, toda medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas. De acuerdo con una jurisprudencia constante del Tribunal, deberán ser consideradas como tales todas las medidas que son susceptibles de obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, los intercambios comerciales entre Estados miembros"[11]. Este principio general se concreta más adelante en relación a los márgenes comerciales, estableciendo que" la Comisión recuerda que en su Directiva 70/50/CEE, estimó que aquellas medidas nacionales que fijan los márgenes de beneficio o cualquier otro elemento del precio sólo para los productos importados o los que lo fijan de forma diferente para los productos nacionales y los productos importados, en detrimento de estos últimos, constituyen medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas".

La Comunicación citada introduce ya algunos elementos de regulación positiva. Se apuntan ya unos criterios que deberán tener en cuenta los Estados al elaborar su política de control de precios, criterios que tratan de proteger los intereses del sector, en concreto, los de la industria farmacéutica. Así, se dice que" los principios generales que deben ser respetados en la materia giran en tomo a dos ejes esenciales: realidad de los precios y transparencia de los precios. Cada producto debe poder disponer de su propio precio, calculado en función de su coste real según un modo de cálculo transparente". Poco después se añade :"si bien cuando se lanzan nuevos productos al mercado los Estados miembros están capacitados para exigir a las empresas elementos que les permitan evaluar los componentes de los precios que dichas empresas se proponen pedir, deben en estos casos permitir que las empresas farmacéuticas tengan en cuenta los diversos elementos constitutivos del coste de los productos (gastos de investigación, coste de las materias primas, gastos de transformación, gastos de publicidad, gastos de transporte, gastos y cargas inherentes a la importación, etc.).

Esta preocupación por proteger a las industrias farmacéuticas frente a la política estatal de control de precios se hace mucho más patente en la Directiva 89/l05/CEE de 21 de noviembre de 1988, relativa a la transparencia de las medidas que regulan la fijación de precios de los medicamentos para uso humano y su inclusión en el ámbito de los sistemas nacionales del seguro de enfermedad.

La Directiva 89/1O5/CEE tiene como objetivo directo la imposición de unos principios comunes para los casos en los que los Estados intervengan en la determinación de los precios de los medicamentos. Estas reglas comunes tratan de asegurar la agilidad administrativa, la transparencia del proceso y la motivación de la resolución. Si bien se dice que con tales medidas se trata de evitar una disparidad de actuaciones nacionales que puedan obstaculizar o perturbar el comercio intracomunitario, lo cierto es que en toda la norma comunitaria late un interés directo en proteger a las industrias nacionales frente a la intervención de los Estados. Con este fin, artículo segundo, se exige que se regule un procedimiento participado, ágil, con un plazo máximo de resolución de 90 días, procedimiento que dé lugar a una resolución basada en criterios objetivos y comprobables, y que se informe al interesado de los recursos que puede interponer frente a la misma. Dada la trascendencia real de la decisión, a efectos de la financiación del producto, se regula igualmente el procedimiento administrativo de inclusión y exclusión de un medicamento en el sistema nacional de seguro de enfermedad, y, por lo que nos interesa especialmente en este trabajo, se regulan también los principios de intervención en caso de existir un sistema de control directo o indirecto sobre los márgenes comerciales[12].

---

[11] *La Comunicación transcrita cita expresamente la Sentencia del Tribunal de 11 de julio de 1974, Asunto 8/74 Dassonville. A esta Sentencia pueden añadirse las SSTC DANIS, de 6 de noviembre de 1979, y ROUSSEL, de 29 de noviembre de 1983, así la Normativa Nacional sobre precios de especialidades farmacéuticas, de 9 de junio de 1988. En esta última Sentencia, en su Fundamento Jurídico octavo se dice:" en el presente caso, las dos Decisiones impugnadas establecen que, en materia de fijación de los precios de los productos farmacéuticos es conveniente favorecer el desarrollo de la industria nacional y de las actividades de investigación realizadas en el territorio nacional. Dichas decisiones indican que los porcentajes de coste correspondientes a los mismos pueden tomarse en consideración en mayor medida que los porcentajes de coste correspondientes a los productos importados. Por otra parte, estas Decisiones no hacen referencia a los gastos y cargas inherentes a la importación entre los datos que han de tomarse en consideración para la fijación de los precios. Ha de reconocerse, por lo tanto, que el nuevo método establecido por dichas decisiones puede favorecer a los productos importados y constituye, por consiguiente, una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación en el sentido del artículo 30 del Tratado". Como vemos, pues, en la Sentencia citada se declara la norma interna contraria al Tratado en la medida en que trata de favorecer a los productos nacionales en detrimento de los comunitarios.*

[12] *El artículo 5 de la Directiva 89/1O5/CEE establece que "si un Estado miembro adoptase un sistema de controles directos o indirectos sobre los beneficios de las personas responsables de la puesta en el mercado de medicamentos, el Estado miembro en cuestión publicará las siguientes informaciones en una publicación apropiada y comunicará a la Comisión: a, el método o métodos empleados en el Estado miembro de que se trate para definir la rentabilidad, beneficio de las ventas y/o rendimiento del capital; b, la gama de márgenes de beneficio de referencia autorizados a los responsables de la comercialización de medicamentos en el Estado miembro de que se trate; c, los criterios según los cuales se conceden los márgenes de beneficio de referencia a los responsables de la comercialización de medica-*

La Directiva Comunitaria ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento mediante el RD 271/1990. La norma reglamentaria trata de aplicar los principios comunitarios regulando la intervención pública para la fijación de los precios industriales de los medicamentos, sin abordar el tema de los márgenes comerciales (artículo primero). Se estable así el procedimiento para la fijación de los precios de las especialidades farmacéuticas de nueva comercialización (artículo tercero), y el mecanismo para la revisión individual o coyuntural de dichos precios (artículos cuarto y quinto).

No interesa detenerse especialmente en el estudio del Real Decreto citado en la medida que se ocupa de los precios de venta de laboratorio o precio industrial, pero si que debe destacarse la importancia de la norma en cuestión en tanto recoge a nivel interno los criterios básicos de intervención en el sector establecidos por la normativa comunitaria.

4. La ley del Medicamento, ley 25/1990 de 20 de diciembre

La ley del Medicamento contiene una regulación particularizada del tema de los precios en el Título VIII, artículos 100 a 104[13]. Se mantiene de esta forma la tradición de un régimen especial en la determinación de los precios de estos productos, debido, como vimos, a la singularidad del régimen económico de los mismos. De hecho el principio de intervención administrativa en materia de precios de las especialidades farmacéuticas lo encontramos ya en la ley de Bases de la sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, y posteriormente en el Decreto 2464/1963, de 10 de agosto. Se trata en estos casos de una intervención sectorial, que tiene como objeto un producto concreto en razón de sus características propias. Por tanto, debe diferenciarse este tipo de intervención del control genérico de precios a que nos referimos en el número primero de este apartado, y sobre el que volveremos a continuación. No debe confundirse la intervención administrativa para fijar el precio del producto, o el margen comercial, del control de este precio o margen a efectos de limitar su alza para frenar la inflación.

La ley del Medicamento se mantiene, por tanto, en la línea de la tradicional intervención en la determinación de los precios de los medicamentos. Como dice en su Exposición de Motivos se " mantienen las potestades de la Administración para la intervención directa de los precios de las especialidades farmacéuticas, justificada por la presencia de fallos del mercado muy importantes".

La ley se limita a fijar los principios generales de la intervención, determinando las autoridades competentes para fijar el precio, el ámbito de la intervención y los criterios rectores que deben guiar la resolución administrativa así como el régimen jurídico básico de esta resolución.

A los efectos que aquí interesan, y prescindiendo por tanto de la regulación de los precios industriales, cabe destacar que en el articulo 100, párrafo primero, se contempla expresamente la fijación de los precios de los servicios correspondientes a la distribución y dispensación de las especialidades farmacéuticas. La citada norma establece que el margen comercial lo fijará el Gobierno, con carácter nacional, pudiendo tener carácter general o establecerse por grupos o sectores, debiendo tenerse en cuenta en su determinación los costos de los correspondientes servicios, prestaciones y gestiones. Se añade a continuación, como reglas comunes a precios industriales y márgenes, que el precio podrá fijarse con un plazo de validez no inferior a un año, que podrá revisarse de oficio o a instancia de parte y que también procederán revisiones coyunturales. Se prevé también la aprobación de un Plan General para la intervención de precios de carácter anual.

5. Ultimas disposiciones de interés. La modificación del régimen general de control de precios

En los últimos años se han aprobado diversas disposiciones que inciden directa o indirectamente en la determinación de los márgenes de distribución de productos farmacéuticos.

Dos disposiciones tienen un incidencia indirecta, al determinar los productos farmacéuticos que quedan fuera del régimen de financiación por la Seguridad Social. Son el RD 83/1993, de 23 de enero, por el que se regula la selección de los medicamentos a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud, y el RD 1416/1994, de 25 de junio, que concreta la previsión del anterior Real Decreto, al enumerar las especialidades farmacéuticas publicitarias, que son uno de los tipos de producto que pueden quedar fuera de la financiación pública.

Estas dos normas se dictan al amparo de lo previsto en el artículo 94 de la ley del Medicamento, en el que se estableciónya la previsión de que determinados productos farmacéuticos no se incluyeran dentro de la financiación pública.

La incidencia que sobre la determinación de los márgenes comerciales del farmacéutico pueden tener estas dos disposiciones será analizada más adelante.

Señalamos ahora tan sólo que tal efecto puede derivarse del hecho de que, al no ser productos que incidan en el coste sanitario público, su precio podría considerarse libre, admitiéndose en relación a estos productos una libertad de márgenes comerciales.

Una incidencia mucho más directa sobre el régimen general de los márgenes comerciales la encontramos, en primer

---

mentos, junto con los criterios en virtud de los cuales se permite a los mismos obtener beneficios superiores a los márgenes de referencia en el Estado miembro de que se trate; d, el porcentaje de beneficio máximo por encima del margen de referencia, que se haya autorizado a cualquier persona responsable de la comercialización de medicamentos en el Estado de que se trate. Esta información se actualizará una vez al ano o cuando se hubieren producido cambios significativos".

[13] *El párrafo segundo del artículo 100 fue modificado por la ley 22/1993 de 29 de diciembre.*

lugar, en el Decreto ley 7/1996, de 7 de julio, en cuyo Título segundo se establecen "Medidas urgentes para la liberalización y fomento de la economía"[14]. Dentro de estas medidas liberalizadoras se aborda la reforma del régimen general de control de precios, suprimiéndose a tal efecto la Junta Superior de Precios, cuyas funciones en relación con los precios autorizados serán asumidas por la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia. Como cuestiones sustantivas se fijan unos criterios generales para resolver sobre las peticiones de modificación de precios[15], y se liberaliza el régimen de diversos productos, al reducirse el número de productos con precio intervenido en el Anexo que acompaña al articulado del Decreto ley. No obstante tal reducción, las especialidades farmacéuticas, excepto las publicitarias, se mantienen en el Anexo como precios autorizados de ámbito nacional.

Se mantiene, pues, el régimen de control de precios sobre estos productos, por encima de la intervención sectorial ya prevista en la ley del Medicamento. Control que, según la finalidad de la política general de precios, tiene como fin contener la inflación, esto es, un fin de política económica general. No estamos en este caso ante la ordenación de los productos farmacéuticos a nivel de fabricación y distribución, sino de control del precio final para reducir la inflación.

Por último, debemos mencionar la disposición más reciente en materia de fijación de márgenes farmacéuticos, concretamente el Real Decreto 165/l997, de 7 de febrero, por el que se establecen los márgenes correspondientes a la dispensación al público de especialidades farmacéuticas de uso humano[16].

El citado Real Decreto se dicta, como señala su Exposición de Motivos, al amparo de lo establecido en la ley del Medicamento, concretamente en base a lo establecido en los artículos 100,1-2 y 104,2 de la citada ley. Estamos, por tanto, ante la intervención sectorial legitimada por la ley del Medicamento, y no ante el control del incremento del precio de un producto en régimen de precio autorizado.

El nuevo margen parece ser fruto de un procedimiento ampliamente participado. La Exposición de Motivos señala que " el proyecto de Real Decreto ha sido sometido a consulta de los centros directivos, departamentos y organismos relacionados con su contenido y se ha solicitado el informe y parecer de las instituciones, entidades empresariales y corporaciones profesionales interesadas. Asimismo se ha obtenido el previo Dictamen del Consejo Económico y Social".

En cuanto a la justificación del nuevo margen, que es menor que el anterior, pues pasa del 29,9 % al 27,9 %, la norma reglamentaria utiliza diversos argumentos en su Exposición de Motivos. Concretamente se nos dice que: " el mayor precio de las nuevas especialidades farmacéuticas autorizadas en los últimos años, así como la actual coyuntura económica y los niveles presupuestarios establecidos para el gasto público sanitario y en concreto para la prestación farmacéutica, ha motivado la adopción de una serie de medidas orientadas a la reducción de este gasto. Además los márgenes de dispensación al público de especialidades farmacéuticas no sólo afectan al gasto sanitario público, sino que tienen una repercusión importante sobre el paciente que adquiere medicamentos no financiados por el Sistema Nacional de Salud. Con respecto a la oficina de farmacia, durante los últimos años se ha producido un sensible y continuado aumento de sus ingresos, superior en todo caso tanto al nivel de crecimiento de la economía española en su conjunto, como al índice general de precios, lo que hace aconsejable promover un reajuste del margen vigente que, por otra parte, se encuentra entre los más elevados de los países de la Unión Europea. Ello permite, a la vez, una utilización más racional de los recursos destinados al sistema sanitario para atender de forma eficaz los objetivos esenciales de la salud individual y colectiva".

La larga cita de la Exposición de Motivos permite identificar la justificación esencial de la reducción del margen comercial. Se debe reducir el gasto sanitario, y para ello se acude al recorte de un margen comercial que se juzga excesivo, por haber superado el nivel de crecimiento de la economía española y estar por encima de la media europea. Pero junto a esta razón primordial, se apunta también la incidencia que el margen tiene sobre el particular que compre el producto fuera del Sistema financiado por la Seguridad Social. Es decir, la reducción del margen comercial no sólo se basa en el control del gasto sanitario, existe también una razón de protección general del consumidor.

Entrando en el contenido de la norma, su artículo primero establece que" el margen profesional de las oficinas de farmacia por dispensación y venta al público de especialidades farmacéuticas de uso humano se fija en una cuantía del 27,9% sobre el precio de venta al público sin impuestos", reduciéndose el margen al 10'5 % en caso de especialidades acondicionadas en envase clínico. Por su parte el artículo tercero, a modo de disposición transitoria, establece que la fijación del nuevo precio de las especialidades farmacéuticas como consecuencia del nuevo margen no será motivo de

---

[14] *Sobre el Decreto ley 7/1996 vid. el trabajo de FERNÁNDEZ FARRERES en el libro colectivo "Reforma y liberalización económica. Los Decretos-leyes de junio de 1996", ed. Civitas, Madrid 1996.*

[15] *El artículo 16,2 del Decreto ley 7/1996 establece que: "las modificaciones de precios solicitadas se valorarán teniendo en cuenta la evolución de los costes del sector y las ganancias de productividad, en el marco del establecimiento de crecimientos máximos de los precios sectoriales fonnulados en términos de variaciones del ¡PC minorados en determinados porcentajes. Excepcionalmente podrán utilizarse técnicas alternativas, siendo necesaria su previa justificación ante el órgano competente para infonnar las modificaciones de precios".*

[16] *Por RED 164/1997 de 7 de febrero se establecieron los márgenes correspondientes a los almacenes mayoristas por la distribución de especialidades farmacéuticas de uso humano.*

devolución de las especialidades en las que figure el precio anterior[17].

En definitiva, puede concluirse que en la actualidad el ordenamiento jurídico español, sin contradecir la normativa comunitaria, prevé un doble sistema de intervención sobre los precios de las especialidades farmacéuticas no publicitarias. Una intervención sectorial general por razones de contención del gasto sanitario, y una intervención de control de posibles incrementos de precios por razones de política económica general y lucha contra la inflación. Este segundo control no intervendrá si la alteración del precio es a la baja. Así, en el caso de la reducción del margen comercial impuesta por el RED 165/1997, esta alteración del precio, decidida por la Administración del Estado, no se someterá al control del órgano estatal previsto en el Decreto ley 7/1996 por tratarse de una reducción del margen y, por tanto, comportar una reducción del precio final de venta.

III.- PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA LA FIJACIÓN ADMINISTRATIVA DEL MARGEN COMERCIAL

1.- La causa de la potestad administrativa de intervención

La intervención administrativa fijando el precio de los márgenes comerciales se ampara en un marco normativo previo. Este marco atribuye al órgano competente el ejercicio de la potestad de fijar el margen (veremos a continuación si esta resolución es acto o norma), ejercicio que en todo caso debe responder al fin querido por la norma creadora de la potestad administrativa.

La obligada vinculación del actuar administrativo al fin querido por la norma habilitante de la actuación exige conocer, por tanto, cuál es este fin. Elemento finalista de la resolución que puede identificarse con su causa.

La fijación de márgenes comerciales es una medida de carácter limitativo o policial. Se limita con esta actuación el ejercicio de la libre iniciativa económica dentro de la actividad farmacéutica. Actividad que puede calificarse de interés general, pero que no se ha configurado en nuestro ordenamiento, al menos hasta el momento, como actividad de servicio público reservada a la Administración. En todo caso, es una actividad fuertemente intervenida. La Administración incide de forma determinante en uno de los elementos esenciales de la libre empresa, esto es, la fijación del precio del producto que se vende.

Este carácter imperativo y limitativo de la actuación administrativa consistente en fijar el margen comercial de la especialidad farmacéutica convierte en muy importante la justificación de la intervención, esto es, la determinación de la causa que justifica la imposición de un margen coactivo.

La intervención limitativa podría tener diversos fundamentos. Así, pueden fijarse los márgenes para controlar la inflación, para limitar el gasto sanitario o para proteger a los consumidores. Las tres causas poseen puntos comunes, pero sin embargo debe determinarse cuál de ellas es la que justifica la potestad administrativa, pues de ello depende el alcance y la forma de la actuación administrativa. Así, podría decirse que si el fin de la intervención fuera la protección del interés económico del consumidor, la mejor solución sería suprimir el control, o en todo caso fijar precios máximos de venta, pero no imponer unos márgenes obligatorios. Si lo que se persigue es reducir el gasto sanitario, deberá tenerse en cuenta qué productos son o no financiados por la Seguridad Social.

Si atendemos a la normativa más reciente, puede llegarse a la conclusión de que la fijación de márgenes comerciales se justifica en razón del control del gasto sanitario. Se habilita el ejercicio de una potestad limitativa en la medida en que se estima necesaria esta actuación policial para controlar un gasto sanitario, control que es de interés general.

Este razonamiento lo encontramos, por ejemplo, en la exposición de motivos del RED 271/1990 y más recientemente en el RED 165/1997. Como vimos, al transcribir la Exposición de Motivos de esta última norma, se alude expresamente a la necesidad de controlar el gasto sanitario a través de la reducción del margen farmacéutico.

En esta misma línea, el Dictamen emitido por el Consejo Económico y Social sobre le proyecto de Real Decreto 165/1997 (Sesión del Pleno del Consejo de 13 de noviembre de 1996), al realizar las observaciones de carácter general sobre el proyecto que le remite el Gobierno, hace constar que" la reducción de márgenes correspondientes a las oficinas de farmacia es contemplada por este Consejo como una contribución razonable a la estrategia de contención del gasto en farmacia del sistema sanitario público por parte de uno de los sectores cuya colaboración resulta más necesaria para el Sistema Nacional de Salud…El CES entiende así que los cambios introducidos se enmarcan en un conjunto coherente de iniciativas que obedecen a una estrategia común de contención del gasto público, de la misma manera que los acuerdos alcanzados recientemente con los laboratorios farmacéuticos y las medidas de fomento de los medicamentos genéricos... Es evidente que el criterio preponderante que ha impulsado esta reforma de los márgenes ha sido el de la reducción del gasto". Por último, en unas breves conclusiones se afirma que el CES entiende" que esta medida resulta coherente dentro de un conjunto más amplio de acciones, algunas ya iniciadas, dirigidas a contener el gasto sanitario público".

[17] *Por su parte la disposición transitoria primera establece el período durante el cual las especialidades podrán ser vendidas según el precio anterior, esto es, el calculado con el margen anterior, mientras que la disposición transitoria segunda dispone que una vez finalizado el período anterior los laboratorios sólo suministrarán especialidades farmacéuticas en las que figure el precio calculado de acuerdo con el nuevo margen.*

Identificada la causa habilitante de la resolución administrativa, podrá exigirse que la decisión concreta que se adopte sea coherente con la misma:. La adecuación entre causa y contenido de la resolución evitará que pueda anularse la resolución por desviación de poder. Por otro lado, permitirá controlar la resolución exigiendo que la misma sea proporcionada a dicho fin, esto es, exigir no sólo que la resolución sea adecuada al fin, sino también que sea eficaz para alcanzar dicho fin y que se trate de la medida, dentro de las diversas que puedan adaptarse, menos lesiva de otros intereses generales o particulares.

De acuerdo con estos principios, podrá exigirse a la Administración que acredite que la contención del gasto sanitario no puede alcanzarse por otros medios menos lesivos al interés de los farmacéuticos y de otros fines de interés general. Pero también, y esto nos parece más fácilmente exigible, podrá cuestionarse que se mantenga un régimen de márgenes máximos obligatorios en relación a productos farmacéuticos no financiados por la Seguridad Social. Si la finalidad de la norma limitativa es la contención del gasto sanitario, ¿tiene sentido aplicar su contenido en relación a productos no financiados por la Seguridad Social? En relación con estos productos, lo lógico sería admitir una libertad de márgenes comerciales, los cuales se fijarían en razón de la política comercial de cada farmacéutico, sin que ello incidiera en el gasto sanitario público.

2. Descuentos

Las consideraciones anteriores permiten examinar una cuestión debatida. ¿Pueden los farmacéuticos aplicar descuentos sobre los márgenes fijados por la Administración?

La respuesta a esta pregunta depende, en primer lugar, de la consideración del margen impuesto por la Administración. Si se considera que se trata de un precio máximo, sería admisible el descuento. Si se considera un precio fijo, el descuento no debería ser posible.

La normativa reguladora de los márgenes comerciales nada dice al respecto. El artículo 100,1 de la ley del Medicamento habla de la fijación "de los precios de los servicios correspondientes a la distribución y dispensación de las especialidades farmacéuticas", sin mencionar si deben o no tener el carácter de máximos o fijos. Por su parte, el RED 165/1997, por el que se establecen los márgenes actualmente vigentes, tampoco hace mención sobre el carácter del precio que determina como de un precio máximo o fijo.

Ante el silencio de las normas sobre este punto concreto, la respuesta debe llegar a través de un proceso interpretativo de las mismas. Dicho proceso debe partir de la causa justificativa de la potestad de intervención. Como ya vimos esta potestad se justifica por razón de la contención del gasto sanitario. Luego, si esta es la razón, debe concluirse que el margen es máximo, pero no fijo. Debe primar la libre iniciativa económica del empresario farmacéutico, el cual podrá actuar sobre el margen, incidiendo así sobre el precio final o de venta al público, actuando de este modo una política comercial propia. Y ello no sólo en relación a los productos no financiados por la Seguridad Social, sino en relación a todo tipo de productos, pues una reducción del margen no perjudica el fin perseguido con su determinación. Antes al contrario, se alcanzan otros intereses de valor general, como mejorar la posición de los usuarios.

3. Descuentos y Colegios profesionales

En este apartado queremos introducir unas reflexiones generales sobre un problema que, sin duda, requiere una atención más extensa y pausada que la que nosotros le dedicamos. En todo caso, dada la importancia del tema, no queremos dejar de formular esta primera aproximación al mismo.

El problema al que me refiero es el relativo a la práctica consistente en acordar entre los Colegios profesionales de farmacéuticos, o sus Consejos Generales, y las autoridades sanitarias competentes, una rebaja en la percepción de los márgenes sanitarios oficiales a cambio de alguna contraprestación por parte de la Administración, como la mejora en las condiciones de pago. En definitiva, se trata en este caso de ofrecer a la Administración un descuento sobre el margen comercial, reduciendo así el coste sanitario.

En este supuesto el debate ya no se centrará en la naturaleza del margen y la posibilidad o no de modificar el precio final de venta por parte del farmacéutico. En este caso el debate se centra en la competencia de los entes Colegiales para negociar e imponer a los Colegiados un descuento forzoso. Varias son las cuestiones que suscita esta práctica[18].

En primer lugar, debe cuestionarse la competencia de una entidad colegial para acordar con valor general para sus miembros la rebaja del margen comercial.

Ciertamente los entes Colegiales pueden formular convenios con otras Administraciones, dentro del marco establecido en el artículo 3,I-c de la Ley de Contratos 13/1995 de 18 de mayo. Pero el objeto de lo convenido debe estar dentro de las potestades de las partes que acuerdan. No se puede convenir sobre lo que no se posee competencia, y no puede reconocerse a los entes colegiales la competencia para determinar el margen comercial, esto es, el precio que cobran los colegiados por el servicio que prestan.

La fijación de precios es materia que ha quedado fuera de la competencia colegial. Si en la redacción anterior de la Ley de Colegios profesionales se les reconocía la competencia para "regular los honorarios mínimos de las profesiones, cuando aquellos no se de venguen en forma de aranceles, tarifas o tasas", tras la reforma de la ley de 1974 operada por la ley 7/1997 de 14 de abril esta competencia ha desaparecido. Ya no se reconoce la competencia para fijar precios mínimos, pues la letra ñ del artículo 5 reconoce ahora a los Colegios únicamente la posibilidad de "establecer baremo s de honorarios, que tendrán carácter meramente orientativo".

---

[18] *Puede citarse como ejemplo el Concierto de Atención farmacéutica entre el Servicio Catalán de la Salud y el Consejo de Colegios Farmacéuticos de Cataluña de primero de enero de 1995.*

Al mismo tiempo, la citada ley 7/1997, ha incorporado una nueva redacción al artículo 2,1, en la línea también de liberalizar la determinación de precios. Así, dice el citado precepto en su redacción actual: " El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizan el ejercicio de las profesiones colegiadas de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la ley sobre Defensa de la Competencia y a la ley sobre Competencia Desleal. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable".

La remisión a la ley de Defensa de la Competencia se reitera en el nuevo párrafo cuarto del artículo segundo, estableciéndose una excepción singular para los convenios sobre honorarios entre Colegios profesionales de Médicos y entidades de seguro libre de Asistencia Sanitaria.[19]

En definitiva, los Colegios carecen de competencia para acordar la fijación de precios, salvo la excepción del artículo 2,4. Por tanto, no pueden acordar con las entidades sanitarias la imposición de unos precios a sus miembros. Los miembros del Colegio forman parte del mismo por adscripción forzosa, y por tanto sólo deberán someterse a las reglas que dicte el Colegio en ejercicio de sus potestades públicas. Pero no deberán respetar las reglas que deriven de un Convenio en una materia que no forma parte de las competencias colegiales. El farmacéutico no es, en tanto miembro forzoso del *Co*legio, un afiliado voluntario a una Asociación, y no está sometido, por tanto, a los acuerdos libremente adoptados por las entidades de gobierno de una entidad voluntaria, de la que puede dejar de formar parte. El régimen de funcionamiento de un ente colegial, y las relaciones entre Colegios y sus miembros, se rigen por otras reglas y principios.

La determinación del precio no puede entenderse como elemento de la organización del ejercicio profesional, materia ésta que sí corresponde regular al ente colegial. El precio de la actividad constituye por contra un elemento ajeno a la propia actividad profesional, en la medida en que constituye un elemento de libre negociación entre el profesional y su cliente.

Una segunda cuestión que plantean los Convenios sobre reducción del margen comercial, es la posibilidad de admitirlos como acuerdo no vinculante para los Colegiados, esto es, entendiendo que en este caso el Colegio actúa como entidad representativa de sus miembros, ejercitando una función que redunda en beneficio de los intereses profesionales de los mismos (artículo 5, u de la ley de Colegios profesionales).

Del Convenio no surgiría un acuerdo imperativo para las partes firmantes sobre márgenes comerciales, sino la definición conjunta de una medida administrativa a la que pueden acudir los farmacéuticos que lo deseen. Se pactaría la definición de un marco para acuerdos individuales posteriores. El ente colegial se habría limitado a actuar como negociador con la Administración de una medida que ésta ofrece, pero cuya eficacia depende de la libre aceptación de cada miembro colegial. Sólo si el farmacéutico lo decide obtendrá las ventajas que ofrece la Administración a cambio de reducir su margen comercial.

Al no asumir en este caso el ente colegial nada que esté fuera de su alcance, y limitarse a buscar un acuerdo que puede favorecer a sus miembros, entendemos que tal Convenio si sería admisible en derecho. La Administración si puede negociar las condiciones de pago en sentido favorable para el administrado, obteniendo a cambio como contraprestación la rebaja del margen comercial. El interés público del acuerdo, por otra parte, es evidente.

En tercer lugar, entendemos que los Convenios que en su caso se hayan firmado entre las Administraciones competentes y los entes colegiales, al margen de su nulidad, obligan a las partes hasta tanto se produzca su resolución. El ente colegial no podrá exigir a todos sus miembros que reduzcan un margen comercial al que tienen derecho, y, por tanto, dejará de cumplir lo pactado. Al haberse comprometido a una reducción general de márgenes, estará obligado ante la Administración a responder por los perjuicios que le cause el incumplimiento parcial de lo acordado por parte de algunos de sus miembros. Esto es, al no poder imponer a sus miembros que reduzcan su margen, deberá compensar a la Administración si ésta cumple con la parte de sus obligaciones. La naturaleza contractual del convenio o concierto así lo exige.

4. El **margen comercial ¿norma o acto?**

La calificación de la resolución administrativa por la que se fija un precio o margen comercial ha sido, tradicionalmente, una cuestión debatida. Dicha resolución posee elementos propios del acto administrativo general, pero también otros que la acercan más a la naturaleza de norma administrativa. Ciertamente al fijar un precio o margen se aplica una norma previa y se resuelve un expediente concreto, sin que tal decisión tenga una clara voluntad ordinamental. Pero también es cierto que la resolución se publica, se ha adoptado tras un procedimiento que se asemeja al de la elaboración de las normas, y que se admite la derogación de lo acordado, a la que puede denominarse revisión coyuntural.

La jurisprudencia sobre el tema es vacilante. Así, podemos encontrar Sentencias en las que el precio o margen comercial se califica de acto general no normativo (STS 25 de abril y 2 de octubre de 1984, y 15 de marzo de 1985). Por el

---

[19] *La ley parece tener en cuenta las recomendaciones que al efecto estableció el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Informe de junio de 1992. En relación a la libre fijación de los precios de los servicios profesionales la postura del citado Tribunal era claramente favorable a la introducción de un régimen general de libertad. El precio libre, se afirma en el citado Informe, "es una institución básica de la economía de mercado. Deben ser las partes, cliente y oferente, las que decidan sobre el precio".*

contrario las Sentencias de 14 de junio de 1984, 4 de julio de 1987, 27 de junio de 1989 y 15 de octubre de 1990 se inclinan por la teoría de que el precio o margen comercial tiene naturaleza normativa.

De las Sentencias citadas, la que sin duda se pronuncia con mayor fundamento argumental en torno a esta cuestión (en un caso, además de márgenes de productos farmacéuticos), es la STS de 4 de julio de 1987, Ar. 5504. Para dicha Sentencia la determinación de márgenes comerciales" no se trata de actos singulares, con un destinatario individual izado o una pluralidad de ellos, determinada o no, sino de una auténtica disposición que configura reglas de conductas futuras (mandatos y prohibiciones), cuyo cumplimiento no agota en si mismo las pautas de comportamiento y cuya fuerza de obligar nace de su promulgación o publicación en el periódico oficial. El talante necesario y coactivo de la formulación, por una parte, y por otra el carácter general y abstracto, impersonal e indefinido en el tiempo, muestra que se está en presencia de normas jurídicas de naturaleza reglamentaria".

Aceptando esta teoría, las consecuencias más importantes de la misma son las que inciden en el procedimiento de aprobación y en la derogación de la norma (otros temas son los que afectan al régimen de impugnación y publicidad, cuestiones sin embargo de menor trascendencia). En cuanto al procedimiento de aprobación deberá estarse a lo dispuesto para la elaboración de reglamentos, reforzándose, por tanto, los elementos participativos. A esta elaboración participada, en defensa de los intereses generales, ya nos referimos al tratar del RED 165/1997.

En cuanto a la derogación, creo que ésta es una cuestión esencial y que predetermina en buena medida la naturaleza que se da al acto de fijación de precios y márgenes. Si se optara por calificar tal resolución de acto, la modificación plantearía los problemas procedimentales de tener que acudir a un expediente de revisión de oficio o revocación, y la posibilidad de exigir la indemnización de los daños causados por una rebaja en los precios anteriormente establecidos. Si calificamos el precio o margen como norma, su modificación es simplemente la derogación de una norma previa, cuya eficacia inmediata no plantea especiales problemas[20].

5. El control jurisdiccional de los márgenes comerciales

La norma administrativa (admitamos que se trata de una norma) por la que se fija el margen comercial es susceptible de impugnación de conformidad con el régimen de impugnación de los reglamentos. Nada se opone, pues, al control jurisdiccional del ejercicio de esta potestad administrativa desde la perspectiva procesal, debiendo estarse a las reglas generales de la impugnación de los reglamentos.

El problema reside en determinar el alcance de la potestad revisora del orden contencioso-administrativo al enfrentarse a una norma por la que se fija un margen comercial. En definitiva, la cuestión a debatir es el alcance del control judicial sobre el contenido de una norma económica, norma para la adopción de la cual la Administración goza de un amplio margen de discrecionalidad[21].

La norma habilitante de la regulación del control sectorial del margen comercial, esto es, la ley del Medicamento, establece únicamente en su artículo 100,1, que se determinará el precio del servicio correspondiente a la distribución y dispensación de las especialidades farmacéuticas "teniendo en cuenta los costos de los correspondientes servicios, prestaciones y gestiones". Precio que por otra parte debe responder a la finalidad de la intervención, esto es, la contención del gasto sanitario. Si se atiende al control general sobre este tipo de precio, esto es, el derivado de la política general de control de precios por razones de política económica general (Decreto 28 de octubre de 1977), el único criterio rector es el de controlar la inflación.

Dentro de estos amplios criterios finalistas y de contenido, la discrecionalidad de la Administración es sin duda muy amplia. Así lo ha reconocido la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diversas Sentencias, pudiendo citarse a modo de ejemplo las de 12 de julio de 1985, Ar. 4211, 25 de septiembre de 1989, Ar. 6697 ó 4 de julio de 1996, Ar. 6325. En la primera de las Sentencias citadas se dice textualmente que cabe concluir que: " el control de precios y la autorización de sus aumentos constituyen medidas de Gobierno que se insertan, primero, en la política de regulación de un mercado de tan acusado interés público como es la venta de especialidades farmacéuticas y, después, en la política general económica dominada por circunstancias coyunturales y de gran relatividad que obligan a reconocer en esta materia un importante grado de discrecionalidad administrativa que no es compatible con juicios personales de valor".

El alto grado de discrecionalidad administrativa, derivado de la escasa "densidad" normativa de la norma habilitante, no significa que no pueda controlarse el ejercicio de esta discrecionalidad. Junto al recurso al control de los elementos siempre reglados del acto, competencia y procedimiento, podrá acudirse al control a través de los principios generales

---

[20] *La ley del Medicamento 25/1990 se refiere ciertamente en su artículo 101,2 a la revisión de oficio de los precios. No obstante, el artículo 104 contempla la revisión coyuntural de los precios como decisión del Gobierno a través de un procedimiento ad hoc que parece suponer la derogación de la norma previa. En este sentido el RED 165/1997 de 7 de febrero de fijación de los márgenes hoy vigentes, se configura como una norma que deroga las anteriores y establece un régimen transitorio para la aplicación de los márgenes aprobados con anterioridad.*

[21] *Sobre esta cuestión existe una abundantísima bibliografía. En relación a la discrecionalidad en el ámbito de los actos de contenido económico puede consultarse la tercera ponencia y comunicaciones a la misma que se contiene en el libro colectivo Discrecionalidad administrativa y control judicial. 1 Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, ed. Civitas, Madrid 1996.*

del derecho, en particular, los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

El principio de razonabilidad exige que la decisión administrativa se motive de forma suficiente, de modo que quede acreditado que la decisión adoptada cumple los fines previstos en la norma habilitan te. La falta de motivación o una motivación insuficiente comportarán la presunción de estar ante un acto arbitrario, es decir, no razonable (un ejemplo de control de la política de precios farmacéuticos en base al principio de interdicción de la arbitrariedad se encuentra en la STS de 31 de mayo de 1990, Ar. 4119).

El principio de proporcionalidad permitirá ahondar en el control de la resolución administrativa con un juicio ya no meramente negativo, que la decisión no sea arbitraria, sino también de valor positivo. Este principio permite enjuiciar si la decisión responde al fin de la norma habilitante, si realmente permite conseguir lo que la norma prevé, y si tal objetivo se alcanza de la forma menos lesiva para los intereses de terceros o para los intereses generales. Por tanto, el principio de proporcionalidad permitirá examinar si el margen comercial impuesto persigue la contención del gasto sanitario y de la inflación, si es eficaz para la obtención de este objetivo, y si este objetivo no podría alcanzarse por otros medios menos lesivos para intereses generales o de terceros.

En todo caso, sin negar la utilidad de estos medios de control jurisdiccional, entiendo que los esfuerzos para tratar de lograr un correcto uso de este tipo de potestad administrativa deben dirigirse de forma primordial a la regulación de las normas que ordenan el ejercicio de este tipo de decisiones. Las reglas de procedimiento, el cómo se adopta la decisión, y las de organización, el quién adopta la decisión, son los temas esenciales. A través de una correcta regulación procedimental o de una correcta regulación de la composición del órgano decisor, pueden obtenerse frutos mucho mejores que a través de las técnicas jurídicas más delicadas, y por tanto inseguras, de la reducción jurisdiccional del control de la discrecionalidad. La directa relación entre discrecionalidad y adopción de una decisión en la que confluyen diversos intereses sectoriales que han de ponderarse ante la realidad de cada caso concreto, exige tener presente tanto el elemento procedimental como el organizativo en la adopción de la resolución.

6. Sanciones administrativas

La garantía de la eficacia de la normativa administrativa limitativa de la esfera de derechos de los particulares se obtiene a través de las disposiciones sancionadoras administrativas, y, en su caso, a través de una tipificación y sanción de orden penal.

En el ámbito administrativo, la ley sectorial sobre medicamentos establece una propia tipología de infracciones y sanciones. El artículo 108,2,a-14 de la ley 25/1990 de 20 de diciembre tipifica como infracción leve el "no ajustar los precios de las especialidades farmacéuticas a lo determinado por la Administración", infracción que puede convertirse en grave en caso de reincidencia (artículo 108,2-b-2l) y en muy grave si se reincide en la comisión de la falta grave (artículo 108, 2-c-5). La cuantía de la sanción a imponer se gradúa en el artículo 109 en función del tipo de infracción cometido.

La ley General de Defensa del Consumidor y Usuario, ley 26/1984 de 19 de julio, tipifica de forma genérica como falta administrativa "el incumplimiento de normas reguladoras de precios" (artículo 34,5), infracción que podrá ser leve, grave o muy grave atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 35 de la misma ley. Infracción que podrá ser sancionada por multa de 500.000 hasta de más de 100 millones de pesetas.

Ante la existencia de dos textos legales que tipifican como infracción administrativa una misma conducta, pero que permiten imponer sanciones diversas por este mismo hecho, es preciso determinar con carácter general cuál debe ser el texto legal aplicable en caso de infracción a la normativa sobre márgenes farmacéuticos. A nuestro entender deberá aplicarse la ley del Medicamento, y no tanto por el criterio de ley posterior, cuanto por el de ley especial.

LA PROPIEDAD Y LA TITULARIDAD DE OFICINAS DE FARMACIA: SU REFORMULACIÓN A LA LUZ DEL INTERÉS PÚBLICO[1]

JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE
Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Navarra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. -II. MARCO JURÍDICO GENERAL: 1. La Constitución. 2. La legislación básica. -III. NATURALEZA DE LAS OFICINAS DE FARMACIA: 1. Su categorización como servicio público impropio o servicio de interés público. 2. Su carácter de establecimiento sanitario. -IV. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE OFICINAS DE FARMACIA: 1. Breve "excurso" sobre el concepto de autorización administrativa y su crisis actual. 2. La autorización administrativa de oficinas de farmacia y su transmisibilidad: rasgos definidores: A. En la legislación preconstitucional. B. En la legislación postconstitucional. 3. Fundamento de la más reciente formulación de la autorización de oficinas de farmacia. -V. CONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO MODELO DE AUTORIZACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA: 1. Indicaciones previas. 2. El marco de la Constitución: A. El derecho de propiedad. B. Ejercicio de profesiones tituladas. C. Libertad de empresa. D. Las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y obligaciones. 3. El marco del artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad y del 4 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia.

1. INTRODUCCIÓN

La actividad de dispensación de medicamentos en las llamadas oficinas de farmacia ha sido tradicionalmente categorizada como un servicio sanitario de interés público, lo que ha justificado su intervención administrativa en la mayoría de los países occidentales en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica a la población. Empero, tal intervención nunca ha estado ausente de polémica entre los partidarios de la liberalización del sector y los partidarios de una decidida intervención administrativa dirigida a establecer restricciones cuantitativas y enérgicas reglas de funcionamiento.

En este vieja polémica, que primordialmente ha girado en torno a la conveniencia o no de imponer limitaciones al número de oficinas de farmacia, en nuestro Estado siempre quedó al margen el tema de la propiedad de la oficina de farmacia por el titular farmacéutico y, por ende, el derecho a su transmisibilidad, puesto que, estando sancionado por el derecho positivo[2], la generalidad de la doctrina aceptó este régimen. Pero en opinión de parte del colectivo de profesionales farmacéuticos y de determinadas autoridades responsables de la organización de los servicios farmacéuticos, el libre traspaso, venta o cesión de la oficina de farmacia en las circunstancias en que actualmente se desenvuelve el acceso a esta modalidad de ejercicio profesional, genera disfunciones sanitarias y desigualdades de trato que es preciso corregir. Hasta el punto que se ha promulgado reciente legislación autonómica que prohibe o niega la posibilidad de transmitir *inter vivos* o *mortis causa* las autorizaciones administrativas de oficina de farmacia.

Se añade así a los viejos y nunca cerrados debates, una nueva y viva polémica sobre la constitucionalidad o no de la opción de configurar la autorización de oficina de farmacia como personal e intransferible, opción que, a nadie se le escapa, es de enorme trascendencia por cuanto supone una auténtica y revolucionaria ruptura con el tradicional sistema anterior.

Pues bien, esta alternativa, indudablemente conflictiva en términos jurídico-constitucionales, es la que se intenta analizar en el presente trabajo, y no con la intención de ofrecer al lector respuestas o

[1] *El texto de esta ponencia, impartida en La Coruña el día 16 de abril de 1997, ha sido retocado y adaptado a las determinaciones de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia.*

[2] *Artículo 22 de las Reales Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1860 y Base XVI de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944.*

conclusiones cerradas y definitivas, algo que sería, sin duda, bastante pretencioso por mi parte (la respuesta final la dará el Tribunal Constitucional), sino con la más modesta de procurar aportar opiniones argumentadas que puedan ayudar a un mejor encuadramiento y sistematización de esta compleja cuestión.

II. MARCO JURÍDICO GENERAL.

1. La Constitución.

La Constitución, en su artículo 43, incorpora el derecho a la protección de la salud, apoderando a los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, y disponiendo que la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

Constituye el ámbito objetivo de derecho constitucionalizado en el artículo 43 la salud integral de los ciudadanos[3] entendida como una atención de la persona en su doble dimensión individual y social, cuyo logro exige de los poderes públicos prestaciones continuas y regulares. Se trata, pues, de un típico derecho de prestación de los que configuran el Estado social, que arrastra una actividad asistencial del ciudadano unitaria y suficiente a la par que garantiza un régimen adecuado de protección de la salud pública[4].

Este derecho, por estar incluido entre los principios rectores de la política social y económica, no puede catalogarse como un derecho subjetivo perfecto. Sin embargo, el precepto que lo recoge tiene el carácter de norma jurídica y como tal informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, que quedan obligados a realizar las actuaciones precisas para hacerlo efectivo. Como ha dicho PEMÁN GAVÍN[5], este derecho comprende, entre otros, el derecho de todo ciudadano a las prestaciones sanitarias, lo que compromete a los poderes públicos a legislar fijando el contenido y alcance de la asistencia sanitaria y de la protección de la salud pública, así como a concretar las fórmulas organizativas a utilizar.

Por otra parte, la doctrina mayoritaria ha defendido[6] que del artículo 43.2 del texto constitucional se deriva la exigencia de un servicio público de la Sanidad, criterio sostenido también por el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 1 de octubre de 1985 al afirmar que *la naturaleza de la acción sanitaria debe concebirse como un servicio público, máxime después de la declaración constitucional –art.* 43.2- *de que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.* Es incuestionable que la titularidad de la actividad sanitaria corresponde al Estado, el cual asume la obligación de proporcionar a la comunidad unas prestaciones sanitarias continuas y regulares, así como la de promover y organizar unos servicios sanitarios y, por ende, farmacéuticos, que garanticen a los ciudadanos dichas prestaciones.

Lo que, sin embargo, no prejuzga el precepto constitucional es que dicha actividad haya de realizarse necesariamente por los poderes públicos con carácter exclusivo o monopolístico. Antes al contrario, admite que su legislación reguladora opte por un sistema mixto público-privado. Realmente, del artículo 43.2 se desprende la necesidad de un servicio público entendido en su acepción objetiva, de modo y manera que el Estado ostenta la titularidad de la actividad pero sin reserva exclusiva, pudiendo, por tanto, prestarse en concurrencia con los particulares, si bien sometidos a una fuerte regulación y control público.

Así, a la vista de este marco constitucional, no tuvo inconveniente alguno el Tribunal Constitucional en su Sentencia 83/1984, de 24 de abril, para declarar que nada hay en la Constitución que impida regular y limitar el establecimiento de las oficinas de farmacia -aún en su consideración de establecimientos privados- en razón del mandato contenido en el artículo 43.2 de la Constitución y de cualquier otra finalidad u objetivo no enunciado en los principios rectores que contiene el Capítulo III del Título II de la Constitución, pero tampoco prohibido por ellos.

Respecto al reparto de competencias sobre sanidad, recordar que el artículo 149.1.16 de la Constitución atribuye al Estado la sanidad exterior y la legislación sobre productos farmacéuticos, así como las bases y coordinación general de la sanidad interior, cuyo alcance ha sido fijado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 32/1983, de 28 de abril, diciendo que *consisten en una regulación uniforme y de vigencia en toda la Nación, porque con ellas se proporciona al sistema normativo,*

---

3 *Sobre el concepto de salud integral véase P. MANSILLA IZQUIERDO,* Reforma sanitaria. Fundamento para un análisis. *Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986, págs. 28 a 31.*

4 *En este sentido, TORNOS MAS, "Aspectos constitucionales y distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", en el libro de ponencias* Primer Congreso de Derecho y Salud, *Comunidad de Madrid, 1993, pág. 22.*

5 Derecho a la salud y Administración sanitaria, *Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 79.*

6 *Entre otros, J. FERNÁNDEZ PASTRANA,* El servicio público de la sanidad: el marco constitucional, *Cuadernos Cívitas, 1984, págs. 64 y ss.; M. BEATO ESPEJO, "El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad", en* Revista de Administración Pública, *n° 119, pág. 403. y S. MUÑOZ MACHADO,* La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos, *Alianza Editorial, 1995, págs. 95 y 96.*

en este caso, el de la sanidad nacional, un denominador común, a partir del cual cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias. Se entiende que la ordenación farmacéutica es un subsistema del sistema sanitario, esto es, que se trata de una materia integrada dentro de la más genérica de sanidad, por lo que el Estado tambien detenta competencia para fijar las bases de la ordenación farmacéutica.

2. La legislación básica.

Tres son las leyes dictadas por el Estado que contienen normas básicas sobre ordenación de las oficinas de farmacia.

La primera, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 103, dispone, de entrada, que las oficinas de farmacia abiertas al público son establecimientos sanitarios a los efectos previstos en el título IV de la Ley[7], lo que excluye su mera consideración de establecimientos mercantiles e industriales[8]. Seguidamente, determina que las oficinas de farmacias estarán sujetas a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacia. Finaliza el artículo preceptuando que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público.

Es de observar que esta Ley habla de planificar en lugar de regular y limitar como lo hacía la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944. Pero de este cambio terminológico no se derivan mutaciones en la regulación limitativa de las oficinas de farmacia. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 11 de noviembre de 1995, (Art. 8743) cuando dice:

"... Es cierto que la Ley 14/1986, de 25 de abril, afecta al sistema legal de limitaciones que la Ley de 1944 introdujo en nuestro Derecho pero no lo deroga, porque no sustituye el régimen de intervención por otro de libertad, sino que, en su artículo 103, apartados 2 y 3, mantiene a las oficinas de farmacia -a las que considera como establecimientos sanitarios a efectos del régimen que establece el título IV de la Ley- sujetas a planificación conforme a una legislación futura de medicamentos y farmacias a las que la propia Ley remite..."

Y, en efecto, la Ley General de Sanidad remite a una legislación especial de medicamentos y farmacias para el establecimiento de los criterios de planificación. Llegamos así a la segunda de las Leyes anunciadas: la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Su artículo 88 establece una serie de criterios a los que deberán sujetarse las administraciones sanitarias con competencia en ordenación farmacéutica para regular los establecimientos de farmacia. De entre tales criterios y respecto a lo que aquí nos interesa, conviene destacar el que hace referencia a la necesaria planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica. Por lo demás, esta Ley en lo referente a las oficinas de farmacia se autodefine como legislación en materia de sanidad, de manera que las Comunidades Autónomas, a la hora de legislar sobre ordenación farmacéutica, deberán sujetarse a los preceptos básicos fijados por la legislación general sanitaria. En suma, esta legislación especial remite, a su vez, a la general sanitaria.

Finalmente, tenemos la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, que en sus artículos 2.2 y 4, declarados básicos por la disposición final primera, establece que la planificación farmacéutica a actuar por las Comunidades Autónomas deberá realizarse de acuerdo con la planificación sanitaria y con vistas a garantizar la accesibilidad y la calidad en el servicio y la suficiencia en el suministro de medicamentos, según las necesidades sanitarias de cada territorio, y que la transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse en favor de otro u otros farmacéuticos.

La *ratio* de esta legislación básica, y esto conviene subrayarlo, es la de garantizar una eficaz asistencia farmacéutica de la mayor calidad posible y convenientemente distribuida territorialmente de forma que toda la población quede debidamente cubierta. Éste es el común denominador que sienta y a él habrá de atenerse el Legislador autonómico. Estructurará su legislación con el propósito de asegurar la adecuada asistencia farmacéutica de la población sobreponiendo en lo necesario este criterio a los intereses de los profesionales prestadores del servicio.

Hasta aquí la normativa básica estatal sobre ordenación farmacéutica. Sin embargo, no conviene terminar este apartado sin hacer referencia al Real Decreto 1667/1989, de 22 de diciembre, de reconocimiento de Diplomas, Certificados y otros Títulos de Farmacia de los Estados miembros de la CE y del ejercicio efectivo del derecho de establecimiento, en la medida que su artículo 11.3 dispone que "la cesión, traspaso o venta de una oficina de farmacia solamente podrá realizarse a favor de otro farmacéutico siempre que haya permanecido abierta al público al menos tres años".

Este Real Decreto transcribe las Directivas 85/432 CEE, 85/433 CEE Y 85/584 CEE, Y atendiendo a los principios que relacionan el derecho comunitario y el derecho interno, uno de los cuales es el de primacía del primero sobre el segundo, resulta comúnmente aceptado que las normas de transposición de las Directivas comunitarias han de considerarse legislación básica, cuando en la materia sobre la que versan, la delimitación entre la competencia estatal y la autonómica se hace me-

---

[7] *Como establecimientos sanitarios tambien deben entenderse sujetos a los Capítulos V y VI, donde se precisa que los establecimientos sanitarios están sometidos al régimen de autorización previa.*

[8] *Así, J.L. RIVERO ISERN*, Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia, *E. Trivium, 1992, pág. 44.*

diante la distinción entre legislación básica y legislación de desarrollo. De ahí que se entienda que el referido Real Decreto forma parte de la legislación básica estatal en materia de sanidad, por lo que vincularía al legislador autonómico en el ejercicio de sus potestades legislativas[9].

Al hilo de lo anterior, algunos pretenden deducir de la dicción del artículo 11.3 una consagración en legislación básica del derecho a la libre cesión, traspaso o venta de la oficina de farmacia por su titular. Pero en absoluto creo que pueda darse tal alcance al referido precepto, puesto que las Directivas y, por ende, el Real Decreto que las transpone, se mueven en otros parámetros que nada tienen que ver con esa concreta posibilidad. De lo que tratan tales Directivas es de la coordinación y mutuo reconocimiento por los Estados miembros de los diplomas, certificados y otros títulos de farmacia, facilitando así el ejercicio profesional en todos los Estados miembros. Y lo que dispone la Directiva 85/433 en su artículo segundo es, de entrada, un reconocimiento de igual valor a los títulos y diplomas existentes en todos los Estados miembros, pero, no obstante tal reconocimiento, también habilita a los Estados miembros para no otorgar valor a dichos diplomas y títulos cuando se trate del establecimiento de nuevas farmacias abiertas al público y, a estos efectos, la Directiva considera como tales las farmacias que llevan abiertas menos de tres años. Dicho de otra forma, el ámbito de aplicación de la Directiva en materia de reconocimiento de títulos se extiende a las actividades farmacéuticas llevadas a cabo en oficinas abiertas al público más de tres años, pues si llevan abiertas menos de ese tiempo se consideran de nueva apertura. Por tanto, sólo se regulan cuestiones relativas a la validez o no de diplomas y títulos al objeto de posibilitar el ejercicio profesional en los diferentes Estados miembros, pero en modo alguno ámbitos sustantivos de las oficinas de farmacia. Abundando en lo dicho, conviene traer a colación que dichas Directivas anuncian en sus exposiciones de motivos la consciente y deliberada inhibición comunitaria en todo lo relativo a los sistemas nacionales de apertura de oficinas de farmacia o de libre prestación de servicios farmacéuticos, que dejan a la exclusiva competencia de cada Estado miembro. Y ello, porque los órganos comunitarios son conscientes de la amplia gama de regímenes de oficinas de farmacia que van desde la total liberalización (Inglaterra) hasta el sistema concesional (Dinamarca)[10].

III. NATURALEZA DE LAS OFICINAS DE FARMACIA.

l. Su categorización como servicio público impropio o servicio de interés público.

La actividad de asistencia farmacéutica siempre y en todos los países civilizados ha sido intervenida por la Administración puesto que la conservación y dispensación de medicamentos requiere condiciones estrictas por el riesgo que puede provocar para la salud de los ciudadanos. Ciertamente, se trata de un servicio vital para la Comunidad pues la salud de la población esta en juego. Constituye, sin duda, un eslabón imprescindible en la cadena de los servicios sanitarios a que obliga el artículo 43.2 de la Constitución. De ahí que por la doctrina tradicionalmente se haya asignado a la oficina de farmacia el carácter de servicio público impropio o de servicio de interés público, carácter confirmado por el Tribunal Supremo insistentemente[11] y revalidado por el artículo 10 de la reciente Ley 16/1997, de 25 de abril.

De la consideración de servicio público impropio o de actividad privada de interés público, el Tribunal Supremo en las Sentencias de 28 de septiembre de 1983 y 30 de septiembre de 1986, deriva la específica consecuencia de la prevalencia del interés público en la organización del servicio farmacéutico sobre los intereses de los profesionales que lo prestan, de tal manera que es el interés público el que marca el criterio interpretativo que debe prevalecer al aplicar las normas en vigor relativas a la apertura de farmacias.

Además, tal consideración justifica y explica su sometimiento a la función planificadora. Y como ya nos es conocido, la función planificadora está contemplada en el citado artículo 88 de la Ley del Medicamento al recoger entre los criterios que habrán de ser tenidos en cuenta por las Comunidades Autónomas a la hora de realizar la ordenación de las oficinas de farmacia, la "planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica".

---

9 *Así, J.L. RIVERO ISERN,* Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia, *E. Trivium, 1992, pág. 44.*

10 *Sobre el régimen de farmacias en la Unión Europea, vid. R. MARTÍN MATEO, "La Ordenación de oficinas de farmacia",* Revista Derecho y Salud, *Julio-Diciembre de 1995, pág. 151.*

11 *Centrándonos en reciente jurisprudencia, la Sentencia de 28 de septiembre de 1983 (AL 4535), califica la oficina de farmacia de servicio público impropio. Por su parte, la Sentencia de 30 de septiembre de 1986 (AL 6109), dice al respecto que* la actividad farmacéutica, si bien no es una servicio público en sentido técnico y propio, sí es una actividad privada de interés público. *y la Sentencia de 30 de junio de 1995 (AL 5248) alude a esta cuestión recordando que* los motivos o finalidades por los que nuestro Derecho abandona un sistema de libre concurrencia y configura la actividad de asistencia farmacéutica con los caracteres de <servicio público impropio> o de <servicio de interés público>, sujetándola a determinadas limitaciones y exigencias, son diversos y no sólo, de manera excluyente, la más cómoda prestación del servicio farmacéutico al público, aunque sea la calidad y eficacia de éste, sin duda, el interés prevalente en la norma.

2. Su carácter de establecimiento sanitario.

Evidenciada la idea de que la dispensación de medicamentos en oficinas de farmacia es un servicio de interés público sometido a planificación, conviene hacer notar que tambien se trata de una actividad privada integrada, entre otros elementos, por un conjunto de bienes con valor económico y susceptibles de tráfico jurídico. Así, el artículo 10 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, -que no tiene el carácter de básicoreconoce expresamente el carácter privado de los establecimientos farmacéuticos. Desde esta consideración se ha resaltado su dimensión de comercio o empresa de la que sería propietario y director el farmacéutico titular.

Sin embargo, sabemos que el artículo 103.2 de la Ley General de Sanidad -que sí es básico- ha calificado a las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios. Pues bien, esta dimensión se sitúa por encima de su consideración como empresa. Y es que, en efecto, antes y por encima de empresa es un establecimiento sanitario mediatizado por la tutela administrativa de su función socio-sanitaria, de tal manera que los elementos civiles y mercantiles se integran en una estructura de orden administrativo donde radica su consistencia (S. de 24 de abril de 1973. Ar. 1866). Posteriormente, el Tribunal Supremo ha tenido ocasiones varias de reiterar esta prevalencia[12].

La categorización legal de los establecimientos farmacéuticos de servicios sanitarios de interés público, habilita a los poderes públicos para regulados en uso de la potestad que les confiere el artículo 43.2 de la Constitución, y sin que el artículo 38 del texto constitucional sea obstáculo para tal regulación[13].

Tambien justifica la intervención administrativa dirigida, por razón de la planificación, a la imposición de las restricciones que demande el interés general. Entre ellas, la técnica autorizatoria y la limitación del número de establecimientos; limitación causante de que, actualmente, muy pocos profesionales farmacéuticos puedan acceder al ejercicio de su profesión en la modalidad de oficina de farmacia abierta al público. y tratándose de un servicio limitado, autorizado y controlado administrativamente, su libre transmisión entre privados colisiona con los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben conformar el acceso a la titularidad de esta categoría de servicios sanitarios; principios que no pueden ser ignorados ni eludidos por los poderes públicos y menos aún en servicios como éste fuertemente intervenidos por su interés público. Más adelante volveré sobre esta cuestión.

IV. LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE OFICINAS DE FARMACIA.

1. Breve "excurso" sobre el concepto de autorización administrativa y su crisis actual.

Es bien conocido que el concepto de autorización manejado tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia es tributario de la teorización dogmática que MAYER Y RANELLETTI hicieron de este instituto jurídico, en virtud de la cual la autorización viene a ser una declaración de voluntad de la Administración mediante la que permite a un sujeto el ejercicio de un derecho preexistente, esto es, del que ya era titular, previa valoración de la legalidad de tal ejercicio en relación con aquellas ámbitos del orden público que la Administración debe tutelar. Al hilo de esta construcción también se ha convenido en que la autorización administrativa tiene un carácter declarativo y no constitutivo, ya que se limita a remover los obstáculos legales existentes para el ejercicio por el sujeto de ese derecho preexistente atribuido por el ordenamiento jurídico. Carácter declarativo que, a su vez, ha servido para diferenciada totalmente de la figura de la concesión administrativa de la que, por contra, se predica como .nota esencial su carácter constitutivo de derechos.

En líneas generales, esta tradicional concepción de la autorización, con todas las cautelas precisas en razón de la crisis dogmática en que está inmersa, sigue, no obstante, informando la doctrina y la práctica administrativa y jurisprudencial actual. Incluso el propio Tribunal Constitucional se adhiere a esta construcción cuando en su Sentencia 135/1992, de 5 de octubre, afirma que las autorizaciones administrativas *consisten en remover los límites a los obstáculos para el ejercicio de un derecho preexistente en principio.*

Sin embargo, como acabo de decir, es obligado señalar que el clásico instituto liberal de la autorización administrativa viene soportando en las últimas décadas serias quiebras en algunos de sus elementos configuradores; quiebras derivadas de la propia evolución de la intervención administrativa por mor de la paulatina conversión de nuestro Estado liberal en un Estado social de Derecho generadora de profundas transformaciones sociales que han impulsado al legislador a regular la autorización con distintos alcances y significados a fin de dar cumplida respuesta a las exigencias de este tipo de Estado.

---

12 *Así, en su Sentencia de 2 de noviembre de 1993 (AL 8772) ha dicho que* es dudoso que el amplio concepto de <empresas o centros de trabajo> pueda ser aplicado como definidor de una oficina de farmacia, que además de ser eso es también un establecimiento sanitario sometido por ello a normas específicas que sobrepasan los aspectos derivados de ser una actividad económica. *Y en su reciente Sentencia de 30 de junio de 1995 (AL 5248), insiste en esto al decir que* el artículo 103.2 de la Ley *14/1986,* de *25* de abril, Ley General de Sanidad, considera las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios a los efectos de lo previsto en el Título IV de la propia Ley, lo que excluye su mera consideración mercantil e industrial.

13 *Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de diciembre de 1994 (Ar. 10143).*

Uno de los puntos de mayor ruptura de la concepción tradicional se debe a la necesaria distinción entre autorizaciones sin límite de número y aquellas limitadas en número (taxis, oficinas de farmacia, autorizaciones de importación, bancos, etc.), respecto de las que, evidentemente, se desdibuja la idea del derecho preexistente. La limitación del número o su otorgamiento discrecional ha impulsado a la doctrina más autorizada, GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ[14], a decir que *en estas circunstancias hablar de un derecho preexistente no sólo es excesivo, sino que está en abierta contradicción con la realidad de las cosas.* De ahí que esta doctrina se vea en la necesidad de independizar el concepto de autorización de la existencia previa de un derecho. También lo entiende así el Tribunal Supremo al admitir que el concepto de autorización como *genus*, que exigía en todo caso la preexistencia en el sujeto autorizado de un derecho verdadero y propio, se ha desplazado a la consideración de acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente[15].

La relativa proliferación de actividades económicas sometidas a autorizaciones limitadas en número ha inducido a algún sector de la doctrina, VILLAR P ALASÍ[16] y PARADA V ÁZQUEZ[17], a plantear la conveniencia de reservar el concepto de autorización a los supuestos en que no existe limitación en el número de beneficiarios ni discrecionalidad en el otorgamiento, remitiendo al concepto de concesión los demás supuestos en que la legislación permite claramente la discrecionalidad en el otorgamiento o limita el número de beneficiarios del ejercicio del derecho o actividad en función de condiciones legalmente definidas. En esta misma línea se pronuncia recientemente LÓPEZ MENUDO[18] al resaltar la dificultad de deslinde dogmático entre la concesión del servicio público y actividades como la que nos ocupa, que aunque privadas desde el punto de vista subjetivo de la persona encargada de su prestación, es pública desde la perspectiva de la función, lo que da lugar a la categoría de los servicios públicos impropios. Hasta el Tribunal Supremo se ha hecho eco de estas dificultades conceptuales, al admitir que el concepto de autorización ha pasado a tener más de un significado dejando, por consiguiente, de poseer una naturaleza radicalmente opuesta al de concesión[19]. En fin, opina PARADA V ÁZQUEZ[20] que *en general, a todos aquellos casos en que se da una limitación de la actividad, el número parece transmutar la idea del derecho o posibilidad abierta a todos los ciudadanos a ejercer un derecho o a ser admitido a una actividad o profesión, en la contraria de que se trata de un privilegio que la Administración crea para un administrado; en suma, de una concesión.* Por contra, S. MARTÍN RETORTILLO[21], estudiando precisamente las de farmacia conforme al régimen establecido por el Decreto de 1957, defendió ese mismo año que no se operaba tal transmutación ya apuntada entonces por VILLAR P ALASÍ, y que continuaban siendo verdaderas y propias autorizaciones.

En lo que sí existe bastante unanimidad o coincidencia doctrinal[22] es en atribuir a las autorizaciones limitadas en número las dos siguientes necesarias consecuencias: en primer lugar y en linea con la solución arbitrada por el artículo 13 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, su intransmisibilidad[23], y, en segundo lugar, la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a las mismas; criterio que también se ha positivizado en el art. 77.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales en el que se dispone que "las licencias se otorgarán directamente, salvo si, por cualquier circunstancia, se limitase el número de las mismas, en cuyo caso lo serán por licitación y si no fuera posible, porque todos los autorizados hubiesen de reunir las mismas condiciones, mediante sorteo".

Otro de los ámbitos en que también luce la crisis de que venimos hablando es el de las autorizaciones regladas, y ello, a pesar de ser las que mejor se ajustan al esquema tradicional del derecho preexistente[24] al configurarse como de obtención automática en la medida en que el solicitante se acomode a todos los requisitos fijados previa y exhaustivamente en la norma. Y ha entrado esta modalidad en crisis porque siendo paradigma de la misma la licencia urbanística de edificación, a causa del artículo 20 de la Ley estatal de reforma del suelo de 1990 -artículo 33.1. del Texto Refundido de la Ley del suelo de 1992 donde literalmente se dice que el otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar-, ha dejado de

---

14 Curso de Derecho Administrativo, *Tomo II, Cívitas, 1993, pág. 138.*

15 *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1981. (Ar. 4727).*

16 La intervención administrativa en la industria. *LE.P. Madrid, 1964.*

17 *Derecho Administrativo. Parte general. Marcial Pons, 1989, pág. 300.*

18 Enciclopedia Jurídica Básica, *voz "Autorización ", Cívitas, 1995,713*

19 *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1982. (Ar. 355).*

20 *Op. cit. pág. 299.*

21 Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias, *RAP, 24,1957, pág. 157.*

22 *Por todos, vid. F. LÓPEZ MENUDO, op. cit. pág. 715*

23 *El apartado tercero del referido artículo sienta la regla de que no son transmisibles las licencias cuando el número de las otorgables es limitado.*

24 *Así lo pone de manifiesto la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995 (Ar. 5999) al declarar que el otorgamiento de las licencias de naturaleza reglada debe atenerse a lo establecido en las normas que contienen limitaciones proyectadas sobre derechos preexistentes.cuyo ejercicio trata de conciliarse con las exigencias derivadas del interés público o social a través de dicha manifestación de la intervención administrativa*

ser meramente declarativa de un derecho preexistente del propietario del suelo, el *ius edificandi*, para pasar a tener carácter constitutivo pues otorga este derecho[25].

En este breve recordatorio de los elementos en crisis de la institución también conviene hacer una escueta referencia a las llamadas autorizaciones operativas -entre las que la doctrina encuadra las autorizaciones de oficinas de farmacia[26] que se caracterizan por pretender encauzar o programar la actividad de su titular en la dirección previamente definida por planes y programas administrativos. Este tipo de autorizaciones, en razón de la complejidad de los objetivos perseguidos, cada vez tiene reconocido un mayor ámbito de apreciación discrecional de la Administración en orden a su otorgamiento[27]. La constatación de esta realidad (ámbito de discrecionalidad) también ha impulsado a la doctrina a declarar que su peculiar naturaleza las acerca mucho más a la concesión que a la autorización[28].

Finalmente y dejando de lado los aspectos en crisis, una breve alusión a las autorizaciones personales cuyo otorgamiento atiende a las cualidades del peticionario y no a las condiciones del objeto sobre el que recae. La doctrina también es aquí unánime en el entendimiento de que no es lógica ni posible su transmisibilidad, pues la entrada en juego de un nuevo titular equivale a un otorgamiento *ex nava* de la autorización primitiva[29]. Pues bien, no resulta ocioso traer a colación que el Tribunal Supremo, en el marco de los derechos que la Ordenanza de 1860 otorgaba al cónyuge viudo del titular farmacéutico, no tiene óbice en categorizar la autorización de oficinas de farmacia como *personalísima* por nacer en atención a circunstancias específicas de una persona, que desaparecen con el óbito de ésta de suerte que la viuda no la patrimonializa ni, por ende, la puede transmitir[30].

En fin, como recapitulación de estos sucintos apuntes, puede afirmarse que actualmente la autorización administrativa está muy lejos de poder considerarse una institución sólida y sin fisuras en su construcción dogmática. La variedad de contenidos y significados que encierra la hacen difícilmente aprehensible y reconducible a la unidad. Bastantes de sus actuales regulaciones se alejan mucho del esquema liberal originario. De ahí que no sea posible un único concepto válido de autorización al que forzosamente hayan de reconducirse todas las manifestaciones de esta figura existente en el derecho positivo. Por contra, el ordenamiento jurídico-administrativo nos ofrece construcciones de esta institución con dispares contenidos y alcances, pero válidas todas ellas pues son legítimas opciones del Legislador.

2. La autorización administrativa de oficinas de farmacia y su transmisibilidad: rasgos definidores.

A. En la legislación preconstitucional.

Dejando de un lado antecedentes más remotos, y centrándonos en lo que aquí nos interesa, que es la evolución de la intervención administrativa en la actividad de dispensación farmacéutica mediante la técnica autorizatoria, debemos partir de la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855, cuyo artículo 81, por primera vez, establece la necesidad de solicitar y obtener previa autorización para el establecimiento de farmacias abiertas al público. Conforme a la configuración de esta autorización hecha por las Reales Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1860, que desarrollan la Ley en esta materia, se trata de una autorización reglada que objetivamente se limita a constatar unos hechos al margen de cualquier valoración específica sobre el supuesto concreto por el órgano autorizan te. No se limita su número, por lo que cumpliendo los requisitos fijados normativamente, existe plena libertad para el establecimiento de nuevas farmacias. Son, pues, autorizaciones regladas y de *numerus apertus.* El artículo 22 de las Ordenanzas, prevé la posibilidad de venta o traspaso de farmacias entre farmacéuticos.

Este régimen de autorización se reitera por la Instrucción General de Sanidad de 12 de febrero de 1904, en la que se reglamenta lo relativo a la autorización para la apertura de establecimientos farmacéuticos cuyo otorgamiento se atribuye al Alcalde.

---

[25] *Sin embargo, es de advertir que esta lectura del referido artículo 33.1 no es unánime por parte de toda la doctrina. Se manifiestan a favor de la no preexistencia del derecho a edificar, entre otros, MERELO ABELA y PAREJO ALFONSO. Por contra, se muestran partidarios de mantener la orientación tradicional, a pesar de la dicción literal del artículo 33.1, BALLESTEROS FERNÁNDEZ y CASTELAO RODRÍGUEZ, entre otros. L. PAREJO ALFONSO,* Manual de Derecho Administrativo, *Editorial Ariel, 1990, pág. 619, dice que* Se ha producido, en efecto y como consecuencia de la LrS 1990, un cambio sustancial en el régimen legal de la licencia urbanística. que incorpora a éste alguna nota propia de los actos concesionales. En efecto. si bien la licencia continúa siendo un acto debido y reglado, siempre que lo pedido se ajuste a la ordenación urbanística aplicable, no se limita a alzar (declarativamente) en el caso concreto la prohibición general de ejercicio sin licencia de un derecho previamente existente en el patrimonio del solicitante. Ahora ese derecho no preexiste, pues se adquiere justamente con ocasión y en el momento del otorgamiento de la licencia (art. 20 LrS 1990), lo que significa que ésta tiene eficacia constitutiva..

[26] *Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, op. cit. pág. 140.*

[27] *Aunque, ciertamente, no es posible encontrar ningun ámbito de discrecionalidad en las de oficinas de farmacia.*

[28] *Por todos, PARADA V ÁZQUEZ, op. cit. págs. 299 y 300.*

[29] *En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA Y T.R. FERNÁNDEZ, op. cit. pág. 147*

[30] *Por todas, puede consultarse la Sentencia de 30 de noviembre de 1991 (Ar. 9194).*

Sin embargo, una propuesta de alteración sustancial de este régimen se pregona en el Estatuto de Colegios Farmacéuticos de 4 de octubre de 1934, en el que, como deseo o aspiración corporativa, se recoge en la base nI, párrafo 16, lo siguiente: "... Por ser de sumo interés para la salud pública y una razonada y útil distribución de los servicios farmacéuticos, el Gobierno reglamentará, a propuesta de la Unión Farmacéutica Nacional, el nuevo establecimiento, distribución y, en su caso, limitación de las oficinas de Farmacia". Esta aspiración corporativa se recoge en el Decreto de 24 de enero de 1941, en el que se restringe la libertad de establecimiento de nuevas farmacias, fijando límites en razón del número de habitantes (distancias mínimas entre ellas)[31] y disponiendo que, en todo caso, el número de las establecidas no podrá exceder de una farmacia por cada cinco mil habitantes. En suma, se mantiene la naturaleza reglada pero se pierde el carácter de *numerus apertus*, en la medida en que la autorización se predetermina sobre la base de *numerus clausus.*

La Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, siguiendo esta misma línea, en su base 16 dispone que "queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia incluso con las amortizaciones que se crean precisas, dejando a salvo los intereses de la propiedad". Esta misma base dispone que sólo los farmacéuticos, individualmente o asociados en la forma que se autorice, podrán ser propietarios de las oficinas de farmacia, de las que serán profesional y civilmente responsables. Preceptúa también que el traspaso o venta de las oficinas de farmacia se efectuará en las condiciones que se determinen por la Dirección General de Sanidad en el oportuno reglamento, aunque, como veremos, lo relativo a ventas y traspasos de oficinas de farmacia no se reglamentará hasta los años 1978 y 1979, Y aun así muy parcamente. Finalmente, y esto conviene hacerlo notar, la base 16 da un nuevo sesgo a las autorizaciones, que sin dejar de ser regladas y de *numerus clausus*, se constituyen también como "operativas" en la medida que permiten encauzar y dirigir la actividad de dispensación de fármacos en las líneas marcadas por los planes y programas sanitarios que elabore la Administración.

Los criterios de crecimiento demográfico poblacional establecidos en 1941, se mantienen en el Decreto de 31 de mayo de 1957, que viene a sustituir al de 1941, aunque con algunos cambios que suavizan las anteriores exigencias de distancias entre las oficinas de farmacia y de su número máximo en razón de los habitantes[32]. Como novedad, su artículo 6° introduce la caducidad de las autorizaciones para el supuesto de farmacias cerradas durante dos años. Por otra parte, refuerza la funcionalidad operativa de las autorizaciones[33].

Finalmente, llegamos al Decreto 909/1978, de 14 de abril, que mantiene la *ratio* de una farmacia por cada cuatro mil habitantes establecida por el Decreto de 1957, generalizando, por otra parte, en doscientos cincuenta metros las distancias mínimas entre farmacia para todos los municipios con independencia de su número de habitantes.[34]

Como he observado antes, habrá que esperar a este Decreto para que vean la luz algunas normas relativas a la venta y traspaso de oficinas de farmacia, tanto en transmisiones *inter vivos* como *mortis causa*[35]. De ellas, en lo que aquí interesa, conviene destacar las siguientes reglas restrictivas de la transmisibilidad:

-En el marco de la transmisión de oficinas de farmacia por su titular, dispone que su cesión, traspaso o venta sólo podrá realizarse a favor de otro farmacéutico y siempre que haya permanecido abierta al público al menos seis años (art. 5.1.). Introduce, por tanto, una limitación temporal a la facultad dispositiva del titular propietario de la farmacia[36].

-Respecto de las oficinas situadas a menos de 250 metros de otra u otras, limita la libertad de elección del adquirente a través de la configuración de un derecho de adquisición preferente en favor de los farmacéuticos colindantes, con objeto de proceder a su clausura y amortización (art. 5.2). Por consiguiente, nueva limitación a la facultad dispositiva del propietario de la farmacia que no puede elegir al adquirente.

---

31 *Se establecen las siguientes distancias entre farmacias: 250 metros en poblaciones de más de cien mil habitantes; 200 metros en poblaciones de cincuenta a cien mil habitantes; y 150 metros en poblaciones entre cinco mil y cincuenta mil habitantes (artículo 1 del Decreto de 1941).*

32 *"Podrá autorizarse el establecimiento de nuevas farmacias cuando la distancia existente entre el local en que pretendan instalarse y cualquiera de las ya establecidas no sea inferior a: -Doscientos veinticinco metros en los Municipios de más de cien mil habitantes. -Ciento setenta y cinco metros, en los que su población esté comprendida entre cincuenta mil y cien mil. Ciento cincuenta metros en los menores de cincuenta mil habitantes. -En este grupo el cupo total de las farmacias establecidas para el servicio público no podrá exceder de una por cada cuatro mil habitantes o fracción superior a mil, salvo lo dispuesto en el artículo quinto".*

33 *Un estudio crítico de este Decreto en S. MARTÍN RETORTILLO, op. cit. págs. 133 a 146.*

34 *Este criterio general sólo tiene dos excepciones: a) Cuando haya exceso de farmacias en relación a la proporción establecida de una por cada cuatro mil habitantes, puede instalarse otra si la población del municipio se ha incrementado, al menos, en cinco mil habitantes; y b) La existencia de núcleos de población de, al menos, dos mil habitantes, en los que se puede autorizar una farmacia, pero manteniendo una distancia mínima de quinientos metros respecto de la más próxima.*

35 *Este Decreto es desarrollado por la Orden de 21 de noviembre de 1979.*

36 *J. GONZÁLEZ PÉREZ considera que su fundamento radica en evitar el tráfico de autorizaciones de farmacia.* Nueva ordenación de oficinas de farmacia, *BOE, 1978, pág. 227.*

La innovación más importante de este Decreto respecto del régimen anterior es la posibilidad de que, una vez incoado el procedimiento, se admitan otras solicitudes de autorización que correspondan al mismo municipio, acumulándose todas ellas en un mismo expediente. Se abre así el acceso a las oficinas de farmacia de farmacéuticos a los que se considera con prioridad al solicitante en razón de los criterios fijados por el Decreto (méritos profesionales y otros).

B. En la legislación postconstitucional.

Con posterioridad a la Constitución, habrá que esperar a la década de los años noventa para que vea la luz legislación sobre ordenación farmacéutica que introduzca nuevas modulaciones en las autorizaciones de oficinas de farmacia. Dicha legislación, a excepción de una Ley estatal, emanará de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

La más temprana es la Ley 31/1991, de 13 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cataluña. Su artículo 5° dispone que la autorización de nuevas oficinas de farmacia se sujetará a una planificación sanitaria general conducente a garantizar una atención farmacéutica adecuada y un uso racional de los medicamentos, así como posibilitar un más alto nivel de calidad y equipamiento en la dispensación de medicamentos. Se toma como base para la planificación el área básica de salud, que, a los efectos de la Ley, se clasifican en urbanas (una farmacia por cada 4.000 habitantes), rurales y semiurbanas (una farmacia por cada 2.500 habitantes) y de montaña (una farmacia por cada 1.500 habitantes).

Dispone también que la titularidad de la oficina de farmacia corresponde a uno o más farmacéuticos, que son sus propietarios (art. 3.1.), y que su transmisión mediante traspaso, venta o cesión total o parcial, sólo puede llevarse a cabo cuando el establecimiento ha permanecido abierto al público seis años[37].

A la Ley catalana le sigue la Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica del País Vasco. También sujeta la autorización de oficinas de farmacia a una planificación en base a las necesidades de atención farmacéutica de los habitantes de una demarcación territorial determinada, denominada zona farmacéutica e integrada por el conjunto de una o varias zonas de salud (art. 9). En línea con el artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad dispone que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público.

Pero donde esta Ley rompe con los criterios tradicionales y resulta abiertamente innovadora es en lo relativo a las transmisiones onerosas de las oficinas de farmacia (salvo las a favor de los hijos, padres, nietos, hermanos o cónyuge del farmacéutico titular). En efecto, dispone el artículo 17 que la transmisión de las oficinas de farmacia estará sujeta a autorización del Departamento de Sanidad, debiendo el transmitente comunicar a la Administración sanitaria el precio y las demás condiciones generales de la transmisión. Seguidamente, la Administración sanitaria instrumentará una oferta pública dirigida a todos los farmacéuticos que cuenten con tres años de ejercicio profesional, determinando mediante concurso de méritos el orden de preferencia para la transmisión entre todos aquellos que acepten las condiciones de la oferta efectuada por el transmitente. Evidentemente, luce en este precepto una auténtica limitación a la autonomía de la voluntad, puesto que se priva a los intervinientes en la transmisión de la facultad de escogerse recíprocamente y de pactar entre ellos las condiciones de aquélla. Corresponde a la Administración la facultad de determinar el adquirente[38].

En el año 1996 aparecen otros dos textos legales ciertamente innovadores.

El primero es la Ley 2/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica de Extremadura. En línea con las anteriores autonómicas también somete la autorización de apertura de farmacias a la planificación para la que toma como punto de referencia obligado la distribución en zonas de salud. Al igual que las otras dos leyes autonómicas que la preceden, configura la autorización de apertura de oficinas de farmacia como reglada, predeterminada sobre la base de *numerus clausus* y con una funcionalidad operativa.

Sin embargo, en lo referente a la transmisibilidad de tales autorizaciones, resulta totalmente rompedora de los moldes tradicionales, puesto que, en su artículo 14, prohibe la venta, cesión, traspaso, arrendamiento o cualquier otra forma de transmisión, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*, de la autorización administrativa concedida en su día para la apertura de la oficina de farmacia. Este precepto se armoniza con la disposición transitoria tercera en cuanto señala que, no obstante lo dispuesto en el artículo 14° de la Ley, se podrá autorizar la enajenación, cesión o traspaso de la titularidad de las oficinas de farmacia abiertas a la fecha de la Ley por una sola vez, para

---

[37] *Nótese que al establecer el plazo de seis años se separa de lo dispuesto en el artículo 11.3 del Real Decreto 1667/1989, de 22 de diciembre, lo que, a mi juicio, es perfectamente posible pues como he argumentado anteriormente ese Real Decreto no regula aspectos sustantivo s del régimen de las oficinas de farmacia, sino sólo la posibilidad del ejercicio profesional de farmacéuticos procedentes de otros Estados miembros.*

[38] *El preámbulo de la Ley explica esta construcción advirtiendo que la confluencia entre propiedad y titularidad de la oficina de farmacia da lugar a que existan dos grupos distintos de normas aplicables a las mismas: las de derecho público y las de derecho privado, cuya conciliación en determinadas ocasiones no es fácil. Y que la Ley, haciendo honor a su espíritu marcadamente sanitario. regula las oficinas de farmacia en tanto en cuanto prestadoras de un servicio de interés público, pero que con todo, y hasta donde resulta posible, ha procurado compatibilizar la aplicación simultánea de ambos grupos de normas.*

lo que será de aplicación la normativa reglamentaria estatal vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley[39].

En segundo lugar, se promulga la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del Servicio Farmacéutico de CastiHa-La Mancha. Esta Ley sigue el mismo criterio que la extremeña de negar la transmisibilidad de las autorizaciones de oficinas de farmacia, aunque, a mi juicio, construye el sistema con mejor técnica legislativa.

De entrada, desdobla la tradicional autorización administrativa de apertura en dos distinta autorizaciones que, lógicamente, se suceden en el tiempo: a) autorización de creación e instalación, y b) autorización de apertura y funcionamiento. A su vez, en el artículo 38 con la rúbrica "Autorización Administrativa" dispone lo siguiente:

"... 1. Las autorizaciones administrativas que otorgue la Administración para la instalación de nuevas oficinas de farmacia en Castilla-La Mancha tendrán las siguientes características:

- Serán personales al farmacéutico autorizado. - Serán intransferibles.

- Caducarán por cualquiera de las siguientes causas: renuncia de su titular, jubilación, fallecimiento, inhabilitación profesional, suspensión definitiva de funciones, incapacitación laboral permanente, total o absoluta, declaración judicial de ausencia o incompatibilidad legal de su titular, así como conseguir otra autorización para la apertura de farmacia en otro núcleo de población.

2. No estarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley la cesión, traspaso o venta para otros usos de los locales y demás enseres, los cuales quedarán sometidos al régimen jurídico que les sea de aplicación."

Respecto de las oficinas de farmacia existentes a la entrada en vigor de la Ley, la disposición transitoria segunda establece que su titularidad podrá transmitirse por una sola vez conforme a la legislación previa vigente.

Finalmente, en 1997, ve la luz la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia. Su articulo 3.2 -que no tiene carácter de básico- dispone que la autorización de nuevas oficinas de farmacia se tramitará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia, previo el procedimiento específico que establezcan las Comunidades Autónomas.

3. Fundamento de la más reciente formulación de la autorización de oficinas de farmacia.

Acabamos de comprobar cómo la institución autorizatoria de oficinas de farmacia, a caballo de la propia evolución de la intervención administrativa, varía profundamente con el tiempo asumiendo rasgos o caracteres que no los tenía en su origen, hasta el punto que actualmente puede ofrecerse como claro exponente de la crisis en que se halla inmerso el concepto dogmático liberal de autorización.

En 1855 se configura como autorización reglada, sin límite de número y sin restricción alguna a su transmisibilidad. En 1941 se predetermina sobre la base de *numerus clausus*. En 1944 se le añade una funcionalidad operativa. En 1957 se la somete a caducidad para un determinado supuesto. En 1978 se introducen diversas e importantes limitaciones al *ius disponendi*. En 1994 se incorporan nuevas restricciones en el caso de transmisiones onerosas, que implican drásticos límites a la autonomía de la voluntad (País Vasco). En 1996 y en dos Comunidades Autónomas se configura como personal, intransferible y sujeta a caducidad. Finalmente, en 1997, por Ley estatal, se dispone que su otorgamiento se tramitará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia. Su carácter reglado ha sido la única nota in alterada a lo largo de su devenir[40].

Constatada esta evolución paso en las siguientes líneas, a fundamentar la opción del legislador autonómico de conformar la autorización de oficina de farmacia como personal, intransferible y sujeta a caducidad, además de mantener su naturaleza reglada y su predeterminación sobre la base de numerus clausus.

Desde el punto de vista formal, conviene recordar que nuestra Constitución de 1978 asume el concepto de Ley formal, en cuya virtud la Leyes la forma que adoptan los mandatos en que se contiene la voluntad del pueblo soberano, expresada a través de sus representantes, de donde deviene la irresistibilidad de su fuerza (el preámbulo y el artículo 117.1 de la Constitución hablan del imperio de la Ley). A tenor de esta concepción, le son atributos propios su contundente capacidad innovadora del ordenamiento jurídico y su significativa libertad de configuración de contenidos[41]; capacidad innovadora y libertad de

---

39 *El Tribunal Constitucional, por providencia 17 de octubre de 1996, admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra el artículo 14, en conexión con el último párrafo del artículo 6, y contra el párrafo primero de la disposición transitoria tercera y disposición transitoria cuarta de esta Ley, con suspensión de los preceptos impugnados por haberse invocado el artículo 161.2 de la Constitución. Por Auto de 13 de marzo de 1997, el Tribunal Constitucional levanta la suspensión. Por consiguiente, no aprecia graves peIjuicios al interes general o perjuicios irreparables o de muy dificil reparación a los sujetos afectados.*

40 *La permanencia de este carácter, que, como sabemos, es el que mejor se acomoda al esquema tradicional del derecho preexistente, posiblemente sea debida a que el Legislador estima que la autorización de oficinas de farmacia remueve obstáculos legales para el ejercicio de un derecho preexistente, cual sería el ejercicio profesional por el farmacéutico en la modalidad de venta al público de productos medicinales, para el que le habilita, sin duda, su título académico.*

41 *Aspectos destacados por A. GARRORENA MORALES.* Enciclopedia Jurídica Básica, *voz "Ley". Cívitas, 1995, pág. 3996.*

configuración que operan sobre cualquier actividad humana o institución jurídica con el único y exclusivo límite de los propios mandatos y contenidos constitucionales. Y, en efecto, nada impide al legislador para, dentro de los márgenes que la Constitución impone, alterar sustancialmente los contornos clásicos de una concreta institución jurídica -en nuestro caso la autorización de oficinas de farmacia al objeto de acomodarla a las nuevas necesidades e intereses socio-sanitarios de acuerdo con la libre y responsable apreciación que de éstos hace el legislador. Y esta opción legal resulta irresistible para el conjunto de ciudadanos e instituciones, que deberán acatada, aunque no complazca los intereses patrimoniales de los afectados por tal decisión. Sólo el Tribunal Constitucional puede expulsada del ordenamiento jurídico declarando su inconstitucionalidad.

Desde el punto de vista material, se fundamenta en la línea argumental que desarrollo seguidamente.

Resulta indubitado el carácter de las oficinas de farmacia de establecimientos sanitarios y de servicios de interés público. Esta consideración justifica y explica su sometimiento a planificación (así lo ha entendido el legislador estatal imponiéndosela a las Comunidades Autónomas en la legislación básica sanitaria). Y el ejercicio de la función planificadora en razón de los intereses sociales y sanitarios dignos de protección, necesariamente conlleva la imposición de controles y limitaciones, entre otras, la del número de autorizaciones[42]. Así, el vigente sistema de planificación viene a consagrar el régimen de autorizaciones limitadas en número in staurado desde 1941. Y como ya he observado, la doctrina científica ha sido unánime en la apreciación de la necesidad de vincular este tipo de autorizaciones con el problema de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a las mismas; posición recogida, como sabemos, incluso en el derecho positivo (art. 77.2 del RBCL) para determinados ámbitos, al exigir que se otorguen por licitación y, si no fuera posible, porque todos los autorizados hubieran de reunir las mismas condiciones, mediante sorteo. Lógicamente, el método de acceso a las autorizaciones de oficinas de farmacia será el de concurrencia bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El principio de mérito y capacidad profesional se sustenta en la necesidad de disponer de un servicio farmacéutico eficaz y de calidad. No se trata de una actividad sanitaria indiferente para la Comunidad que puede abandonar al libre juego de la oferta y la demanda. Muy al contrario, estamos ante un servicio básico en la medida que afecta a algo muy próximo y querido para ella: la salud. Por ello, sus representantes políticos deben organizarlo asegurando la más alta calidad posible en su prestación. Y tal objetivo inexcusablemente pasa por vehiculizar el acceso a las oficinas de farmacia, tanto las nuevas como las abiertas, en función de la mayor capacidad profesional de los aspirantes y no de su mayor capacidad económica.

El principio de igualdad de oportunidades, que ya se predicaba en la época preconstitucional respecto de las autorizaciones limitadas en número, se ha visto reforzado por la Constitución. En efecto, por virtud de la Carta Magna, la igualdad se configura como un valor superior del ordenamiento jurídico, y corresponde a todos los poderes públicos, por estar sujetos sin excepción al ordenamiento jurídico, el deber constitucional de promover las condiciones para que la igualdad sea efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (STC 8/1986, de 21 de enero). Igualdad que, además, debe ser real y efectiva, superándose el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnándose un significado del principio de igualdad acorde con el Estado social de Derecho, que proclama el artículo 1° de la Constitución (STC 3/ 1983, de 25 de enero).

Pero ocurre que la mayoría de las Comunidades Autónomas continúan aplicando el régimen preconstitucional permisivo de la transmisión entre privados de las autorizaciones otorgadas, sistema que no se acomoda a ninguno de estos principios. De esta forma tenemos dos modos diferentes de acceso a las autorizaciones: un procedimiento concursal público en el que se valoran el mérito y la capacidad (nuevas autorizaciones) y una relación contractual privada en la que prima la mayor capacidad económica del adquirente (autorizaciones ya otorgadas).

Sin embargo, es evidente que la segunda modalidad no se compadece con los mandatos constitucionales y legales de promover la igualdad afectiva y de garantizar un servicio farmacéutico de la mayor calidad posible. Realmente, nos encontramos ante una desigualdad de trato en el régimen de acceso a las autorizaciones de oficinas de farmacia sin justificación objetiva alguna. Los intereses patrimoniales privados de los farmacéuticos titulares de oficinas no justifican esta desigualdad. Dichos intereses deben ceder ante el interés público que demanda un acceso a las oficinas de farmacia, en todos los casos, en razón de los principios de mérito y capacidad pues son los únicos que garantizan la calidad del servicio.

De ahí que ningún reproche cabe hacer al Legislador postconstitucional si decide que el acceso a este tipo de autorizaciones lo sea, tanto en las ya otorgadas como en las nuevas, por un procedimiento concursal basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Desde estos parámetros, la elección, sin duda, encaja en el marco constitucional.

---

[42] *Limitación sancionada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 83/1984, de 24 de julio.*

V. CONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO MODELO DE AUTORIZACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA.

1. Indicaciones previas.

Hacía referencia antes a la plena capacidad y libertad de la Ley para innovar ordenamiento s jurídicos y configurar contenidos. Pero observaba también que el potencial innovador de la Ley tiene el límite de los propios contenidos de la Constitución. Resta, pues, hacer el análisis de constitucionalidad del nuevo régimen de autorización de oficinas de farmacia al objeto de comprobar si se acomoda al Bloque de la Constitucionalidad, o si, por el contrario, vulnera derechos o principios en él contenidos que, por tener mayor peso, se sobrepongan a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Para ello estructuro este último epígrafe en dos apartados. En el primero hago un estudio de *lege ferenda*, esto es, haciendo abstracción de la vigente legislación, sitúo críticamente la configuración de la autorización de oficinas de farmacia como personal e intransferible en el marco de la Constitución al objeto de comprobar, como se verá seguidamente, que no vulnera derechos o principios constitucionales (arts. 33, 36, 38, 139.1 y 149.1.1°), por lo que podrá afirmarse que no existen óbices constitucionales para que el Legislador competente, bien sea el estatal en el nivel de legislación básica, bien el autonómico a falta de legislación básica o en desarrollo de la misma, incorpore tal modelo de autorización al derecho positivo. En el segundo, desciendo a un estudio de *lege data* analizando el acomodo de éste régimen a la legislación vigente y, concretamente, a los artículos 103.4 de la Ley General de Sanidad y 4 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia.

Por razones de sistemática en el desarrollo de este estudio también advierto ahora que parto del presupuesto de que las Comunidades Autónomas tienen competencia de desarrollo legislativo en materia de oficinas de farmacia, toda vez que tal materia está integrada dentro de la más genérica de sanidad y todas han sumido competencias sobre sanidad. La generalidad de la doctrina ha aceptado este parecer[43]. Por lo demás, este criterio se infiere con bastante claridad del proceso de atribución de competencias a las Comunidades Autónomas operado a partir de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre.

2.- El marco de la Constitución.

A. El derecho de propiedad.

En relación con este derecho, se han alzado voces que atacan la prohibición de transmisibilidad de las oficinas de farmacia desde dos vertientes: a) una formal dirigida a vedar que sea el legislador autonómico quien positivice este modelo, al que se le reprocharía un vicio formal de incompetencia en el entendimiento de que esta regulación incide de lleno en derechos civiles y relaciones jurídico-privadas, materias todas ellas que exceden de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas y que corresponde regular en exclusiva al Estado a través de la legislación civil (art. 149.1.18°); y b) otra sustantiva basada en que la prohibición de transmisibilidad de la oficina de farmacia constituye una intromisión arbitraria y no justificada en la esfera dominical, quebrando, en consecuencia, el derecho protegido por el artículo 33 del texto constitucional e implicando una verdadera ablación sin expropiación o indemnización.

En mi criterio, y respetando, desde luego, las opiniones contrarias, no existen los problemas constitucionales que acabo de anunciar.

En cuanto a los aspectos formales puede argumentarse de adverso que en el supuesto de una norma legal promulgada por Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias legislativas sobre sanidad, es cierto que nos hallaríamos ante una norma de Derecho administrativo, pero al respecto, el Tribunal Constitucional, de un lado, ha dicho que la delimitación del derecho de propiedad no se opera ya sólo en la legislación civil, sino también en aquellas otras leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada (STC 37/l987, de 26 de marzo), y, de otro, ha sostenido la posibilidad de que la legislación autonómica pueda incidir en el derecho de propiedad al amparo de un título competencial relativo a un determinado sector de la actividad administrativa (STC 156/l995, de 26 de octubre).

En el aspecto sustantivo, el reproche de la supuesta inconstitucionalidad se apoya, en definitiva, en la prevalencia del interés dominical del transmitente sobre los intereses públicos que determinarían la configuración del servicio de dispensación farmacéutica. Pero es lo cierto que esa prevalencia ha sido negada repetidamente por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo en la doctrina que ambos han sentado en tomo al derecho de propiedad en general[44]. Su lectura disipa cualquier duda respecto del predominio del interés general sobre el particular, o sobre el carácter normal de las delimitaciones restrictivas del derecho de propiedad y el muy modesto

---

43 *Acerca de esta cuestión puede consultarse el reciente trabajo de J.A. RAZQUIN LIZARRAGA,* La competencia de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica. *Revista Jurídica de Navarra, 20, 1995, págs. 69 a 94. Mi única discrepancia con lo dicho por este autor se ciñe al caso de Navarra. Véase al respecto nú trabajo* Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y la Ley del medicamento. *Revista Jurídica de Navarra, 11, 1991, págs. 67 a 76.*

44 *Al respecto, entre otras, pueden consultarse la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1973 (Ar. 1866).*

papel que juega la autonomía privada. Al hilo de la misma se ha podido proclamar[45] el carácter instrumental del derecho a la propiedad de la oficina de farmacia, por condicionado y subordinado al destino del establecimiento, que no es otro que la satisfacción de un interés tan vital como la salud, así como que la propiedad de la farmacia y título facultativo para desarrollar la actividad, completan una unidad funcional indivisible como concepto de Derecho administrativo.

En este orden de cosas, conviene traer a colación el Auto del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 1997, por el que se levanta la suspensión de determinados artículos de la ley extremeña, en el que, en relación a la prohibición de transmisión de las autorizaciones de farmacia, ha dicho que *frente a las restricciones que el art.* 14 *LAFE, sin duda, supone para el titular de la farmacia, son otros muchos los bienes e intereses dignos de protección que el legislador autonómico ha ponderado...*

Entonces, el derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 33 de la Constitución o, más concretamente, los intereses dominicales de los farmacéuticos que aspiran a ser titulares de nuevas oficinas de farmacia abiertas al público, no son impedimento para que el Legislador, actuando todo su potencial innovador de ordenamientos jurídicos y configurador de contenidos, decida sustituir un régimen de Derecho administrativo permisivo de la patrimonialización de la autorización de oficinas de farmacia por otro que lo impida. Porque no todo bien jurídico patrimonializable y en razón de esta circunstancia, debe incardinarse, por exigencia constitucional, en el ámbito de la propiedad privada. No se viola el aspecto objetivo de la propiedad cuando por razones de interés general un determinado bien material o de creación jurídico-pública se excluye de su apropiación privada.

Y es preciso negar que tal exclusión conlleve ineludiblemente una ablación de derechos necesitada de expropiación o indemnización. No existiría ablación en la medida que a los farmacéuticos ya instalados se les permita la enajenación, cesión o traspaso de la titularidad de la oficina abierta, por una sólo vez. De esta forma no se les privaría del *ius disponiendi* que ostentaban a la entrada en vigor de la legislación excluyente. La prohibición de transmitir lo sería respecto de las nuevas autorizaciones o concesiones, por lo que al que nada tiene nada se le quita. En suma, no habría una privación singular de facultades dominicales, sino una configuración *ex nava* para el futuro y con efectos generales. A este respecto, es esclarecedora la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/l988, de 29 de noviembre. Dice así:

"... Distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración *ex nava* modificativa de la situación normativa anterior. Estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos postconstitucionales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general. Así resulta con toda evidencia por lo que se refiere al régimen jurídico de la propiedad privada, pues por imperativo constitucional, la Ley debe delimitar el contenido de ese derecho en atención a su función social (art. 33.2 de la CE)".

Cuestión distinta pero que no afecta a estas conclusiones, sería la oportunidad de plantear desde la óptica académica y dogmática, si el régimen de que venimos hablando, es realmente un sistema que se acerca más a la concesión que a la autorización, y si, de ser así, debiera incardinarse dentro de la institución concesional. Como quiera que éste no es momento oportuno para abordarlo, me limito a dejado apuntado.

B. Ejercicio de profesiones tituladas.

Se ha dicho también que el modelo de farmacia es un aspecto básico de la ordenación de la profesión titulada de los farmacéuticos, y en la medida en que está reservada a Ley del Estado la regulación de las profesiones tituladas, cualquier legislación autonómica que regule aspectos de la profesión farmacéutica devendría inconstitucional por incompetencia.

Para refutar esta afirmación baste con traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en el Auto 158/1992, de 28 de mayo, que seguidamente reproduzco y comento:

"... Todos los argumentos avanzados por la parte recurrente se apoyan en una identificación entre el ejercicio de la profesión farmacéutica y el establecimiento de oficinas de farmacia, que no es aceptable. Los farmacéuticos pueden ejercer su profesión de modos distintos a la dispensación al público de medicamentos de uso humano; y también pueden dedicarse a esta última clase de actividad en los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud, y de otros establecimientos legalmente autorizados para ello, de acuerdo con la Ley General de Sanidad de 1986 y la Ley del Medicamento de 1990. Cuestión distinta es que las oficinas de farmacia, junto con los servicios que se incardinan en las estructuras asistenciales mencionadas antes, ostenten el monopolio legal para custodiar, conservar y dispensar medicamentos; y, también, que exista una íntima relación entre la titularidad de una oficina de farmacia y el ejercicio por cuenta propia de la profesión, en su vertiente de venta al público de productos medicinales, cimentado en que sólo los farmacéuticos pueden ser propietarios de ofici-

[45] *M. CERDÁ OLMEDO,* Derecho civil y farmacia, *1993.*

nas de farmacia. Pero el que, de acuerdo con la legislación vigente en España, los farmacéuticos que deseen establecerse por su cuenta para dispensar medicamentos al público deban adquirir una farmacia, o abrir una nueva, no permite confundir su derecho a ejercer la profesión, que les otorga su título profesional y les reconoce con carácter general el artículo 88 de la Ley General de Sanidad, con el derecho que ha sido objeto del litigio ante los Tribunales contencioso-administrativos, y del que dimana el presente recurso de amparo: el derecho a abrir una oficina de farmacia.

La lectura de este Auto evidencia cómo no puede ni debe confundirse el ejercicio de la profesión farmacéutica con el establecimiento de oficinas de farmacia, pues son cosas bien distintas. En efecto, las hipotéticas leyes autonómicas de ordenación farmacéutica estarían regulando una actividad: las oficinas de farmacia, actividad incardinada en el artículo 43 de la Constitución y, por ende, sería un desarrollo de la Ley General de Sanidad. Por contra, la regulación de la profesión farmacéutica tiene su asiento en el artículo 36 de la Constitución y, en concreto, en la Ley de Colegios Profesionales[46].

Pero aun cuando, a efectos dialécticos, se admitiera que la regulación de las oficinas de farmacia de algún modo incide en el artículo 36 de la Constitución, tampoco puede olvidarse que tal artículo contiene una reserva de Ley ordinaria para regular los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Y para estos casos, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/1993, de 9 de julio, ha dicho que la llamada a la Ley lo es a la Ley formal, de suerte que tanto las Cortes Generales como las Asambleas legislativas autonómicas pueden efectuar la ordenación de la materia, atendiendo a sus respectivas esferas competenciales. Y es lo cierto que existen Comunidades Autónomas con competencia exclusiva en materia de Colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas, conforme a la legislación general.

C. *Libertad de empresa.*

Amparándose en la dimensión de comercio o empresa de las oficinas de farmacia, se pretende imputar a un régimen prohibitivo de la transmisión de las autorizaciones, la negación de la libertad de empresa reconocida en la Constitución, con la consiguiente vulneración de su artículo 38.

Tal razonamiento tampoco puede compartirse por las razones que expreso seguidamente.

Desde la óptica de las propias oficinas de farmacia, preciso es recordar la insistencia del Tribunal Supremo en manifestar que aquéllas antes y por encima de su consideración de empresa, son centros sanitarios (S. de 30 de junio de 1995, Ar. 5248), sometidos por ello a normas específicas que sobrepasan los aspectos derivados de ser una actividad económica (S. de 2 de noviembre de 1993. Ar. 8772), por lo que las regulaciones limitativas en uso de la potestad que confiere el artículo 43.2 de la CE no atentan a la libertad de empresa (S. de 22 de diciembre de 1994. AL 10143).

Desde la vertiente del derecho a la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional ha situado en sus justos términos el alcance de este derecho. En efecto, ha dicho que la libertad de empresa consiste en iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de julio), pero que la inexistencia en el Derecho constitucional contemporáneo de derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional, así como la proclamación de nuestro Estado como social (art. 1 de la CE), hacen lícitamente posible para el Legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social (STC 111/1983, de 2 de diciembre).

No cabe duda, por tanto, que la libertad de empresa puede someterse justificadamente a limitaciones derivadas de la función social que le compete cumplir, así como de los concretos intereses de los servicios públicos de que se trate[47].

Admitido lo anterior, también es preciso advertir que el derecho que nos ocupa tiene un contenido esencial indisponible para el legislador, aunque difícil de determinar dada *la ambigüedad e imprecisión del artículo* 38 *del Texto Constitucional* (STS de 23 de abril de 1986. Ar. 1764). No obstante, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 225/1993, de 8 de julio, ha hecho una aproximación a ese contenido en los siguientes términos:

"... De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial <en libertad>, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad, pero también, de

---

46 *Estas mismas consideraciones dieron pie a que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de abril de 1990 (Ar. 3638), advirtiese la necesidad de distinguir entre la regulación de la profesión farmacéutica y la regulación de las oficinas de farmacia.*

47 *En la Sentencia 127/1994, de 5 de mayo, también ha dicho el Tribunal Constitucional que* la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado y, entre otras, por el sometimiento a una autorización administrativa que tutela distintos bienes constitucionales y los derechos de otros.

otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general".

En suma, el Tribunal Constitucional habla de libertad de acceso y libertad de ejercicio en el mercado. Pues bien, en este contexto y ante la constatación de actividades económicas cuyo ejercicio está fuertemente limitado y sometido a diversas autorizaciones administrativas, se ha podido afirmar[48] que el derecho a la libertad de empresa presupone fundamentalmente libertad de acceso al mercado, libertad de ejercicio o permanencia en el mercado y libertad de cesación o salida del mercado. Y que, en cuanto al acceso, el reducto de libertad infranqueable es mínimo: no prohibición absoluta y no imposición forzosa. En cuanto al abandono, también este reducto sería mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo irreductible de autonomía en la dirección de su empresa, sin la cual no sería empresa privada sino empresa pública.

Si esto, como parece, es así, será menester concluir que el nuevo régimen no genera vulneración alguna del derecho de libertad de empresa pues se respetarían esos contenidos esenciales mínimos. En efecto, el acceso a la oficina de farmacia está regulado pero no prohibido: la libertad de acceso se mueve en el marco de la planificación y de los méritos profesionales. La autonomía en la dirección de la oficina de farmacia en cuanto actividad económica es plena, sin condicionante alguno. Finalmente, tambien lo es la libertad para abandonar el negocio.

D. Las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y obligaciones.

Finalmente, se ha invocado también una supuesta quiebra del artículo 139.1, que proclama el principio de que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado, en relación con el artículo 149.1.1°, precepto que atribuye al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y en conexión con los artículos 33, 36 Y 38 de la Constitución. Al respecto, se opina que posiblemente no existe condición básica que más directamente ataña a la igualdad en el ejercicio de la profesión farmacéutica que la que imponen las normas sobre apertura e instalaciones de farmacia, por lo que, el Estado no puede dejar a las Comunidades Autónomas ordenar esta actividad como cada una quiera. Y que, en cualquier caso, resulta inaceptable un modelo de farmacia que nada tenga que ver con el vigente en otros territorios del Estado[49].

Nuevamente, es preciso traer a colación doctrina del Tribunal Constitucional que desdice esa supuesta infracción del artículo 139.1 en relación con el 149.1.1°.

En lo que hace al derecho de propiedad, en su sentencia 37/1987, de 26 de marzo, admitió que puede haber distintas funciones sociales de este derecho en diferentes áreas del territorio nacional. Y en su Sentencia 156/1995, de 26 de octubre, acoge la posibilidad de regulaciones no uniformes de la propiedad privada con las siguientes palabras:

"... En relación precisamente con el derecho a la propiedad que reconoce el art. 33 CE, hemos señalado que el título del art. 149.1.1 CE no habilita para establecer una regulación uniforme de la propiedad privada y su función social, ni esa pretendida uniformidad puede servir de pretexto para anular las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entre en juego la propiedad (STC 37/1997, fundamento jurídico 9°). Al Estado le corresponde ciertamente establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero el referido título competencial no habilita por sí mismo para que el Estado pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho. El propio tenor literal del precepto deja claro que la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que por otra parte sería incompatible con la opción por un Estado territorialmente descentralizado), sino la que queda garantizada con el establecimiento de unas condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, ésta sí, es competencia del Estado".

Respecto a la libertad de empresa, a su vez, ha dicho:

"...Es también cierto que la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos (art. 149.1.1. de la Constitución) y, en concreto, de las libertades de empresa y de establecimiento no puede ser entendida como una "rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento (STC 37/1981, fundamento jurídico 2°). El art. 149.1.1 de la Constitución no puede erigirse en un obstáculo infranqueable a la existencia de las potestades normativas de las Comunidades Autónomas... En suma, el precepto constitucional precitado no exige siempre un trata-

---

[48] *M. ARAGÓN REYES*, Enciclopedia Jurídica Básica, *Voz "Libertad de empresas", Cívitas, 1995, pág. 4.032.*

[49] *J. GONZÁLEZ PÉREZ, ha escrito que* las condiciones básicas garantizadoras de la igualdad que proclama el artículo *149.1.1"* de la Constitución se han volatilizado. Es absolutamente necesario que el Estado aborde inmediatamente una Ley básica, como Ley cabecera de grupo en la materia, que, como es propio de este tipo de leyes, oriente y armonice el grupo sometiendo a un común denominador legislativo la actividad de que se trata. *"La reforma de la ordenación farmacéutica", en la obra colectiva* Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio de *1996. Cívitas, 1996, pág. 333.*

miento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos, exigencia que haría imposible la existencia de un Estado descentralizado, aunque sí pueda ocurrir excepcionalmente, cuando exista una justificación bastante para ello. (STC 227/1993, de 9 de julio).

Y modulando el alcance del propio art. 149.1.1, apostilla que:

"... uniformidad, en otras palabras, no es identidad, y tanto menos ha de serIo cuando la primera se afirma en este art. 149.1.1° de la CE, como elemento de integración, no de supresión de la diversidad que nace de la autonomía" (STC 75/1990, de 26 de abril).

No existe, pues, paridad entre el principio de igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles y la uniformidad del ordenamiento jurídico. Uniformidad no equivale a identidad. En su reciente Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, insiste el máximo intérprete de la Constitución en que el artículo 149.1.1 no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica.

De *otro* lado, respecto a la imputación de que el nuevo régimen de oficinas de farmacia afecta a las condiciones básicas del ejercicio de la profesión, baste recordar el Auto del Tribunal Constitucional 158/1992, de 28 de mayo, en el que manifiesta que la adquisición de una farmacia para dispensar medicamentos al público no puede confundirse con el ejercicio de la profesión titulada de farmacéutico. Una cosa es la regulación de la profesión farmacéutica y otra muy distinta la regulación de las oficinas de farmacia.

Lo anterior permite concluir que el establecimiento de un régimen sobre transmisibilidad de oficinas de farmacia diferente al existente en *otros* territorios del Estado, no implica necesariamente vulneración del artículo 139.1 en relación con el artículo 149.1.1°, ambos de la Constitución. La divergencia autonómica es posible. Además, como dice el Tribunal Constitucional en su Auto de 13 de marzo de 1997, levantando la suspensión de determinados preceptos de la Ley extremeña, el canon del derecho de igualdad no sirve para comparar las magnitudes representadas por la Ley estatal y la Ley autonómica.

Otro asunto es que convenga atender a las voces que postulan que no es buena ni deseable la convivencia de diferentes regímenes de oficinas de farmacia en el territorio del Estado español porque, aparte de posibles disfunciones sanitarias, aboca a un desigual trato de los farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia según la Comunidad en que se ubiquen. y si el principio de igualdad sirve para defender el nuevo modelo, tambien podría servir, a pesar de que el Estado autonómico es un Estado territorialmente descentralizado políticamente y que por ello puede ser diverso y desigual, para defender una igualdad de trato a nivel nacional en lo referente a la transmisibilidad *o* no de la autorización. Pero evitar supuestas diferencias desproporcionadas entre Comunidades Autónomas pasa porque el Estado, en uso de su título competencial para regular las condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, siente un común denominador legislativo sobre el tema que nos ocupa. ¿Es ésta una desigualdad que incide en las condiciones básicas?[50]

3. El marco del artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad y del 4 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia.

Acometo en este último apartado el estudio de *lege data*. Para ello nos situamos en el plano de la legislación vigente.

De un lado, tenemos el artículo 103.4 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, a cuyo tenor:

"4. Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público".

Este precepto, conforme al artículo 2.1 de la citada Ley, tiene la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16° de la Constitución.

Y también tenemos el artículo 4 de la ley 16/1997, de 25 de abril, del siguiente tenor literal:

"1. La transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse en favor de otro u otros farmacéuticos.

2. Las Comunidades Autónomas regularán las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos.

3. En los casos de clausura o cierre obligatorio de las oficinas de farmacia, por sanción de inhabilitación profesional o penal, temporal o definitiva, de cualquier índole, las Comunidades Autónomas podrán prever la prohibición de la transmisión de las citadas oficinas de farmacia, así como la intervención de los medicamentos."

Este artículo, conforme a la disposición final primera de esta Ley, también tiene la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución.

De otro lado, tenemos la Ley 2/1996, de 25 de junio, de Atención Farmacéutica de Extremadura y la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, que introducen drásticos cambios en el régimen jurídico de las autorizaciones de oficinas farmacéuti-

---

[50] Y *o entiendo que no. Es de hacer notar que el legislador estatal, en la Ley 16/1997, de 25 de abril, no ha hecho uso del título competencial del artículo 149.1.1 de la Constitución para la regulación que de la transmisión de oficinas de farmacia hace en el artículo 4° de la Ley.*

cas, configurándolas en personales e intransferibles. Las dos han sido dictadas con fundamento en el título competencial relativo a ordenación farmacéutica, que, como sabemos, se subsume en el de sanidad. Se trata, en consecuencia, de un desarrollo de la legislación básica sobre sanidad. Deberán por tanto, respetar el contenido de tal legislación básica.

A. El marco del artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad.

En la oficina de farmacia son distinguibles los aspectos relativos a la propiedad de la misma y los concernientes a su titularidad, pero por imperativo del artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad, ambos aspectos confluyen necesariamente sobre la misma persona, que debe tener la condición de farmacéutico. No es posible escindirlos desde el punto de vista subjetivo. El farmacéutico titular es propietario de la oficina de farmacia y ésta comprende o integra los elementos materiales necesarios para el desarrollo de la actividad y la autorización administrativa que la permite. Por consiguiente, el farmacéutico titular necesariamente es propietario de la autorización de la oficina de farmacia, además de todos o parte de los elementos materiales puesto que el local puede tenerlo arrendado. Derecho dominical que armoniza con el carácter privado de las oficinas de farmacia abiertas al público confirmado por el artículo 103.2 de la Ley General de Sanidad, al considerarlas establecimientos sanitarios a los efectos previstos en el Título IV de la Ley, Título que regula las actividades sanitarias privadas, y reforzado, a su vez, por el artículo l° de la Ley 16/1997, de 25 de abril. En suma, a tenor de la dicción del artículo 103.4 no parece que sea posible escindir los elementos materiales (local, medicamentos, etc.) del título administrativo que posibilita la actividad, al objeto de predicar la propiedad únicamente respecto de los elementos materiales. El dominio del farmacéutico titular recae sobre éstos y sobre la autorización administrativa. De facto, en los once años de vigencia de este artículo, ambos elementos siempre han sido susceptibles de transmisión por el farmacéutico titular a otro farmacéutico[51]. De ahí que aunque pudiera calificarse la autorización de personal, que en cierta medida lo es, aunque tampoco es totalmente asimilable a las estrictamente personales (licencias de caza, permisos de conducir, etc.), este precepto no impide su patrimonialización y libre transmisión, al menos, a otros farmacéuticos. Esta es, salvo mejor criterio, la teleología del artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad.

Pero ocurre que las dos leyes autonómicas referenciadas escinden la autorización administrativa y los elementos materiales, de suerte que mientras éstos sí forman parte del patrimonio privado del farmacéutico, por lo que puede transmitirlos onerosa o gratuitamente conforme al régimen jurídico que sea de aplicación, aquélla no se patrimonializa, por lo que no es susceptible de transmisión. La diferencia con respecto al artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad es sustancial.

La cuestión a dilucidar, por tanto, es si este régimen autonómico respeta tambien el artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad o si, por el contrario, lo vulnera abiertamente.

La articulación de la normación básica y de desarrollo autonómico se organiza, como es bien sabido, sobre la atribución a dos centros de poder político (Estado y Comunidad Autónoma) de la regulación global de una determinada materia. Siguiendo al Tribunal Constitucional, es de hacer notar que corresponde a la legislación básica establecer el marco de una política global sobre la materia de que se trata, pero sin que ello implique un uniformismo estricto, puesto que dentro de ese marco global son constitucionalmente posibles una diversidad de regulaciones (STC 64/1982, de 4 de noviembre), esto es, una acción de gobierno de cada Comunidad Autónoma en función de una política propia (STC 35/1982, de 14 de junio). Lo que corresponde a la legislación básica es establecer un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan (STC 71/1982, de 30 de noviembre, entre otras). En suma, *tras lo básico puede y debe jugar el particularismo y las políticas propias de cada Comunidad*[52]. De ahí que la ordenación básica no puede apurar, en su integridad, el régimen jurídico del sector de que se trate. Por lo demás, la articulación de estos dos ámbitos normativos no es una cuestión de jerarquía normativa, sino de esferas competenciales distintas.

Aplicando estas premisas a nuestro asunto, resulta que tenemos una norma básica que sanciona la patrimonialización por el farmacéutico titular de la autorización administrativa de oficinas de farmacia, pero absteniéndose de delimitar los contornos y el alcance de esa propiedad; labor que corresponderá a las Comunidades Autónomas en ese juego de legislación básica-legislación de desarrollo. Y la delimitación autonómica lo será en defensa de su propio interés general y en razón de sus propias políticas, hasta el punto de que serán posibles constitucionalmente distintas modulaciones o limitaciones en el concreto estatuto de la propiedad de que se trate al objeto de coordinar el interés privado con el general. En definitiva, el Legis-

---

[51] *No, sin embargo, por el cónyuge viudo no farmacéutico del farmacéutico titular. Al respecto, entiende el Tribunal Supremo (Sentencia de 30 de noviembre de 1991, AL 9194, entre otras muchas) que son aumibles* mortis causa *los bienes materiales pero no la autorización, que -dice literalmente- por ser personalísima, se extinguió con el fallecimiento de quien la ostentaba. Afirma el Tribunal Supremo que la titularidad no se puede heredar por la viuda porque nace en atención a circunstancias específicas de una persona, que desaparecen con el óbito de ésta. En suma, a estos efectos, las encuadra en la categoría de las autorizaciones personales.*

[52] *E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TR. FERNÁNDEZ,* Curso de Derecho Administrativo, *I, Cívitas, 1993, pág.. 289*

lador de este concreto tipo de propiedad delimitará su contenido de acuerdo con su función social.

La posición del Tribunal Constitucional sobre la pluralidad de estatutos del derecho dominical y de sus delimitaciones en razón de su función social, es inequívoca. En su Sentencia 37/l987, de 26 de marzo, dijo que:

"... la referencia a la "función social" como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o el interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir. Por ello, la fijación de "contenido esencial" de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que en éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Al filo de esta perspectiva, que es la adoptada por la Constitución, resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito"

Pues bien, como lógico corolario de las anteriores reflexiones, el Tribunal Constitucional termina aludiendo a la inevitable diversificación de la figura jurídica de la propiedad, con las siguientes palabras:

"La propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil... Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales... ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae"

Por su parte, el Tribunal Supremo ha evidenciado la especificidad de la oficina de farmacia, en su vertiente dominical, en razón del fin que se persigue y de la prevalencia del interés general. En su Sentencia de 24 de abril de 1973 (Ar. 1866) dijo:

"Que Oficina de Farmacia es una empresa cualificada por la tutela administrativa de su función social, y la propiedad de dicha oficina constituye concepto civil integrado como elemento en la estructura de orden administrativo donde radica su consistencia, de tal manera que propiedad de la empresa farmacéutica y título facultativo para desarrollar su actividad

completan unidad funcional indivisible como concepto de Derecho Administrativo".

Buena prueba de las posibilidades que tiene la Ley autonómica de introducir limitaciones en el estatuto del derecho de propiedad que nos ocupa de acuerdo con su función social, la tenemos en la Ley 1l/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica del País Vasco, en la que se priva a los intervinientes en la transmisión de la oficina de farmacia de la facultad de escogerse recíprocamente y de pactar entre ellos las condiciones de aquélla. Ciertamente, nos encontramos ante una evidente limitación del *ius disponendi* del propietario. Sin embargo, no se ha considerado una limitación excesiva ni que desfigure el negocio jurídico de compraventa, cuyos elementos esenciales conservan plena virtualidad[53]. En cualquier caso, no elimina el *ius disponendi;* no hay un vaciamiento del derecho de propiedad. Por consiguiente, es evidente que esta Ley no perturba el artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad, sino que lo desarrolla.

Pero también es indiscutible que la Ley no puede introducir cualquier alteración o limitación en el derecho de propiedad, ya que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial según exige el artículo 53 de la Constitución, contenido esencial que el Tribunal Constitucional concretó en la siguiente forma en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo:

---

[53] *Así lo ha manifestado la institución del Defensor del Pueblo en su Resolución de 13 de octubre de 1994 adoptada con motivo de las solicitudes de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley vasca.*

"...Es cierto, en cualquier caso, que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y que, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias. Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como recognosciblidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable...".

Según L. DÍEZ-PICAZO[54], el Tribunal Constitucional, para alcanzar esta concepción del "contenido esencial" maneja un punto de vista dogmático ya que acude a la idea de recognoscibilidad del derecho como perteneciente a un determinado tipo en el momento histórico de que se trate. Y para este autor, desde el punto de vista dogmático, un derecho de propiedad sólo es recognoscible como tal si en él se produce la conjunción de los clásicos *ius utendi, ius fruendi y ius disponendi.* No es posible -afirma- una configuración legislativa del instituto de la propiedad en que este esencial contenido quede amputado. No es posible configurar una propiedad con la privación del *ius disponendi.* No se puede convertir la propiedad en una concesión administrativa. Su constitucionalidad pasaría, en todo caso, por la expropiación.

Si esto es así, habrá de convenirse que las Leyes extremeña y castellano-manchega no desarrollan el artículo 103.4 de la Ley General de Sanidad, sino que más bien lo alteran en cuanto desdibujan sustancialmente el régimen de propiedad instituido por dicho artículo al privar al farmacéutico de un elemento: el *ius disponendi* sobre el título administrativo. Si entendemos que este elemento forma parte de ese contenido esencial infranqueable para el legislador, la consecuencia sería su inconstitucionalidad por vulnerar el Bloque de la Constitucionalidad. Y, ciertamente, es un elemento decisivo, pues sin él el valor económico de los elementos materiales queda sustancialmente envilecido.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en 1994 incorpora matices nuevos a la construcción de 1987. En efecto, en su Sentencia 89/1994, de 17 de marzo, dice:

"Este Tribunal ha declarado (STC 37/1987) que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a los valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad social o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. Ello supone que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (así arts. 40.1, 45.2, 128.1 Y 130.1, entre otros). Por ello, corresponde a legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación a cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como recognoscibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho.

Incumbe así al Legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales".

Esta Sentencia, abordando también el contenido esencial desde la perspectiva no unitaria, deja claro que el derecho de propiedad es creado por la Constitución y es ordenado por la Ley, de suerte que la propiedad será 10 que el legislador diga que sea. Como expresivamente dice el Magistrado RODRÍGUEZ BEREIJO en el voto particular emitido a esta Sentencia:

"En la Sentencia de la que di siento viene a dejarse en manos del Legislador ordinario, en aras de la función social de la propiedad, la definición del contenido esencial de las propiedades o distintos tipos de categorías de propiedad, al establecer para cada una de ellas su propio y específico régimen jurídico, reconociéndole, además, una gran disponibilidad o libertad de configuración. En definitiva, el contenido esencial del derecho de propiedad, según el tipo o categoría, será 10 que el propio Legislador diga en cada momento y según el criterio dominante en cada momento histórico.

Así, huérfano de todo referente <e Constitucione>, la garantía institucional que para el derecho de propiedad representa el concepto de <contenido esencial> (art. 53.1 CE) se desvanece y volatiliza.

No creo, pues, por todo lo dicho, que pueda compartirse la afirmación que sostiene el Abogado del Estado en sus alegaciones, y que parece inspirar también el enfoque dogmático de la sentencia, de que

---

54 *"EI derecho de propiedad privada en la Constitución" en* Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. Garda de Enterrza, *Tomo II, Cívitas, 1991, págs. 1263 a 1265.*

la consideración de la función social como conformadora del contenido mismo del derecho nos exime de una indagación exhaustiva de la proporcionalidad o razonabilidad de la norma o de la prueba de sus presupuestos fácticos; bastará que la finalidad de la norma examinada se inserte con naturalidad en la función social para determinar la constitucionalidad de la misma".

En linea con esta idea de que el contenido esencial debe dejarse en manos del legislador ordinario, puede considerarse constitucional la eliminación parcial[55] del *ius disponendi* de las oficinas de farmacia instituido por las Leyes extremeña y castellano-manchega, porque, a fin de cuentas, estaríamos hablando de un "contenido esencial" de las diferentes propiedades, para cuya configuración legislativa no habría más límites a la acción del legislador que su admisibilidad de acuerdo con el criterio dominante en el momento histórico que se produzca. Estas Leyes 10 único que hacen es suprimir uno de los varios elementos que componen el tipo liberal de propiedad para configurar una determinada categoría atendiendo a su función social: la de oficinas de farmacia. Recordemos que el artículo 103.4 habla de propiedad pero no delimita su contenido.

Pero tanto en la Sentencia de 1987 como en la de 1994, el Tribunal Constitucional obliga al legislador a delimitar el contenido del derecho sopesando equilibradamente la utilidad privada de su titular y la utilidad social que corresponda al objeto o bien sobre el que recae el dominio. ¿Logran las Leyes extremeña y castellano-manchega ese equilibrio entre utilidad individual y utilidad social? Creo que sí.

Ciertamente, de esta formulación surge un conflicto entre el interés dominical del titular de la oficina de farmacia que mantiene la utilidad económica del derecho *(ius fruendi)* pero se le priva de la posibilidad de transmitir la autorización administrativa *(ius disponendi),* y la necesidad de garantizar la efectividad de los principios de igualdad, concurrencia, mérito y capacidad en el acceso a la titularidad de oficinas de farmacia, que impone el interés público. Pues bien, esta colisión de derechos e intereses debe resolverse siempre en favor del interés público -recordemos que el Auto de 23 de marzo de 1997 del Tribunal Constitucional advierte que frente a la restricción que, sin duda, supone la prohibición de transmisión de la autorización para el titular farmacéutico, son otros muchos los bienes e intereses dignos de protección que el legislador autonómico ha de ponderar-. Desde esta perspectiva, es una solución válida. Dura, sin duda, atendiendo a los intereses dominicales de los titulares de la oficina de farmacia, pero no por ello arbitraria o desproporcionada.

En efecto, a mi juicio, existe una adecuada proporción entre la limitación a la propiedad y los fines perseguidos. Resulta proporcionada porque actualmente el elemento económico es el factor exclusivo determinante de la sucesión en la titularidad de las oficinas de farmacia abiertas al público y es obvio que la capacidad económica no acarrea *per se* una mayor capacidad profesional. Para salvar estos escollos y alcanzar la deseada igualdad de oportunidades en el acceso, así como la promoción de la mayor calidad de la atención farmacéutica mediante la determinación del orden de preferencia en la transmisión únicamente sobre la base de los méritos profesionales, el Legislador autonómico bien puede optar por impedir la transmisibilidad de la autorización. Y esta prohibición repugna aún menos si entendemos, como incluso lo ha hecho el Tribunal Supremo[56], que las autorizaciones de oficinas de farmacia son personales, pues ya sabemos que toda la doctrina científica es coincidente en considerar que esta clase de autorizaciones no son susceptibles de libre transmisión pues la entrada en juego de un nuevo titular equivale a un otorgamiento *ex nava* de la autorización primitiva..

La solución aportada por el País Vasco supone un gran paso adelante en esta dirección, pero, ciertamente, el elemento económico sigue jugando un papel determinante. De ahí que los legisladores extremeño y castellano-manchego hayan dado un paso más optando por impedir la transmisión y por legislar el acceso a oficinas de farmacia, tanto las nuevas como las ya abiertas al público[57], mediante concurso abierto en el que se valoran exclusivamente méritos profesionales. Queda así definitivamente excluido cualquier componente económico que pudiera reputarse de discriminatorio[58] respecto de una autorización que se otorga conforme al derecho público.

Por lo demás, el test de proporcionalidad entre el sacrificio y el fin perseguido se supera definitivamente, si al sacrificio que supone la no transmisibilidad de la autorización se acompaña el reconocimiento de un derecho a pensión suficiente de jubilación, viudedad y orfandad, en el régimen de protección social que corresponda.

B. El marco del artículo 4.1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril.

Recordemos que su tenor literal es el siguiente: "la transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse en favor de otro u otros farmacéuticos".

La hipotética transmisión de los elementos materiales y de la autorización administrativa de oficinas de farmacia entre farmacéuticos en nada incide o altera la organización de los servicios farmacéuticos existentes en un determinado núcleo de

---

55 *Lo es respecto de la autorización, no respecto de los elementos materiales.*

56 *Sentencia ya citada de 30 de noviembre de 1991.*

57 *Salvo, lógicamente, la primera transmisión de las ya abiertas.*

58 *El listado de supuestos discriminatorios del artículo 14 de la Constitución no es cerrado, por lo que cabe la discriminación por razones de capacidad económica.*

población, pues el número de farmacias y su distribución seguirá siendo el mismo. Sólo la mayor o menor profesionalidad del farmacéutico adquirente podrá incidir en la mayor o menor calidad del servicio farmacéutico. De ahí que la transmisión de oficinas de farmacia, contemplada en sí misma, es difícilmente incardinable en las bases y coordinación general de la sanidad, Y si, como ya hemos comprobado, el estatuto de la propiedad de las oficinas de farmacia no forma parte del ámbito material de lo básico en sanidad, su regulación corresponderá a las Comunidades Autónomas en uso de sus competencias legislativas sobre ordenación farmacéutica. Y lo harán conforme a sus propios modelos de organización y gestión sanitaria en razón de una concreta opción política, hasta el punto de que podrán coexistir diversos modelos de ordenación farmacéutica y, por ende, distintas opciones en orden al tema de la transmisibilidad de las oficinas de farmacia.

Sentado lo anterior, el alcance que exclusivamente es posible reconocer a la dicción del artículo 4.1 es que ratifica el tradicional criterio legislativo de que la transmisión, caso de darse, sólo puede hacerse en favor de otro u otros farmacéuticos, nunca en favor de una sociedad anónima o de una persona física no farmacéutica. Puede decirse que se sitúa en al mismo plano que el articulo 103.4 de la Ley General de Sanidad. Ambos artículos se complementan en cuanto uno determina que sólo los farmacéuticos pueden ser propietarios y titulares de oficinas de farmacia y el otro, consecuentemente, establece que su transmisión, caso de darse, sólo puede hacerse entre farmacéuticos. Son aceptables estas determinaciones con el carácter de básicas en el entendido de que con ellas se incide directamente en el ámbito de lo sanitario al hacer descansar los servicios farmacéuticos sólo en manos de los profesionales del sector, asegurando así la calidad del servicio. Pero ahí termina su alcance y contenido. En efecto, estos preceptos, de un lado, exigen que las autorizaciqnes de oficinas de farmacia sólo sean otorgables a farmacéuticos y, de otro, regulan un requisito atinente a la cesión, traspaso o enajenación de farmacias, pero no sancionan ni validan en todo el territorio del Estado el derecho de los titulares a la transmisibilidad de las autorizaciones administrativas de oficinas de farmacia porque, de hacerlo, estarían invadiendo el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas sobre ordenación farmacéutica. Ésta es la única interpretación constitucional que cabe hacer del artículo 4° de la Ley 1671997, de 25 de abril, desde la óptica de las bases de sanidad, que es en las que se apoya[59].

Si la *mens legis* del artículo 4° fuera la de generalizar en todo el Estado el derecho de los titulares farmacéuticos a la transmisión de su oficina de farmacia con todos los elementos que la integran (bienes materiales y autorización administrativa), evitando así supuestas diferencias desproporcionadas entre Comunidades Autónomas en la regulación del estatuto de la propiedad de oficinas de farmacia, su cobertura debería descansar en el título competencial que atribuye al Estado el artículo 149.1.1 de la Constitución, esto es, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos (en este caso el de la propiedad). Pero la Ley, acertadamente a mi juicio por lo dicho en el epígrafe Y.2. D de esta ponencia, elude el título competencial del artículo 149.1.1 Y hace descansar el carácter básico del artículo 4° sólo en el del artículo 149.1.16. Resulta evidente, pues, que no es su intención sentar un común denominador legislativo sobre el estatuto de la propiedad de las oficinas de farmacia al objeto de garantizar la igualdad de todos los titulares de farmacias en sus derechos dominicales sobre estos establecimientos.

Por todo lo dicho, serán las Comunidades Autónomas las que libremente decidirán sobre la transmisibilidad o no de las autorizaciones administrativas de oficinas de farmacia, disociándolas, si es preciso, de los elementos materiales, que sí serán transmisibles. Y sólo aquellas Comunidades Autónomas que opten por la transmisibilidad de la autorización, la regularán conforme al marco fijado por el artículo 4 de la Ley 16/1997, de 25 de abril.

---

[59] *Sin embargo, no parece entenderlo así el Grupo Parlamentario Popular, pues el señor Burgos Gallego, en la fase de fijación de posiciones sobre las enmiendas del Senado al proyecto de Ley, como portavoz de dicho Grupo dijo lo siguiente:* En relación al artículo *4",* creemos que el Senado también ha hecho una aportación interesante con la regulación de la transmisión de las oficinas de farmacia. Seguro que su grupo parlamentario es consciente de la relevancia que tiene esta cuestión de la transmisión de las oficinas de farmacia; lo digo porque ustedes, en alguna Comunidades Autónomas, han puesto en cuestión lo que es básico y esencial, un componente fundamental del modelo de oficina de farmacia vigente en este país hasta el momento. Precisamente en la linea de mantener esa transmisión de las oficinas de farmacia como un aspecto básico para todo el Estado y, además, estableciendo las garantías de que sólo habrá una excepción a esa transmisibilidad, y es la derivada de la incompetencia o de la falta de calidad en el servicio farmacéutico, mi grupo parlamentario ha tenido un norte muy claro a la hora de tramitar este proyecto de Ley, que ha sido exigir el máximo de calidad en el servicio, _l máximo de responsabilidad a los profesionales farmacéuticos y el máximo nivel de garantías en la prestación farmacéutica para los usuarios, y es importante que quede claro que, también en la transmisión de las farmacias, quienes no estén a la altura de las circunstancias en estas exigencias, tampoco podrán transmitir su farmacia en las condiciones previstas por la normativa vigente. *Boletín Oficial de Las Cortes Generales (Congreso de los Diputados). Serie proyectos de Ley, n° 73, de 10 de abril de 1973, pág. 3600.*

PROPIEDAD Y TITULARIDAD UNIDAS: UNA GARANTINA SANITARIA

JUAN MANUEL REJOL TEJADA
Doctor en Farmacia

Agradezco a la Asociación Juristas de la Salud que, con ocasión de estas "Jornadas sobre Ordenación Farmacéutica: Presente y futuro de las Oficinas de Farmacia", me hayan invitado a participar en ellas junto a tan distinguidos juristas y profesionales del Derecho.

Como el tema es en sí mismo difícil, voy a presentar los argumentos en transparencias que proyectaré a continuación. Creo las mismas son lo suficientemente expresivas como para no necesitar más textos de apoyo que los que ya se incluyen y que, además, tienen la ventaja de esquematizar los argumentos.

Las opiniones siguientes se hacen en el máximo respeto a los Parlamentos extremeño y castellano-manchego y, por supuesto, a la Sentencia que en su día dicte el Tribunal Constitucional.

EL ACTUAL MODELO DE OFICINA DE FARMACIA

1º) CONCORDANTE CON EL EUROPEO

-Excepción Gran Bretaña ---- No hay precedente de "concesión administrativa".

2º) LA APERTURA DE OFICINAS DE FARMACIA

se hace según "autorización reglada" y basada en razones sanitarias para garantizar

- Accesibilidad (equidad)
- Calidad, seguridad y eficacia del medicamento
- La no desviación extraterapéutica.

3º) RESPALDADO POR LEGÍTIMAS RAZONES ECONÓMICAS

- No hay iniciativa de oferta (prescripción)
- La demanda es "inelástica" al estímulo precio (sin perjuicio de conciertos

LA POLÉMICA

Por la presión capitalista
Por el "error" socialista.
Por la necesidad de reformas.
Por la falacia del "paro" (no hay falta de Oficinas de Farmacia, hay exceso de alumnos)

LOS MODELOS DE OFICINA DE FARMACIA

MODELOS	IDEOLOGÍA
1º) Modelo capitalista	Capitalista:
Disocia propiedad-titularidad Desregula la apertura de Farmacias	El principio de la rentabilidad económica por encima del carácter sanitario
9	
Lleva a la Autorización Administrativa ----------	Raíz Económica y perfil profesional asalariado
Incompatible, en último extremo, con un sistema de Estado de Bienestar (EE.UU.)	Presión: Grandes superficies (O.T.C.…)
2º) Modelo intervencionista	Socialista:
Disocia propiedad-titularidad Regula la apertura de Farmacias Regula el acceso de modo maximalista	El Estado por encima de la Sociedad Civil Raíz estatalizante y perfil funcionarial Presión: Izquierda (¡Paradoja: camino al capitalismo!)
9	
Lleva a la Concesión Administrativa o al "Servicio Público" (stricto sensu)	**Parados: caso aparte**
3º) Modelo Liberal profesional	Liberal
No disocia propiedad-titularidad Regula la apertura de Farmacias Regula el acceso (primus in tempus o circunstancias)	El individuo, en el marco de la Ley, por delante del Estado y del capital y el estímulo económico.
9	
Lleva a la Autorización Administrativa --------	Raíz sanitaria y perfil profesional.
Compatible con el Estado de Bienestar	

A) EL MODELO CAPITALISTA: CONSECUENCIAS

Modelo capitalista

✳ Sólo Gran Bretaña en la U.E.

• 50% más habitantes	50% menos Oficinas de Farmacia que en España
• 12.000 Farmacias	10.000 Inglaterra; 2.000 Escocia y Gales 7.500 Farmacias privadas — 4.500 cadenas
• Aperturas	Prácticamente nulas. Plan viabilidad
• No descuentos	

En resumen:

• Accesibilidad	Inferior (Desertización)	
• Ahorros consumidor	Nulos	
• Empleo	No	
• Gasto Público	Ahorro	Se asigna una cantidad fija para el Servicio Farmacéutico, independientemente del número de Farmacias. ¡Por eso no se abren nuevas!
	Gasto	Subvención: Rurales y Zonas deprimidas

B) EL MODELO SOCIALISTA

LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA EXIGE PREVIAMENTE UN DEBATE SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO

- El poder legislativo puede reservar una actividad al Servicio Público.
- Esta es una potestad que en el marco político y constitucional se utiliza con carácter restrictivo.
- Se admite, sin embargo, que los Poderes Públicos regulen ciertas actividades privadas por su "naturaleza de:
  - Actividad privada de interés público
  - Servicio público impropio o virtual
- En todo caso, la intervención no pasa de establecer determinados requisitos pero sin desvirtuar la íntima condición y derechos de actividad privada.
- Tal actitud, aún así, está llena de críticas y autocríticas al intervencionismo.

LAS LEYES Y LAS ACTIVIDADES PRIVADAS

El carácter restrictivo en la asignación de Servicios al Sector Público

Actividades Privadas

Art. 35-36 de la CE	- derecho al trabajo y a la libre elección profesional.
Artículo 38 de la CE	- Libertad de empresa
(Art. 33 de la CE	- Expropiación con indemnización por Ley motivada)

Servicio Público

Art. 128-2	- Por Ley reserva al Servicio Público ciertos servicvios

La actividad profesional en la Oficina de Farmacia

Ley 14/1986 de Sanidad

Art. 88 y 89	- Reafirman la aplicación a la Sanidad de los Art. 35-36 de la CE
Art. 103.2	- Establecimiento sanitario privado
Art. 103.4	- Sólo los farmacéuticos propietario y titulares

Ley 16/1997 Servicio Farmacéutico

Art. 1	- Establecimiento sanitario privado según Ley de Sanidad
Art. 4	- Transmisión sólo entre farmacéuticos.

Ley de Extremadura

Art. 3	- La Oficina de Farmacia es un establecimiento sanitario de interés público.
Art. 6	- La autorización administrativa caduca a los 70 años
Art. 14	Prohibe venta, cesión, traspaso….. (Similar Ley Castilla-La Mancha)

Vulnera Artículos Básicos de la Ley de Sanidad

LAS AUTORIZACIONES Y LAS CONCESIONES

Definiciones

Es fundamental precisar estos dos conceptos. La concesión administrativa supone previamente que la actividad esté reservada por Ley al Servicio Público

AUTORIZACIÓN

"Las autorizaciones son una declaración de voluntad con la cual un sujeto o un órgano de la Administración pública permita que otros ejerciten un derecho o poder propio, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio en relación al interés específico que el sujeto autorizante debe tutelar ". (F. Garrido Falla)

"Acto ampliatorio en virtud del cual se constata que existen las circunstancias necesarias para el surgimiento y ejercicio de un derecho general". (R. Martín Mateo)

CONCESIÓN

"Las concesiones traslativas implican la subrogación del particular en las facultades de gestión o disfrute de que la Administración pública es titular en relación con el servicio público o el dominio público (concesión de servicios públicos y concesiones sobre el dominio público)".

"Sólo las concesiones traslativas responden con todo rigor a las exigencias del concepto". (F. Garrido Falla)

Características

Derecho preexistente en el solicitante.

REMUEVE el obstáculo para el ejercicio de aquel derecho.

Valora la oportunidad y comprueba las circunstancias.

TRASLADA un derecho al particular del que antes carecía.

Otorga un privilegio.

LA AUTORIZACIÓN REGLADA DE ACTIVIDADES PRIVADAS

La autorización reglada de la actividad no altera la naturaleza y condición privada de la Oficina de Farmacia

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

S. 03-05-83	
S. 04-03-85	"Actividad privada intervenida en su ejercicio por la Administración"
S. 03-12-86	
S. 21-02-86	
S. 30-09-86	"Actividad privada de interés público"
S. 19-06-88	
S. 04-04-87	Una Oficina de Farmacia "es algo más que un establecimiento sanitario donde realizan dichas actividades y prestaciones, es una empresa mercantil constituida por un conjunto de elemento materiales –entre los que cabe resaltar el local o base física de la misma- técnicos, para el adecuado ejercicio de dicha profesión, y humanos cuales son el farmacéutico y la clientela. Como tal empresa tiene un tratamiento unitario.
S. 18-01-89	"La Farmacia se integra en la esfera jurídico-privada patrimonial del farmacéutico" (lo que condiciona su transmisibilidad "inter vivos" y "mortis causa"

LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA AUTORIZACIÓN REGLADA

En definitiva la LEY ha fijado ciertos requisitos, manteniendo el carácter de actividad privada, para autorizar la apertura de Oficina de Farmacia.

Tal regulación es constitucional: Sentencia tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio.

"Nada hay en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de Oficinas de Farmacia …, pues el legislador puede legítimamente considerar necesaria … aquella regulación para servir otras finalidades que considere deseables"

EN DEFINITIVA:

- La actividad profesional privada en Oficina de Farmacia se basa en preceptos constitucionales. Art. 35, 36 y 38.
- El Estado no ha hecho reserva alguna para recabar que la titularidad de esa actividad pase al Servicio Público en aplicación del Art. 128-2 de la CE.
- Al contrario, las Cortes Españolas han legislado, con carácter básico, la naturaleza privada de esa actividad: Art. 103 de la Ley de Sanidad en conexión con los Art. 88 y 89 de la misma.
- No puede haber, pues, "concesión administrativa" alguna, es decir, TRASLADO de un derecho privativo de la Administración, inexistente.
- El Estado se limita a REMOVER determinados obstáculos –requisitos-, exigibles en virtud de la actividad sanitaria de la Oficina de Farmacia, que previamente ha señalado para la mejor garantía de ese servicio de interés general, efectuando una "autorización reglada".
- La "autorización" deja intacta la condición privada y sus consecuencias jurídico-patrimoniales.

DEBATE SOBRE LOS MÉRITOS

Podría pensarse, por algunos, que las Leyes de Extremadura y Castilla-La Mancha pudieran haber formulado su modelo de Concesión Administrativa de un Servicio Público, en virtud de que la adjudicación de Oficina de Farmacia se hace según un baremo de méritos.

La crítica a tal postura es contundente:

1º) La Sentencia del tribunal Constitucional 83/1984 declara constitucional el R.D. 909/78 que incluía un baremo integrando ese factor entre los que pueden tenerse en cuenta en la autorización reglada sin que ello signifique pérdida de la condición de actividad privada.

2º) No se puede confundir

El todo	actividad privada	**La cuestión objetiva**	regular la actividad farmacéutica
con		con	
la parte	acceso a la misma	**las condiciones subjetivas**	inherentes al farmacéutico

3º) Si los méritos justificasen la C.A. llegaríamos al sigiente absurdo:

Acceso por mérito	Concesión Administrativa
Acceso por distancias	Autorización reglada

La Concesión Administrativa no está motivada por los MÉRITOS, sino por la expresa declaración de la naturaleza de SERVICIO ÚBLICO de la actividad.

LA COMPARACIÓN LEY 16/1997 Y LA LEY EXTREMEÑA

LA LEY 16/1997	LA LEY DE EXTREMADURA
Art. 3 – Autorizaciones Administrativas	**Art. 11 – Procedimiento de Autorización**
Tramitación: Principios de publicidad y transparencia	La Exposición de Motivos dice que el baremo evita el cierre para los demás farmacéuticos de un núcleo de población.
(La retórica funcionarial: mérito, capacidad… ha desaparecido)	Falso: subsisten habitantes y distancia en la L.E. En definitiva "núcleo" por pequeño que sea.
	Valora, entre otros "méritos", empadronamiento en Extremadura.
	Vulnera el Art. 149.1.1. de la CE. Igualdad de derechos de todos los españoles.

LA COMPARACIÓN CON LAS NOTARÍAS

NOTARÍAS	OFICINA DE FARMACIA
Se accede a la condición de Notario con examen.	Se tiene –preexistente- la condición de farmacéutico
Se valoran conocimientos con un examen.	Se valoran circunstancias curriculares.
Si hay un solo opositor no se le adjudica automáticamente el título.	Si concurre un solo farmacéutico se le autoriza, obligadamente, el ejercicio profesional.
Se ejerce una Función Pública.	Es una actividad sanitaria privada empresarial y se accede al ejercicio de la misma.

LA FALACIA DE LA "AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA" DE LAS LEYES DE EXTREMADURA Y CASTILLA-LA MANCHA

La Ley de Extremadura (y similar la de Castilla-La Mancha) definen, "de facto", una Concesión Administrativa.

- Evitan señalar el carácter privado de la Oficina de Farmacia ……..….... Art. 3
- Disocian propiedad de titularidad ……... Art. 6
- Prohíben en cualquier tipo de enajenación ……. Art. 14

Rompen todas las condiciones de actividad privada y sus jurídico-patrimoniales que respetan las Autorizaciones regladas.

No es una Autorización Administrativa → Es una Concesión Administrativa ilegal e imposible

Declaración "clandestina" de Servicio Público → "traslado" del derecho público a los particulares → "Expropiación" sin indemnización –confiscación- del patrimonio jurídico-patrimonial.

LAS CONSECUENCIAS DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

1º) Sanitarias

2º) Políticas y económicas: El "error" socialista

Tentación de la "subasta":	Las Administraciones no entenderán que algo "suyo", otorgado por Concesión Administrativa, se adjudique "gratis".
Amenaza de "subvención":	Los farmacéuticos titulares –cuasi funcionarios- no tendrán estímulos para introducir mejoras no realizables en el traspaso y exigirán "subvenciones" y pago por servicios y ubicación: guardias y zonas deprimidas.
Camino al capitalismo:	Al final la burocracia, los gastos públicos y la contradicción entre modos capitalistas y socialistas romperán el modelo:
	Desregulación → Capitalismo

3º) Sociales

Una licencia bancaria Una licencia Colegio Privado Una licencia taxi	Una botica de pueblo
Son autorizaciones transmisibles	No es transmisible (luego es una C.A.)

¡Excelente ejemplo de política socialmente avanzada!
¡El dinero justifica el traspaso – la actividad farmacéutica lo impide!

RESUMEN

La crítica al modelo actual es inconsistente:

- El carácter económico de la Oficina de Farmacia es incompatible en un S.N.S.
- No es verdad:
  - Gran Bretaña mantiene una Farmacia ¡capitalista! Y fue pionera en el S.N.S.
  - El componente económico es inherente al ejercicio profesional farmacéutico, en su materialización establecimiento y venta, desde los más remotos tiempos.
  - Los precios de los traspasos son debidos al desequilibrio oferta-demanda. En Francia sólo 0,87 de la cifra de ventas, consecuencia de una demanda baja.
  - Los traspasos pueden 'ordenarse' (Ley País Vasco, aunque mejorable) sin desvirtuar la condición privada.
  - El S.N.S. es monpsónico, impone condiciones y conciertos.

EN DEFINITIVA:

1) Es aberrante –legal o "clandestinamente"- reservar la actividad de la Oficina de Farmacia al Servicio Público y adjudicar el ejercicio de aquella por la vía de la Concesión Administrativa.

2) El modelo corresponde a una ideología intervencionista obsoleta que antepone el estado a la Sociedad Civil y sus perfiles son estatalizantes y funcionariales.

3) No hay en la U.E., ni en las sociedades avanzadas, precedentes históricos, ni legales.

4) En este modelo no cambia la situación de "parados" porque:
- no se adjudicarán nunca suficientes farmacias
- el problema no es que falten Oficinas de Farmacia sino que sobran alumnos.

EL MODELO LIBERAL PROFESIONAL

LA REFORMA SIN DESTRUIR EL MODELO: LA LEY 16/1997

- Carácter privado de la O. de F.
- Derechos jurídico-patrimoniales (Transmisión)
- Autorización reglada
- Acceso según principios
  - publicidad
  - transparencia

- ART. 1. Básico (Por remisión a la Ley de Sanidad)
- ART. 4. Básico
- ART. 3. Por referencia a los otros artículos y el contexto, la autorización reglada es el único modelo posible.

ANEXO

Los textos de los artículos anteriormente señalados de la Ley 16/97 son los que a continuación siguen:

Artículo 1. Definición y funciones de las oficinas de farmacia.
"En los términos recogidos en la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas, en las que el farmacéutico titular-propietario de las mismas asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares, deberá prestar los siguientes servicios básicos a la población:
----------"

Artículo 3. Autorizaciones Administrativas.
"2. La autorización de nuevas oficinas de farmacia se tramitará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia, previo el procedimiento específico que establezcan las Comunidades Autónomas, en el que se podrá prever la exigencia de fianzas o garantías que –sin perjuicio del respeto a la seguridad jurídica y la correcta tramitación de los procedimientos- aseguran un adecuado desarrollo, en tiempo y forma, de las actuaciones".

Artículo 4. Transmisión.
"1. La transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse a favor de uno u otros farmacéuticos".

La Ley fue publicada en el Boletín Oficial con posterioridad a la fecha de celebración de las Jornadas. Sin embargo, el texto definitivo había sido anteriormente aprobado en el Congreso de los Diputados y era conocido por el autor.

LA PLANIFICACION FARMACEUTICA

AMADEO PETITBÓ JUAN
Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

Estas Jornadas se refieren al presente y al futuro de las oficinas de farmacia. Estoy absolutamente convencido de que lo que voy a decir tiene más que ver con el futuro que con el presente. No en vano la institución que presido además de analizar, con el mayor rigor posible, los problemas actuales, hace propuestas de modificación de normas -de normas restrictivas de la competencia, por supuesto-, tomando como referencia, por una parte, la racionalidad económica, y, por otra parte, algo tan importante -o quizás más- como es la defensa de los intereses públicos. Otros quizá se referirán a la continuación del pasado, de un pasado poco moderno y caracterizado por la existencia de significativas rentas de monopolio.

Estoy convencido de que el informe que el Tribunal de Defensa de la Competencia remitió al Gobierno hace unos años sirvió para iniciar y animar un debate sobre un sector que miraba, en el mejor de los casos, al presente. Pero todavía miraba mucho al pasado y amparaba sus argumentos en el análisis y en la proyección del pasado. Sin embargo, el hecho más significativo es que miraba poco al futuro. Además, no tomaba suficientemente en consideración las experiencias positivas, desde el punto de vista de la profesión del farmacéutico, tanto en el sentido de contribuir a reducir el gasto público y el gasto privado, como también en el de mejorar la salud de los enfermos, contribuyendo de esta forma a mejorar su calidad de vida. Ha habido poca relación entre los farmacéuticos y el sistema general de la salud. Tengo alguna experiencia al respecto. Y este hecho, que es un reflejo de cuanto decía en relación con el olvido del futuro de la profesión farmacéutica, conlleva costes privados y sociales significativos.

En el informe que el Tribunal hizo en su día y remitió al Gobierno se defendía al farmacéutico como profesional farmacéutico. Y se reivindicaba el cumplimiento de todas las funciones que corresponden al profesional farmacéutico. Ello es lógico y coherente en una profesión que ha invertido mucho tiempo en las aulas universitarias. Sin embargo, lo que discutía el Tribunal, discute y continuará discutiendo no es tanto la actividad del farmacéutico como profesional de la salud, sino el aspecto comercial de la distribución de los medicamentos ligado a la profesión farmacéutica. Se trata de una cuestión fundamental. El aspecto profesional de la actividad farmacéutica no se refiere a la actividad comercial. Ambas cuestiones -aunque coexisten en muchos casos- son totalmente distintas y deben ser analizadas de forma distinta. La cuestión sanitaria, como es lógico, no tiene que ver con la competencia, a diferencia de la actividad comercial. Al hablar de competencia me refiero, fundamentalmente, a los dos elementos básicos que configuran un sistema de competencia. Tales elementos son, por una parte, las barreras de entrada o de salida y, por otra, el proceso de determinación del precio del producto que se vende. Estas cuestiones están presentes en la actividad desarrollada por cualquier establecimiento comercial de naturaleza mercantil, entre los que se incluyen las oficinas de farmacia.

En el sector de la distribución de productos farmacéuticos, como ocurre en otros sectores de la economía española -estancos, quioscos en algunos lugares o gasolineras en algunas zonas, por ejemplo-, se dan estas dos circunstancias simultáneamente. En primer lugar, limitaciones a la libertad de determinación de los precios. En el caso de las oficinas de farmacia tales limitaciones se imponen no únicamente por la autoridad sanitaria en cumplimiento de su función reguladora sino también por los estatutos de los propios colegios de farmacéuticos. Y, en segundo lugar, unas barreras de entrada que se concretan en referencias al número de habitantes y a las distancias entre oficinas de farmacia. En el caso de los establecimientos farmacéuticos se conocen algunos casos que pueden calificarse de manifiestamente grotescos y claramente alejados de la racionalidad económica. ¿Por qué un farmacéutico no puede ampliar su oficina de farmacia cuando entra dentro del área que corresponde a otro farmacéutico? Parece difícilmente aceptable la rígida aplicación de unas normas que en sí mismas son discutibles. Esta realidad, perfectamente contrastable, tiene poco sentido desde el punto de vista de la racionalidad económica. Contribuye a reducir la eficiencia y perjudica a los ciudadanos. La salud poco tiene que ver con los agrimensores.

Las críticas efectuadas al análisis económico realizado por el Tribunal en su Informe sobre la distribución minorista de

medicamentos no se sostienen. Cualquiera que haya leído detenidamente el Informe del Tribunal comprobará que los planteamientos que se defendían se apoyan en la racionalidad económica. El discurso del Tribunal es respetuoso con la eficiencia y la defensa de los intereses públicos. Los argumentos del Tribunal pueden ser opuestos a otros planteamientos, pero no caben los maniqueísmos. El razonamiento no tiene nada de "liberalismo salvaje". Hay que prestar mucha atención a tales argumentos y a las ideas expresadas en el Informe. Por ejemplo, el Tribunal no defiende ni defenderá cualquier forma de expropiación de los bienes de los farmacéuticos. Pero tampoco es partidario de una organización que no considere la racionalidad económica y la defensa de los intereses públicos como cuestiones fundamentales. Somos partidarios, en cualquier caso, de que si es posible racionalizar una actividad mediante la utilización de los mecanismos que ofrece la competencia deben hacerse las propuestas pertinentes. Y, en el caso del Tribunal, la forma de llevar a la práctica esta obligación fue la redacción del Informe que remitimos al Gobierno proponiendo la remoción de determinadas normas por ser contrarias a la competencia y a la defensa de los intereses públicos, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Defensa de la Competencia.

La historia y el análisis económico permiten aclarar muchas cuestiones. La apertura de los mercados va en favor de la historia y encaja perfectamente con lo que nuestras autoridades políticas manifiestan casi cotidianamente. Pero debo decir también que si hay algo difícil en el campo de la política económica es introducir competencia en los sectores regulados o sustituir un monopolio por otro mecanismo en el cual la competencia actúe como elemento asignador de los recursos. Y tales dificultades son explicadas perfectamente por los manuales de teoría económica y reconocidas por los países, tal y como se pone de manifiesto en los documentos de la OCDE. Los manuales de economía dicen que las situaciones restrictivas de la competencia conllevan rentas que, simplificadamente, podemos calificar de rentas de monopolio. Y dado que quien dispone de rentas de monopolio desea continuar disfrutando de las mismas organiza los oportunos *lobbys y* grupos de presión e interés correspondientes para que las cosas permanezcan inalteradas el mayor tiempo posible. No creo que sea el momento de extenderse más en esta cuestión. Pero no hay duda acerca de que en el sector de la distribución de productos farmacéuticos hay manifestaciones evidentes al respecto.

Explicaré brevemente -porque no tengo otra opción dado el recorte del tiempo que, inesperadamente, me ha sido impuesto- cuáles fueron los criterios que utilizó el Tribunal en la redacción de su Informe sobre la distribución de productos farmacéuticos y cuáles fueron las propuestas que en su día remitió al Gobierno y cómo matizó estas propuestas para que no hubiera posibilidad de que fueran calificadas, sin razonamiento alguno, de manifestación de liberalismo irracional.

Entendió el Tribunal que el sistema actual de dispensación de medicamentos garantiza, en buena medida, la universalización de la dispensación. Pero entendía también el Tribunal que, a pesar de que el sistema funciona razonablemente bien, había y hay posibilidades de mejorar dicho funcionamiento. Pero se puede afirmar -y ustedes, muchos de ustedes que están hoy aquí, no van a compartir nuestra opinión- que el mecanismo actual de distribución de medicamentos supone un coste elevado. En otros términos: podría alcanzarse el mismo resultado con un coste menor. Coste elevado que repercute tanto sobre los ciudadanos que compran directamente los medicamentos como también sobre las finanzas públicas. Y entiendo que esta interpretación que en su día fue criticada, está recogida incluso en el propio Decreto de márgenes.

El análisis del Tribunal consistía en sostener que en el mercado de la distribución de productos farmacéuticos coexisten dos funciones -antes he hecho referencia a ello-: la primera función, relacionada con la salud; la segunda, relacionada con los aspectos mercantiles de la distribución de los medicamentos. Es perfectamente coherente sostener que un establecimiento de venta de productos farmacéuticos, la denominada oficina de farmacia, es un establecimiento comercial de naturaleza mercantil y supone una actividad privada de interés público. Las dos cuestiones son absolutamente compatibles. Se trata de poner el énfasis en el hecho de que los farmacéuticos, además de profesionales, son agentes económicos. Y el Tribunal sostiene que los agentes económicos, en todos los casos -lo dice incluso la Ley de colegios profesionales- deben estar sometidos a la disciplina de las leyes de la competencia. Como agentes económicos pero no como agentes de la salud que, como digo y repito, son dos cuestiones distintas aunque compatibles.

En nuestro Informe nos limitamos exclusivamente al análisis de las restricciones generales de la competencia que tenían su origen en la regulación de las oficinas de farmacia. El Tribunal exclusivamente se limitó a ésto, porque entendió que la propuesta que debía hacer al Gobierno era de modificación de normas restrictivas sobre la competencia. Y el Tribunal prescindió de cualquier otro tipo de cuestión.

Entendía el Tribunal que había elementos claramente restrictivos de la competencia. Por ejemplo, en cuanto al acceso a la propiedad y a la titularidad de una oficina de farmacia. Sostenía el Tribunal que las dificultades impuestas al acceso a la propiedad constituyen una barrera de entrada que convertía a la oficina de farmacia en un bien administrativamente escaso. Y como ocurre con todos los bienes escasos su precio se eleva de forma significativa. Y la manifestación de la elevación administrativa de estos precios son los elevados traspasos que deben pagarse para acceder a una oficina de farmacia.

Esta es una cuestión que conlleva fuertes discusiones que, seguramente, será valorada de forma distinta por el farmacéutico propietario de su oficina de farmacia y por el farmacéutico que no es propietario y que quiere acceder a la profesión o a la especialidad de venta de productos farmacéuticos. Se ve de forma distinta porque los efectos que tiene en cada uno de dichos colectivos son claramente distintos. Como son también distintos los intereses en juego. Sostenía también el Tribunal que este peculiar sistema de regulación tiene efectos perversos sobre los precios y, en consecuencia, sobre la sociedad, porque la inversión que efectúa el farmacéutico le supone un coste que debe rentabilizar. Y es justamente la elevada inversión inicial que debe hacer el farmacéutico para poder acceder a esta faceta de la profesión uno de los elementos que dificulta la aplicación de descuentos a los precios fijados por la Administración. Un análisis dinámico pone de relieve que, en última instancia, quienes se hacen cargo de los traspasos son los clientes de los establecimientos farmacéuticos dado que tienen que pagar un precio superior al que pagarían con libertad de establecimiento. Por esta razón, entre otras, sostiene el Tribunal que el sistema actual es mejorable.

Pero el Tribunal es sensible ante la situación actual. Por ello tuvo en cuenta que si se liberalizaba la apertura de las oficinas de farmacia se ponía en una situación de inferioridad a los farmacéuticos que habían adquirido su farmacia recientemente mediante el pago del oportuno traspaso y que no habían tenido tiempo de amortizar la inversión correspondiente. Por esta razón sugería al Gobierno que tuviera en cuenta esta cuestión y que la compensara con mecanismos fiscales. En caso contrario se limitaría el ejercicio efectivo de la competencia.

No era tan urgente, a pesar de que era oportuno que lo señaláramos, la necesidad de discutir la unión de la propiedad y la titularidad. Este hecho constituye una peculiaridad de la profesión. ¿Por qué un conjunto de ciudadanos con capital suficiente pueden ser propietarios de un hospital o de un laboratorio farmacéutico y no pueden ser propietarios de una oficina de farmacia dirigida y organizada por un farmacéutico? Era obvio que el Tribunal debía formularse esta pregunta. No formularla hubiera significado, desde la perspectiva de nuestro análisis, no comprender lo que está pasando en el sector. Parecía también susceptible de discusión todo aquello relacionado con los requisitos de apertura: distancias y número de habitantes.

Cuando se analiza cómo se configuraron los estancos en nuestro país hace ya algunos siglos, se observa como la legislación sobre oficinas de farmacia es una calca de la legislación que en su día se fue elaborando en relación con los estancos: distancias, horarios, acceso a la propiedad, etc. La historia enseña muchas cosas. Y es a lo largo de la historia cuando algunas estructuras deben cambiarse para mejorarlas.

El Tribunal no podía aceptar las estadísticas comparativas que habitualmente se utilizan por los farmacéuticos propietarios en relación con el número de habitantes por oficina de farmacia porque el elemento de referencia fundamental no es tanto la oficina de farmacia como los centros o las unidades de dispensación de medicamentos (farmacias y centros de salud, por ejemplo). Hay países donde los medicamentos no son suministrados exclusivamente por los farmacéuticos. Hay médicos que cumplen esta función, sobre todo en sociedades y países donde la población está muy dispersa. Por esta razón no resulta extraño que en unos países el número de habitantes por oficina de farmacia sea de menos de mil cuatrocientos y en otros países supere los quince mil habitantes. Pero las estadísticas dicen exactamente lo que dicen y no lo que algunos comentaristas desean que digan. No hay tanta irracionalidad en las sociedades como para generar diferencias tan marcadas. Lo que hay son sistemas distintos. Sistemas heterogéneos de dispensación de medicamentos que hacen que las cifras no sean directamente comparables. Sistemas más eficientes y sistemas menos eficientes. Es difícil comprender por qué otros no entienden esta cuestión.

Y en este punto se plantean dos preguntas. Una es de naturaleza puramente cuantitativa: ¿cuántas farmacias habría con un sistema distinto de dispensación de medicamentos? Y una segunda cuestión, de más calado: ¿qué ocurriría con los farmacéuticos que están al frente de las farmacias si se liberalizará la apertura de las mismas? Puede sostenerse la hipótesis de que el número de farmacias sería similar. El problema que se plantearía, y que no ha sido frecuentemente planteado, es si los farmacéuticos serían los mismos y si las farmacias estarían localizadas en el mismo lugar. Estas cuestiones no son específicas del sector de la distribución de productos farmacéuticos. La pregunta es susceptible de ser generalizada y aplicada a cualquier sector. Lo peculiar es que sólo se tiene en cuenta la respuesta de una parte de los farmacéuticos: la de los propietarios de una oficina de farmacia.

Ante las críticas de algunos en relación con la experiencia de los países latinoamericanos he solicitado información acerca de los efectos de la liberalización de la dispensación de productos farmacéuticos. Me parecen significativas las palabras de Alfredo Bullard, Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual de Perú.

Dice A. Bullard que durante el año 1990, antes de la liberalización, en Perú se aprobaron 66 solicitudes de apertura de nuevas farmacias y boticas. Tras la liberalización, en el año 1991, se aprobaron 483. Y en el año 1996 se han aprobado 850. y señala que el dato más interesante ha sido el crecimiento de las solicitudes aprobadas en los barrios pobres en contraste con las aprobaciones fundamentalmente en los barrios ricos antes de la liberación. Entre las cifras consideradas destaca el crecimiento del 3.100 por cien en una de las zonas

más deprimidas de Lima. Como concluye A. Bullard "las predicciones de la concentración de farmacias en barrios 'pitacos' (más ricos) cayó así por su propio peso".

Y concluye A. Bullard: "Hoy se quejan, como podía esperarse, los boticarios y dueños de farmacias, se quejan los químicos farmacéuticos que fueron despojados precisamente del monopolio que predecían la liberalización iba a crear. Pero ¿y los consumidores? Ellos expresan su satisfacción de la mejor manera posible: ejerciendo su derecho a elegir, caminando menos para ir a una farmacia, y eligiendo precios que signifiquen rebajas reales para su bolsillo. Y es que es difícil entender cómo se puede hacer a los pobres más ricos reduciendo el número de opciones que puedan tener. Y es eso precisamente lo que hacía el sistema anterior: reducir el número de opciones que podían tomar. Era un sistema que en nombre de los consumidores protegía a un grupo, reducido y privilegiado, de propietarios de farmacias".

En cualquier caso, la evidencia disponible en otros países revela que con la liberalización el número de farmacias se incrementa sustancialmente en beneficio, sobre todo, de los ciudadanos y de los farmacéuticos sin farmacia y las farmacias se localizan también en zonas periféricas en contra de lo que sostienen quienes se oponen a la liberalización. También resulta beneficiado el sistema nacional de la salud. Y de este hecho surge una pregunta: ¿por qué si la liberalización de las oficinas de farmacia beneficia a la mayoría no se aborda adecuadamente?

La experiencia de otros países es útil para disponer de elementos de referencia y combatir ideas preconcebidas o interpretaciones sesgadas. Sin embargo, las trasposiciones miméticas, sin más, no son aconsejables de forma universal. En estos momentos el Tribunal defiende el precio fijo, fijado por la Administración. No hay tiempo para hacer un análisis económico -lo han hecho los economistas durante muchos años de qué significa la fijación en origen de los precios al detalle: gasolinas, libros, productos farmacéuticos, por ejemplo. ¡Está muy claro lo que dice el análisis económico! Aunque algunos economistas lo ignoren. Mi maestro en The London School of Economics, el Profesor Basil Yarney, escribió que "la fijación de los precios al detalle obstaculiza el proceso de competencia en los precios, manteniendo, por tanto, los márgenes comerciales y los precios al consumidor más elevados de lo que de otra manera se daría e implicando el empleo de más recursos en la distribución".

Pero aceptando que el precio sea fijado por la Administración porque el medicamento, en muchas circunstancias, tiene todas las características de un producto suministrado en régimen de monopolio, el Tribunal sostenía que era posible introducir competencia en el sector mediante la flexibilización de los precios fijos utilizando el sistema de descuentos. Los descuentos, entendidos como un sistema de reducción de los precios en determinadas circunstancias y según la libre decisión del farmacéutico, constituirían un buen instrumento promotor de la competencia. Constituirían una buena aproximación a la competencia en un mercado en el que deben coexistir en proporciones adecuadas la competencia y la regulación. Competencia en los aspectos mercantiles y regulación en los aspectos sanitarios. Sabemos perfectamente que difícilmente la farmacéutica de un pueblo pequeño haría descuentos porque la continuidad de su negocio podría quedar cuestionada. Pero también sabemos que no generaría graves problemas a los farmacéuticos del centro de una gran ciudad la libre aplicación de descuentos, sobre todo si se tiene en cuenta que los márgenes, en este sector, son particularmente elevados. Y resultan todavía más elevados si se considera que muchos farmacéuticos participan de las rentas generadas en la distribución mayorista. Y cuando los márgenes son elevados hay razones para introducir competencia. En resumen, el Tribunal aceptó el principio de los precios fijos, pero entendió que debería removerse la prohibición de aplicar descuentos a los precios fijos. En cualquier caso, creo que la Ley de colegios profesionales es bastante clara al respecto.

Cuando el Tribunal sugirió flexibilización de los horarios se dijo que el sistema de distribución iría hacia el caos. La propuesta del Tribunal era, en mi opinión, muy sensata. Consistía en decir: "Déjese a los farmacéuticos que libremente decidan sus horarios y, en todo caso, dado que debe asegurarse que el medicamento sea dispensado, en el caso de que libremente no se garantizase el proceso de dispensación, regúlense los horarios". Se decía que esto no se produciría espontáneamente por la libre decisión de los farmacéuticos. Personalmente creo que los hechos, una vez más, revelan que las cosas que decía el Tribunal, cuando se llevan a la práctica, no producen los desastres que muchos auguraban.

Hay posibilidades de introducir competencia y las cifras lo ponen de manifiesto. No solamente los márgenes sino también la asimetría que se detecta cuando se analizan las cifras de ventas de las oficinas de farmacia en España. Con datos que proporcionó en su día el propio Ministerio de Sanidad, se observa que las ventas medias al Insalud, de productos farmacéuticos exclusivamente, distribuidas por grupos de farmacias, oscilaban entre casi 10 millones y más de 190 millones de pesetas anuales. Es cierto que hay un desequilibrio. y si eso es así la primera conclusión que se puede alcanzar es que hay posibilidades de incorporación de nuevos operadores en el sector.

Se ha discutido la afirmación del Tribunal respecto a que la negociación entre el Insalud y los farmacéuticos, en relación con el precio, fuera una negociación peculiar en la que se confrontaban los intereses de un monopolista -en este caso el Consejo del Colegio de Farmacéuticos-, con un monopsonista -la Seguridad Social. Y sostenía el Tribunal que el análisis

económico, y la propia evidencia empírica, ponen de manifiesto que cuando se dan estas situaciones la determinación del precio, o al menos del precio de referencia, debe hacerse sobre la base exclusiva de la negociación. Y entendemos que la concreción del precio final es la que tiene lugar por la propia decisión del farmacéutico, libremente, ofreciendo los descuentos. Los descuentos se convierten, en consecuencia, en el primer elemento de referencia fundamental para modificar el sistema actual a corto plazo. El segundo elemento fundamental sería la libertad de entrada en el mercado para todos aquellos que cumplan los requisitos exigidos. En definitiva, y en síntesis, lo que el Tribunal propuso al Gobierno puede sintetizarse como sigue:

En primer lugar, sugerir a las Comunidades Autónomas que en sus desarrollos legislativos no incluyan nuevas restricciones a la competencia. Esta propuesta ha sido adoptada parcialmente.

En segundo lugar, suprimir cualquier prohibición establecida por los Colegios Oficiales de farmacéuticos o por su Consejo de realizar descuentos. Esta recomendación todavía no se ha adoptado. Y se trata de una cuestión fundamental.

En tercer lugar, sugerimos que en los envases de los medicamentos no figurara la mención al precio de venta al público sino explícitamente una mención al precio máximo de venta al público, impuestos incluidos, coherente con la propuesta de efectuar descuentos. Tampoco se ha adoptado.

En cuarto lugar, sugerimos que se modificara cualquier relación a los obstáculos naturales o a la existencia de zonas no urbanizadas como elemento restrictivo en el proceso de apertura de nuevos establecimientos farmacéuticos y se suprimieran los obstáculos que impiden la apertura de oficinas de farmacia en aquellos lugares en que el tránsito de ciudadanos es relevante (aeropuertos, estaciones, centros comerciales, por ejemplo). Tales propuestas no se han adoptado.

En quinto lugar, también sugerimos que la planificación no fuera una planificación de máximos sino una planificación de mínimos: esto quiere decir que el Tribunal proponía como mínimo una oficina de farmacia cada *n* habitantes o cada *n* metros. No se ha adoptado la propuesta.

En sexto lugar, también sugerimos la introducción de convenios individualizados, de libre adhesión, entre la Seguridad Social y las oficinas de farmacia en el que se fijen los precios y los plazos de pago. Con este instrumento la reducción del gasto sanitario público se reduciría considerablemente, liberando recursos para otros menesteres. Se ha adoptado parcialmente.

En séptimo lugar, propusimos la supresión de las exclusivas o las restricciones a la venta de especialidades farmacéuticas publicitarias en establecimientos distintos de las oficinas de farmacia. Y, en todo caso, admitíamos que, en determinadas circunstancias, las especialidades farmacéuticas publicitarias debían ser vendidas exclusivamente en oficinas de farmacia cuando así lo considerara la autoridad correspondiente. No se ha adoptado la recomendación.

En octavo lugar, sugerimos la liberalización de los horarios de apertura y cierre. Y regular, sólo cuando el mercado no garantice el servicio, los turnos mínimos de guardia y máximos de vacaciones. En este caso la propuesta ha sido adoptada.

Y, por último, sugerimos al Gobierno que se suprimieran en un plazo máximo de cinco años las referencias a las distancias mínimas y al número de habitantes como condición necesaria para la apertura de una oficina de farmacia. Y también que, a medio plazo, se eliminara el requisito de que los propietarios de las oficinas de farmacia sean farmacéuticos titulados, manteniéndose tan sólo el requisito de la presencia de un farmacéutico en la oficina de farmacia en el acto de dispensación de las especialidades farmacéuticas.

Este conjunto de medidas tiene su apoyo analítico en la teoría económica y su apoyo jurídico en el contenido de la Ley de Defensa de la Competencia. Desde el punto de vista social su objetivo es la defensa de los intereses públicos, los consumidores, los licenciados en farmacia que no pueden acceder a una oficina de farmacia y los enfermos. Desde el punto de vista económico pretenden reducir el gasto y racionalizado. No cabe duda acerca de que introducir competencia en este sector no producirá males a la mayoría sino solamente efectos positivos, pese a que reconozco que, en algunos casos, planteará inconvenientes a determinados operadores económicos. El futuro pasa por una reconsideración profesional del papel del farmacéutico en la sociedad. Este hecho no ha sido entendido por muchos de aquellos que tienen responsabilidades en el sector. Ni se ha planteado en los informes encargados. Es un error que retardará el proceso de modernización de una profesión que debe contribuir a la reducción y la racionalización del gasto sanitario.

Pero como dice la Ley de Defensa de la Competencia, amparándose en la Constitución, lo que debe hacer el Tribunal es hacer sus propuestas sobre la base de los intereses públicos. Entiendo que lo que dijimos encaja perfectamente en el manC dato constitucional y en el mandato que nos exige la Ley de Defensa de la Competencia.

LA COMPETENCIA NORMATIVA EN MATERIA DE ORDENACION FARMACEUTI CA

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de A1calá de Henares

1. PLANTEAMIENTO GENERAL. LA DIVERSIDAD DE TITULOS COMPETENCIALES Y EL PANORAMA NORMATIVO.

A) La promulgación de la Ley General de Sanidad y de la Ley del Medicamento reabrió, aunque tímidamente, la cuestión de determinar el régimen de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de oficinas de farmacia. Asunto que ha adquirido notable relevancia recientemente, una vez que algunas Comunidades Autónomas han procedido a promulgar sus respectivas Leyes reguladoras de la materia, algunas de las cuales incorporan realmente un modelo de ordenación distinto al imperante tradicionalmente, al menos en punto a la vigencia de la autorización y a su transmisibilidad; coincide prácticamente en el tiempo con la intervención estatal -que responde al estímulo del Tribunal de Defensa de la Competencia-, mediante la aprobación primero del Real Decreto Ley 1l/96, de 17 de junio, y después de la más reciente Ley 16/97, de 25 de abril, de regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia.

B) La Constitución ha reservado al Estado la competencia sobre "bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos" (art. 149.1.16). Su artículo 43 "reconoce el derecho a la protección de la salud" (ap. 1); y añade que "compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto" (ap. 2).

Por su parte, las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia en materia de "sanidad e higiene". Los Estatutos han contemplado la materia con diversas denominaciones: "ordenación farmacéutica" (Cataluña, País Vasco y Valencia; inicialmente con carácter diferido, Castilla La Mancha, Castilla León y Baleares; con carácter de exclusividad); "desarrollo de la legislación básica del Estado y la ejecución sobre establecimientos farmacéuticos" (Galicia); "Establecimientos farmacéuticos", como competencia ejecutiva de la legislación del Estado (Navarra).[1]

C) La legislación estatal se ha movido en el marco del criterio competencial sobre las bases, formulando regulaciones sustantivas sobre la materia. La Ley General de Sanidad afrontó la regulación, declarando que las oficinas de farmacia abiertas al público se consideran establecimientos sanitarios a los efectos del Título IV (que se refiere a las actividades sanitarias privadas) -art.1O3.2-; que se encuentran sujetas a la planificación sanitaria (en los términos de la ley de medicamentos y farmacias: art. 103.3); y que les corresponde (como a los servicios de farmacia de los Hospitales, de los Centros de Salud y de las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud para su aplicación dentro de dichas instituciones o para los que se exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinario de atención a la salud) "la custodia, conservación y dispensación de medicamentos" (art. 103.1). Además, identifica la figura del farmacéutico, como requisito para ser propietario y titular de las oficinas de farmacia abiertas al público (art. 103.4).

La Ley del Medicamento, por su parte, dedica el art. 88 a las "oficinas de farmacia". Establece allí los "criterios" que deben observar las Administraciones sanitarias con competencia en la materia a la hora de afrontar la ordenación de las oficinas de farmacia; se prevé a tales efectos la planificación farma-

[1] Una descripción de los diferentes títulos competenciales asumidos por las Comunidades Autónomas puede encontrarse, más recientemente, en F. Villalba Pérez, "La profesión farmacéutica" (Madrid, 1.997, pp. 254 y ss.).

céutica, con la finalidad de "garantizar la adecuada asistencia farmacéutica", la presencia y actuación profesional del farmacéutico como requisito para la dispensación al público de medicamentos, las exigencias mínimas materiales, técnicas y de medios que se establezcan (reclamando a este efecto la intervención del Gobierno con carácter básico, sin perjuicio de las competencias autonómicas), la obligación de dispensar los medicamentos (en línea con la regla establecida en el art. 3.1), y la figura del farmacéutico adicional ("a partir de un determinado volumen de actividad profesional se establecerá reglamentariamente la necesidad de farmacéuticos adicionales, además del titular o sustituto en su caso, por oficina de farmacia, respetando en todo caso las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas en esta materia").

Más recientemente, la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las Oficinas de Farmacia, ha venido a dar continuidad, "en lo esencial", -según confiesa en su Exposición de Motivos- a las reglas fijadas por el Real Decreto-Ley 1l/96, de 17 de julio, "sobre ampliación del servicio farmacéutico a la población". A los efectos del régimen de reparto de competencias, califica como básicos, dictados al amparo del art. 149.1.16 CE, los preceptos referidos a la necesidad de una planificación para la autorización de oficinas de farmacia (art. 2.1), a los criterios de planificación (art. 2.2), al cómputo de habitantes (art. 2.5), a la transmisión de oficinas de farmacia (art. 4), a la presencia y actuación profesional (art. 5) y a la jornada y horario de los servicios (art. 6).

D) Algunas Comunidades Autónomas han dictado sus propias normas sobre la materia, con alcances diversos. Existen básicamente dos modelos en el panorama normativo autonómico con el que se ha afrontado la ordenación de las oficinas de farmacia, al menos si se compara con el marco estatal preexistente[2] en lo que afecta a algunos extremos fundamentales de la regulación: bastará con aludir, inicialmente, a uno de los extremos que se valoran con mayor sensibilidad, y que ilustra sobre la diversidad de las soluciones: me refiero al régimen de las autorizaciones para instalar las oficinas de farmacia, y en particular a la transmisibilidad de las mismas. Las Leyes 31/91, de 13 de diciembre, de ordenación farmacéutica de Cataluña, y 11/94, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, prevén la posibilidad de transmitir la oficina de farmacia, con distinto alcance. En cambio, las Leyes 3/96, de 25 de junio, de atención farmacéutica de Extremadura, y 4/96, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico de Castilla-La Mancha, prohíben la transmisión de las oficinas de farmacia.

Esta inicial consideración puede ilustrar sobre la importancia de la determinación del régimen de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia. Es preciso determinar correctamente hasta dónde puede llegar la regulación del Estado, que reclamará su aplicación por igual en todo el territorio nacional, y donde comienza la posibilidad de las Comunidades Autónomas de adoptar decisiones propias sobre la ordenación jurídica de las oficinas de farmacia. Para ello, en mi criterio, es imprescindible recordar las reglas generales, acuñadas en nuestro ordenamiento, al respecto, para aplicarlas a la materia que ahora nos ocupa.

2. DE NUEVO SOBRE EL CONCEPTO DE LO BÁSICO.

A) En general.

a) La determinación del alcance de las competencias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas en la materia que nos ocupa exige, necesariamente, reparar previamente en el concepto de lo básico, concepto que emplea en diversas ocasiones la Constitución para atribuir competencia al Estado. Hace años, el profesor Muñoz Machado formuló una rigurosa interpretación, que ha inspirado la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto. Indicó, en efecto, que "el contenido de las bases no es otra cosa que la ordenación legislativa de cuanto exige el interés general en relación con una materia", por lo que "cuando la Constitución encomienda al Estado la competencia sobre legislación básica, estápues indicando que el interés general exige que en esa materia concreta exista una regulación unitaria para el conjunto del Estado, regulación que no tiene por qué agotar el tratamiento normativo de la materia, sino contener las prescripciones más generales: lo importante es que se asegura la uniformidad"[3].

El Tribunal Constitucional ha seguido esta formulación; puede comprobarse así en la Sentencia 172/96, de 31 de octubre, en la que se resume su jurisprudencia anterior: "desde una perspectiva constitucional, consiste en el común denominador normativo para todos en un sector determinado, pero sin olvidar, en su dimensión intelectual, el carácter nuclear, inherente al concepto. Incorpora, pues, la acepción de fundamento o apoyo principal de algo, con vocación por la esencia, no de lo fenoménico o circunstancial (STC 102/1995) cuya finalidad no es otra sino asegurar, en aras de intereses generales superiores a los de las Comunidades Autónomas, un común denominador normativo (STC 48/88)".

Aunque no puede olvidarse que, en otras ocasiones (STC 32/83) alude a lo básico como contenido mínimo de una concreta regulación: "estamos ante una competencia de fijación

[2] Cfr. al respecto J. González Pérez, "Nueva ordenación de las oficinas de farmacia", Madrid 1.978, pp. 223 y ss.

[3] S. Muñoz Machado, "Derecho Público de las Comunidades Autónomas", val. 1, Madrid 1982, pp.418-419.

de bases, determinación con carácter general de requisitos técnicos que han de ser mínimos y condiciones mínimas, en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios. Nadie niega que por encima de esos mínimos cada Comunidad con competencias sanitarias, como la del País Vasco, podrá establecer medidas de desarrollo legislativo, así como que podrá añadir, a los requisitos técnicos mínimos determinados con carácter general, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados".

b) Por otra parte, si las bases identifican el mínimo denominador común de la regulación, que debe observarse por igual en todo el territorio nacional, lo que exceda de tal concepto queda en la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, en virtud del título competencial "desarrollo normativo", para adecuar la regulación de la materia al ámbito de su respectivo interés. Es obvio que la regulación autonómica de desarrollo normativo no puede contradecir, corregir ni enmendar las bases fijadas por el Estado; como lo es, en la actualidad, que el Estado no puede regular de forma tan agotadora la materia, ejerciendo su competencia sobre las bases, que impida a las Comunidades Autónomas adoptar decisiones, lo que sucede si el Estado ocupa con su regulación toda la materia; por ello el Tribunal Constitucional ha señalado que la competencia sobre la formulación de las bases está limitada por la necesidad de permitir a las Comunidades Autónomas que, en virtud de su competencia sobre el desarrollo normativo, puedan adoptar "opciones diversas".

B) Sobre el alcance de la ordenación jurídica de las farmacias: La Sentencia TC 83/84, de 24 de julio.

a) En la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Bases de Sanidad Nacional puede encontrarse una descripción general, formulada por el Intérprete Supremo de la Constitución, sobre el régimen de las oficinas de farmacia. Se suscitó entonces el análisis de la Base XVI, párrafo noveno, de aquella Ley, de 25 de noviembre de 1.944, en la medida en que establecía que "queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de farmacias", por cuanto esta regla podría afectar al derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE) y a la libertad de empresa (art. 38), suscitándose igualmente si la regulación a que alude el art. 36 CE (profesiones tituladas) puede entrañar una limitación a su ejercicio. Con tal motivo, el Tribunal anticipó algunos rasgos del régimen jurídico aplicable a las farmacias; indicó, respecto al principio de igualdad, que "configurado en la forma que hoy lo está el ejercicio de la actividad de dispensación al público de las especialidades farmacéuticas, ni puede entenderse que sea contrario al principio de igualdad ante la Ley subordinar ese ejercicio a la posesión de un determinado título académico, ni afecta a tal principio el hecho de que los titulados que quieren ejercer su profesión como titulares de una oficina de farmacia hayan de contar con los medios propios para instalada".

Por lo que se refiere al ejercicio de profesiones y oficios, recordó que en diversas normas se disciplina su ejercicio, "imponiendo para ello multitud de requisitos diversos, entre los cuales se cuenta, por ejemplo, para determinadas profesiones y entre ellas la de farmacéutico, la posesión de un determinado título académico y/o afiliación a un Colegio profesional. Nada hay por tanto en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, como tampoco nada que impida prohibir que se lleve a cabo fuera de estas oficinas la dispensación al público de especialidades farmacéuticas, pues el Legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estime deseables". Existe, por tanto, un margen de apreciación en manos del Legislador para regular las profesiones, porque "no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad concreta"; el derecho del art. 35.1 "no es el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino el de elegir libremente profesión u oficio, ni en el art. 38 se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden".

Aunque la Sentencia anulase la habilitación formulada en aquella Ley en favor del Gobierno para establecer libremente, por vía reglamentaria, la regulación y limitación del establecimiento de oficinas de farmacia, el Tribunal se preocupó por destacar que su juicio de constitucionalidad no significa "la ilegitimidad constitucional del principio de limitación" de farmacias[4].

b) Este criterio ha sido reiterado por el Tribunal Supremo, desde la calificación de los establecimientos farmacéuticos "como un servicio público prestado por la empresa privada, de la que es titular el facultativo farmacéutico, por lo cual en la regulación de este servicio por la Administración en uso de la potestad que le confiere el artículo 43.2 de la Constitución se halla habilitado para limitar el número. de farmacias en función de las necesidades de los ciudadanos usuarios del servicio; sin que ello atente a la libertad de empresa, al derecho a la protección a la salud, o al principio de igualdad, que de aplicarse abusivamente obligaría a instalar una farmacia en cada edificio habitable, lo que desde la interpretación racional y finalista del art. 43 CE no puede predicarse como admisible" (STS 22 diciembre 1994 -R. Ar. 10143-).

---

[4] Un comentario a esta Sentencia puede encontrarse en J.L. Rivera Isern, "Libertad de establecimiento de oficinas de farmacia", Madrid, 1.992, pp. 49 y ss.

3. CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE ORDENACIÓN DE LAS OFICINAS DE FARMACIA

A) La integración del concepto de oficina de farmacia en el título competencial referido a sanidad.

Según se ha indicado precedentemente, ni en la Constitución ni en los Estatutos de Autonomía se recoge como título competencial específico el de oficinas de farmacia. Circunstancia que no constituye obstáculo alguno para considerar que constituye un elemento integrado en el ámbito propio de la sanidad, cuyo régimen de reparto competencial responde al esquema bases/desarrollo normativo, como se ha indicado menos.

Ello es así aunque coincidan diversos aspectos sobre la figura: títulos académicos, libertad de empresa, libre elección de profesión, ordenación general de la economía (al lo que afecta al menos, en lo que afecta al régimen de los precios de los productos farmacéuticos), sanidad militar o especialidades médicas, entre otros. Como es conocido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que cuando se trata de conceptos amplios, en los que se encuentran involucradas diversas materias, se debe proceder "determinando la categoría genérica de entre las referidas en la Constitución y en los Estatutos a la que primordialmente se reconducen las competencias controvertidas, puesto que es ésta la que fundamentalmente proporciona el criterio para la delimitación" (STC 80/85).

Es ésta una observación que tiene importancia, porque de su correcta calificación depende el régimen competencial, establecido en el orden constitucional al hilo del criterio bases/desarrollo, que excluye que el Estado pueda ocupar con su regulación toda la materia.

B) El alcance de la competencia estatal y autonómica.

a) La significación del establecimiento.

El Tribunal Constitucional indicó, en la Sentencia 83/84, que la regulación de las oficinas de farmacia atiende a "la actividad de dispensación al público de las especialidades farmacéuticas", cuya concreta regulación no permite considerar contrario a la Constitución supeditar su ejercicio a la obtención de un determinado título profesional, ni a la disponibilidad de una sede física, ni la incorporación de su titular a un Colegio Profesional. Es el criterio que siguió la Ley General de Sanidad, y que permite identificar, con carácter general, la oficina de farmacia. La reciente Ley 16/97, de 25 de abril, parte de este mismo criterio (aunque haya prescindido de identificar que el mismo tiene carácter básico); indica, en su Exposición de Motivos, que las oficinas de farmacia son "establecimientos sanitarios en los que se dispensan los medicamentos a los pacientes -aconsejando e informando sobre su utilización-, se elaboran las fórmulas magistrales y los preparados oficinales, y se colabora con los pacientes y con las Administraciones públicas en el uso racional del medicamento y en diferentes servicios sanitarios de interés general". En su artículo 1 reitera esta declaración, indicando que "las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios privados de interés público", en las que se deben prestar a la población los servicios básicos que allí enumera[5].

Prácticamente las Leyes promulgadas, en ejercicio de su competencia sobre desarrollo normativo, por las Comunidades Autónomas, no difieren en lo esencial de esta previsión general. Así resulta, por ejemplo, de lo dispuesto en el art. 2.1 de la Ley catalana ("la oficina de farmacia es un establecimiento sanitario en el que, bajo la dirección de uno o más farmacéuticos, se llevan a cabo las siguientes funciones..."), 5.2 de la Ley vasca ("las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios en los que, en su condición de servicio de interés público, se desarrollan las siguientes funciones..."), y en términos semejantes los arts. 2.2 de la Ley de Castilla La Mancha y 3 de la Ley extremeña.

---

[5] El artículo 1 de la Ley 16/97 establece: "En los términos recogidos en la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios privados de interés público sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas, en las que el farmacéutico titular-propietario de las mismas, asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares, deberá prestar los siguientes servicios básicos a la población: 1. La adquisición, custodia, conservación y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios; 2. La vigilancia, control y custodia de las recetas médicas dispensadas; 3. La garantía de la atención farmacéutica, en su zona farmacéutica, a los núcleos de población en los que no existan oficinas de farmacia; 4. La elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales, en los casos y según los procedimientos y controles establecidos; 5. La información y el seguimiento de los tratamientos farmacológicos a los pacientes; 6. La colaboración en el control del uso individualizado de los medicamentos, a fin de detectar las reacciones adversas que puedan producirse y notificarlas a los organismos responsables de la farmacovigilancia; 7. La colaboración en los programas que promuevan las Administraciones sanitarias sobre garantía de calidad de la asistencia farmacéutica y de la atención sanitaria en general, promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y educación sanitaria; 8. La colaboración con la Administración sanitaria en la formación e información dirigidas al resto de profesionales sanitarios y usuarios sobre el racional de los medicamentos y productos sanitarios; 9. La actuación coordinada con las estructuras asistenciales los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas; 10. La colaboración en la docencia para la obtención del título uso la de La de Licenciado en Farmacia, de acuerdo con lo previsto en las Directivas Comunitarias, y en la normativa estatal y de las Universidades por las que se establecen los correspondientes planes de estudio en cada una de ellas".

Su naturaleza, en la legislación vigente, de establecimientos sanitarios privados de interés público, en la medida en que son protagonistas (aunque no de forma exclusiva) en la atención farmacéutica a la población, es inequívoca. Como se ha indicado, la jurisprudencia ha señalado, siquiera incidentalmente, que constituye "un servicio público prestado por la empresa privada", lo que justificaría la planificación pública de la actividad y la limitación del número de establecimientos. Aunque, en mi criterio, sea difícil convenir con esta calificación de servicio público, sin interpretar de forma sumamente laxa, y desprendida de sus contornos propios, el concepto de servicio público, que es, por otra parte, una corriente ciertamente generalizada, como ha puesto de manifiesto S. Muñoz Machado (en el Prólogo a mi libro "La extinción de la concesión de servicio público", Madrid 1.992). Las técnicas de intervención en la actividad (la planificación, la limitación del número de oficinas, los criterios de adjudicación...) no responden necesaria y exclusivamente a la figura del servicio público; por demás, la aplicación en este ámbito del principio de continuidad en la actividad, que es propio del servicio público, (la Ley 16/97 se refiere a la necesidad de "garantizar la continuidad de la asistencia": art. 6.1; la Ley catalana garantiza "la asistencia farmacéutica permanente": art. 2.4; la Ley del País Vasco señala que "las oficinas de farmacia deben prestar atención farmacéutica a los ciudadanos de forma continuada": art. 8.1; en el mismo sentido se pronuncia el art. 18 de la Ley de Castilla La Mancha) no tiñe la actividad del carácter de servicio público; es correcta la caracterización que emplean las diferentes normas a las que me vengo refiriendo como establecimiento sanitario privado de interés público, sujeto a planificación y a la correspondiente autorización administrativa, que debe prestar las diferentes funciones previstas en las Leyes, que configuran la asistencia farmacéutica, respetando el principio de continuidad (que alude realmente en este caso a la noción de servicio esencial para la comunidad, en el sentido en que lo ha interpretado el Tribunal Constitucional)[6].

Este carácter de actividad vinculada con la asistencia farmacéutica, y finalmente con la salud de los ciudadanos, ha venido justificando en nuestro ordenamiento las singularidades de estos establecimientos; tanto es así que ni siquiera las propuestas más liberalizadoras de la actividad se olvidan de él. En efecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia, que en su Informe sobre "La competencia en España: balance y nuevas propuestas. 1.995" ha formulado diferentes propuestas para la liberalización en este sector (desde que las Comunidades Autónomas no establezcan nuevas limitaciones a la apertura de oficinas de farmacia, hasta suprimir las prohibiciones de realizar descuentos, pasando por liberalizar los horarios, el régimen de distancias o la exigencia de la propiedad del inmueble), ha destacado esta circunstancia, reclamando en todo caso la debida protección de los intereses públicos[7].

En fin, no debe olvidarse que éste es el modelo tradicionalmente empleado en nuestro ordenamiento, y que mantiene sus características propias en la actualidad. Lo que no significa que sea el único modelo admisible constitucionalmente; como recordó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 83/84, "nada hay por tanto en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, como tampoco nada que impida prohibir que se lleve a cabo fuera de estas oficinas la dispensación al público de especialidades farmacéuticas, pues el Legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estime deseables". Regulación que, en caso de producirse, correspondería al Estado, en cuanto que comprendida en las bases de la regulación.

b) El contenido de las bases en el Derecho vigente: las previsiones de la legislación estatal básica.

a) El Legislador estatal ha concretado, en diferentes normas, las reglas generales que disciplinan las oficinas de farmacia. Es en las normas estatales que posean el carácter de básicas donde se debe encontrar el régimen común, uniforme, que rige por igual en todo el territorio nacional, lo que constituye, además, el parámetro al que debe referirse la operación autonómica de desarrollo normativo.

Este armazón general de la regulación producida por el Estado prácticamente se comprende ahora en la Ley 16/97, de 25 de abril. Las oficinas de farmacia son "establecimientos sanitarios privados de interés público", sujetos a la planificación

---

[6] Esto es, y como indicó el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 8 de abril de 1.981, un servicio es esencial "por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes o intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos". Sobre ello, J.F. Mestre, "La extinción de la concesión de servicio público", Madrid, 1.992, pp. 232 y ss. J. González Pérez y E. González Salinas ("La reforma de la ordenación farmacéutica (Decreto Ley 11/1996 y legislación de las Comunidades Autónomas", Madrid 1.996, pp. 26 y ss.) consideran que "la oficina de farmacia es una empresa privada de interés público".

[7] Indica, en efecto, el Informe, que "no debe olvidarse que en el sector coexisten dos aspectos relevantes. El primero relacionado con la salud pública. El segundo referido a los aspectos mercantiles de la distribución de medicamentos. El Tribunal defiende la regulación dirigida a garantizar la prevención de la enfermedad y la defensa de la salud. Sin embargo, el Tribunal considera que es necesario eliminar los obstáculos de carácter mercantil que entorpecen el libre ejercicio de la competencia en la distribución de los medicamentos. Por estas razones, en aras de la defensa de los intereses públicos, el Tribunal no comparte aquellos planteamientos que propugnan una liberalización total de los procesos de producción y distribución de medicamentos. La defensa de la competencia no supone abandonar la defensa de los intereses públicos. Al contrario, cuanto mayor es la libertad de mercado más deben velar las Administraciones Públicas para que se garantice la defensa de los intereses públicos" (p. 232).

sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas, cuyo titular debe estar en posesión del título de Licenciado en Farmacia, y a quien corresponde prestar los servicios básicos que describe el art. 1 de la Ley (todo ello no tiene el carácter básico: cfr. Disposición Final Primera de la Ley).

b) La planificación sanitaria sirve para garantizar la adecuada asistencia farmacéutica; las Comunidades Autónomas deben establecer "criterios específicos de planificación para la autorización de oficinas de farmacia", manejando las unidades básicas de atención primaria por ellas fijadas, que constituyen las demarcaciones de referencia para la planificación farmacéutica. Además, a efectos de la planificación, las Comunidades Autónomas deben tener en cuenta "la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, con vistas a garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio, y la suficiencia en el suministro de medicamentos, según las necesidades sanitarias de cada territorio" (criterios que estaban previstos en el Decreto-Ley 11/96, y anticipados -al menos en lo que se refiere al cómputo del incremento poblacional en períodos de vacaciones- por la jurisprudencia: así, en la STS de 4 de octubre de 1.996 -R. Ar. 7516-). Debe considerarse, además, los módulos de población (a cuyo efecto el cómputo de habitantes se realizará en base al Padrón Municipal vigente, sin perjuicio de los elementos correctores que, en razón de las diferentes circunstancias demográficas, se introduzcan por las Comunidades Autónomas) y las distancias entre oficinas de farmacia, que son dos reglas que inspiran la ordenación territorial de estos establecimientos.

Todas estas reglas son básicas. La Ley 16/97 ha añadido otras previsiones, respecto a la planificación, que carecen de la naturaleza de las bases: el módulo de población mínimo para la apertura de oficinas de farmacia será de 2.800 habitantes por establecimiento, y el máximo podrá alcanzar los 4.000 habitantes; se podrán contemplar cifras menores ("para las zonas rurales, turísticas, de montaña o aquellas en las que, en función de sus características geográficas, demográficas o sanitarias, no fuese posible la atención farmacéutica aplicando los criterios generales") y mayores (superadas las proporciones máximas, "podrá establecerse una nueva oficina de farmacia por fracción superior a 2.000 habitantes"). Además, se indica que la distancia mínima será de 250 metros, aunque las Comunidades Autónomas podrán autorizar distancias menores y, en su caso, limitaciones a la instalación de oficinas de farmacia en la proximidad de los centros sanitarios. Previsiones, éstas últimas, que al carecer del carácter de bases no vinculan directamente a las Comunidades Autónomas, a quienes compete establecer la planificación en la materia, conforme a los criterios que, respetando las previsiones básicas ya indicadas, consideren oportunos.

Es básica, también, la exigencia de autorización administrativa para la instalación de oficinas de farmacia; la Ley 16/97 indica, sin que tenga el carácter de bases, que el procedimiento para la autorización de nuevas oficinas deberá respetar los principios de publicidad y transparencia, aunque pueda convenirse en que en todo caso el procedimiento debe respetar tales reglas.

c) El Legislador ha atribuido carácter básico al régimen de la transmisión de las oficinas de farmacia; indica, en este sentido, que "únicamente podrá realizarse en favor de otro u otros farmacéuticos", y que se podrá establecer la prohibición de la transmisión "en los casos de clausura o cierre obligatorio de las oficinas de farmacia, por sanción de inhabilitación profesional o penal, temporal o definitiva, de cualquier índole".

d) Igualmente es básica la regulación de la presencia y actuación profesional, que "es condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos", sin que la colaboración de ayudantes o auxiliares excuse la actuación del farmacéutico en la oficina de farmacia, "mientras permanezca abierta al público, ni excluye su responsabilidad profesional". La regulación autonómica podrá contemplar el número mínimo de farmacéuticos adjuntos ("que, además del titular, deban prestar servicios en las oficinas de farmacia al objeto de garantizar la adecuada asistencia profesional a los usuarios"), a cuyo efecto deberá tener en cuenta, "entre otros factores, el volumen y tipo de actividad de las oficinas de farmacia y el régimen de horario de los servicios".

e) Básico es también el régimen de jornada y horario de los servicios, presidido por los criterios de "libertad y flexibilidad", ya anticipado por la Sentencia T.C. 93/92, de 11 de junio. Es preciso respetar, con el carácter de mínimo, "los horarios oficiales y normas sobre guardias, vacaciones, urgencias y demás circunstancias derivadas de la naturaleza de su servicio, fijadas por las Comunidades Autónomas, al objeto de garantizar la continuidad de la asistencia". Las oficinas que decidan realizar jornadas u horarios por encima de los mínimos, deben comunicarlo a la Administración autonómica, y mantener con continuidad el régimen fijado.

f) Puede considerarse igualmente básico el régimen de incompatibilidades, la determinación de "las exigencias mínimas materiales, técnicas y de medios suficientes" para asegurar la prestación de una correcta asistencia sanitaria, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas; y la obligación de dispensar los medicamentos que les demanden tanto los particulares como el Sistema Nacional de Salud, en las condiciones fijadas reglamentariamente.

Estas reglas conforman el diseño común de las oficinas de farmacia, y constituyen el contenido de las bases fijadas por el Estado en la materia, que deben respetar, en su tarea de desarrollo normativo, las Comunidades Autónomas.

C) El alcance de la competencia autonómica sobre el desarrollo normativo de las bases estatales: un análisis sucinto de los diferentes modelos existentes.

Como se viene indicando, las normas promulgadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de su competencia de desarrollo normativo sobre la materia deben respetar las fijadas por el Estado con carácter básico; aunque, como es fácil comprender, las normas autonómicas no pueden limitarse a reiterar lo establecido por la estatal, ni a desarrollar o complementar, como si se tratase de un reglamento ejecutivo, lo fijado por ésta, ya que, como ha establecido el Tribunal Constitucional, la regulación estatal no puede ocupar todo el espacio normativo, sino que debe, necesariamente, permitir a las Comunidades Autónomas que puedan elegir "opciones diversas".

Resulta oportuno, por ello, describir las principales previsiones establecidas por las Comunidades Autónomas que han ejercido su competencia en la materia, para comprobar su ajuste con el régimen de reparto competencial en la materia.

a) Respecto a la caracterización de la oficina de farmacia, realmente no existe discrepancia alguna en las normas autonómicas. Todas, prácticamente, reiteran la descripción estatal: "establecimiento sanitario en el que, bajo la dirección de uno o más farmacéuticos, se llevan a cabo las siguientes funciones" (art. 2 de la Ley catalana); "las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios en los que, en su condición de servicio de interés público, se desarrollan las siguientes funciones" (art. 5.2 de la Ley vasca); "establecimiento sanitario de interés público autorizado, en el que, bajo la dirección de un Farmacéutico, se llevan a cabo las funciones que se describen en el artículo 19" (art. 2.2 de la Ley de Castilla La Mancha); "establecimiento sanitario de interés público en el que uno o más farmacéuticos llevan a cabo las siguientes funciones" (art. 3 de la Ley extremeña).

b) En todas las normas autonómicas se mantiene la planificación de las oficinas de farmacia. Como se recuerda, la Ley estatal impone la planificación, cuya concreta determinación corresponde a las Comunidades Autónomas, que deben tener en cuenta los criterios fijados por el Estado. La Ley catalana toma en consideración, como base de la planificación, las áreas básicas de salud (áreas básicas urbanas, áreas básicas de montaña, áreas básicas rurales y semiurbanas), fijando números de población diferentes para cada una de ellas a efectos de autorizar nuevas oficinas (en las primeras, una por cada 4.000 habitantes; en las segundas, una por cada 1.500 habitantes; en las terceras, una por cada 2.500 habitantes).

El régimen de distancias se fija en 250 metros de la oficina de farmacia más próxima, "sea o no de la misma área básica de salud", añadiéndose que "no pueden establecerse a menos de doscientos veinticinco metros de un centro de atención primaria que sea cabecera de área básica". Reglas, todas ellas, que respetan, en mi criterio, las previsiones estatales, toda vez que, como se ha hecho notar, las distancias y módulos de población previstas en la Ley estatal no tienen el carácter de bases.

Añade que para el cómputo de los habitantes, "se tendrá en cuenta, en cualquier caso, la población del área básica que conste en la última revisión del padrón municipal vigente en el momento de presentar la solicitud, a la cual se sumará el 10 por 100 de los alojamientos turísticos con que cuente el área básica..."

En la Ley vasca se sientan las reglas de la planificación; la demarcación territorial se denomina zona farmacéutica, y estará formada por el conjunto de una o varias zonas de salud; si el municipio es territorialmente superior a una zona de salud, el número de oficinas será de una por cada 3.200 habitantes; si la zona de salud comprende la totalidad del municipio, el número será de una por 2.800 habitantes; y si la zona de salud comprende, total o parcialmente, varios municipios, el número será de 2.500 habitantes. Para el cálculo de los habitantes, se considerará la población que conste en la última revisión del padrón municipal vigente en el momento de presentarse la solicitud. Igualmente, se mantienen criterios de distancia entre oficinas: como regla general, 250 metros, y además las oficinas no pueden instalarse a menos de 150 metros de cualquier centro sanitario dependiente del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza.

La Ley extremeña reitera las reglas de la planificación: "la autorización de nuevas oficinas de farmacia se sujetará a una planificación sanitaria general, conducente a garantizar una atención farmacéutica adecuada a las prioridades geográficas y demográficas de Extremadura y un uso racional de los medicamentos, así como a posibilitar un más alto nivel de calidad y equipamiento en la dispensación de medicamentos"; la base de la planificación está constituida por las Zonas de Salud; en cada Municipio debe existir, al menos, una oficina de farmacia, cuyo número total no debe exceder de una por cada 1.800 habitantes (y sucesivamente, una más en cada tramo 1.801-3.600 habitantes, 3.601-5.400, etc..), computando a tales efectos el resultado del último padrón municipal vigente al momento del inicio del procedimiento de autorización, aunque resulte posible alterar la cifra de población, a tales efectos, cuando se acredite la existencia de población de hecho, flotante, estacional o de temporada (éste "se computará sumándose a la población de derecho y prorrateándose mensualmente a fin de obtener la población total a efectos de la ratio contemplada en el presente artículo"). Se mantiene, igualmente, el régimen de distancias: 250 metros entre ofici-

nas, así como de los centros sanitarios (salvo cuando sólo pueda existir una oficina de farmacia).

En la Ley de Castilla La Mancha se encomienda al Consejo de Gobierno la planificación farmacéutica, "tomando como marco de referencia las zonas básicas de salud, que podrán ser agrupadas o divididas en función de criterios de intensidad y dispersión de la población y de sus necesidades sanitarias". Se sienta la regla según la cual en todos los núcleos de población podrá existir al menos una oficina de farmacia, "siendo su número máximo de una por cada 1.750 habitanen el momento de presentar la solicitud. Y se mantiene el régimen de distancias, de 150 metros entre farmacias, y de éstas con respecto a cualquier centro sanitario público, de financiación pública o concertado (salvo donde sólo pueda autorizarse una oficina de farmacia).

Por lo que hace al régimen de la autorización, la Ley catalana establece que para su otorgamiento (que puede solicitarse no sólo por uno o más farmacéuticos, sino también de oficio o por la comarca o municipio que puedan resultar beneficiarios) se fijará un baremo atendiendo a criterios profesionales y académicos, aunque cuando se solicite por farmacéutico, tiene prioridad el que haya presentado la primera solicitud. En la Ley del País Vasco, la convocatoria se realiza de oficio, previéndose que reglamentariamente se fijará un baremo, "atendiendo a las circunstancias y méritos profesionales y académicos" (aunque se indique que éste se producirá "en los supuestos de formularse más de una solicitud").

La Ley extremeña sujeta la autorización a un procedimiento de concurso público (que puede iniciarse a instancia de un farmacéutico interesado, del Consejo de Salud de Zona, de los Ayuntamientos o de la propia Administración sanitaria regional) en el que deben manejarse los criterios allí previstos: experiencia profesional, méritos académicos, formación postgraduada, valoración de la integración profesional en el ámbito de la Comunidad Autónoma, y medidas de fomento, mantenimiento y creación de empleo (mediante Ley 1/97, de 16 de enero, y con origen en un informe del Defensor del Pueblo, se suprimió el criterio "empadronamiento mínimo de tres años en el ámbito de esta Comunidad Autónoma" que lucía en la redacción inicial). La Ley de Castilla La Mancha, por su parte, sujeta igualmente a autorización la instalación de oficinas de farmacia, que pone fin a un procedimiento de concurso público (que puede iniciarse a petición del farmacéutico, del Colegio Oficial de Farmacéuticos, del órgano de gobierno del municipio que pueda resultar beneficiado o de la Consejería de Sanidad), que se sujeta al baremo que se fije reglamentariamente, pero que deberá tener en cuenta al menos los criterios de experiencia profesional, méritos académicos y formación "postlicenciatura".

c) La Ley catalana regula la transmisión de las oficinas de farmacia, en favor de farmacéutico, aunque estableciendo otras reglas añadidas: sólo cabe cuando la oficina haya estado abierta al público durante seis años (salvo por muerte o jubilación del farmacéutico), se reconoce derecho de adquisición preferente al farmacéutico regente, al sustituto y al adjunto, y se contempla el régimen peculiar aplicable al cónyuge o descendientes del farmacéutico fallecido que se encuentren cursando estudios de la Licenciatura de Farmacia.

La Ley vasca, por su parte, contempla igualmente la transmisión, que sólo procede cuando hayan transcurrido al menos tres años desde la apertura o la última transmisión, salvo en los supuestos de fallecimiento, jubilación, incapacitación o declaración judicial de ausencia. La transmisión, como regla general, mediante concurso de méritos, que convoca la Administración, y a quien compete la correspondiente autorización. Siguen reglas específicas, que se fijarán reglamentariamente, las transmisiones gratuitas y las onerosas a favor de ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos; y se mantiene la previsión sobre cuando al fallecimiento del farmacéutico el cónyuge o hijos se encuentren estudiando la Licenciatura, supuesto en el que se les reconoce la posibilidad de adquirir la titularidad de la autorización, pero delimitándola en un plazo máximo de seis años, "en función del curso en que se encuentre", y supeditando en todo caso tal posibilidad a que adquiera la propiedad del inmueble en que se ubica la oficina de farmacia.

En este extremo es en el que aparece una más notable divergencia en las regulaciones extremeña y castellano manchega, que sientan un régimen de intransmisibilidad de la autorización. La Ley extremeña prohibe "la venta, cesión, traspaso, arrendamiento o cualquier otra forma de transmisión, ya sea por actos ínter vivos o mortis causa, de la autorización administrativa concedida en su día para la apertura de la oficina de farmacia" y declara que la autorización caduca cuando su beneficario cumpla los 70 años de edad; de tal forma que, cuando se cumple la edad establecida, o se produce la muerte, incapacitación o renuncia del titular, se inicia un nuevo procedimiento de autorización (durante su tramitación, queda al frente de la oficina un farmacéutico regente, designado por la Administración). Frente a estas previsiones el Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad, admitido a trámite mediante Providencia de 17 de octubre de 1.996, que automáticamente produjo la suspensión del precepto (que fue levantada por el transcurso de los seis meses previstos en la LOTC). En el ordenamiento de Castilla La Mancha, las autorizaciones son "personales al farmacéutico autorizado" e intransferibles, y caducan por renuncia de su titular, jubilación, fallecimiento, inhabilitación profesional, suspensión definitiva de funciones, incapacitación laboral permanente, total o absoluta, declaración judicial de ausencia o incompatibilidad legal de su titular, así como por conseguir otra autorización para la apertura de farmacia en otro núcleo de población.

d) Igualmente se recoge con carácter general la obligación de la presencia del farmacéutico. Así lo establece la Ley catalana ("la presencia y actuación profesional en la oficina de farmacia de un farmacéutico como mínimo, debidamente colegiado, es un requisito indispensable para llevar a cabo las funciones establecidas en el artículo 2 de la presente Ley"), la del País Vasco ("la presencia y actuación profesional del titular, o de los cotitulares, es requisito inexcusable para desarrollar las funciones previstas en el artículo 5"), la de Extremadura ("la presencia y actuación profesional en la oficina de farmacia del farmacéutico titular debidamente identificado, es un requisito indispensable para realizar las funciones establecidas en la presente Ley") y, en términos semejantes, la de Castilla La Mancha.

e) Respecto al régimen de jornada y horarios de funcionamiento, la Ley catalana no recoge expresamente los principios de libertad y flexibilidad previstos en la legislación estatal (lo que fácilmente se explica al constatar la fecha de su promulgación); se limita a indicar que se garantiza a la población la asistencia farmacéutica permanente, a cuyo efecto la Administración catalana fijará las normas oportunas en relación con los horarios de atención al público, los servicios de urgencia, las vacaciones y el cierre temporal voluntario de las oficinas de farmacia. Tampoco lo hace la Ley vasca de 1.994, que, tras señalar que "las oficinas de farmacia deben prestar atención farmacéutica a los ciudadanos de forma continuada", sienta la regla por la que deben permanecer abiertas al público durante el horario ordinario que se fije por la Autoridad sanitaria, completada con el sistema de turnos; concluye, en fin, indicando que, "fuera de dicho horario, la atención farmacéutica sólo se prestará en régimen de urgencia".

La Ley extremeña parece participar del criterio estatal: señala que "el carácter permanente de la asistencia farmacéutica que se preste a la población a través de las oficinas de farmacia se garantizará con carácter mínimo...I...durante todos los meses y días del año mediante la correspondiente ordenación por la Administración sanitaria…". Igualmente sucede en la Ley de Castilla La Mancha ("las oficinas de farmacia permanecerán abiertas al público al menos durante el horario mínimo que se determine por la Administración sanitaria"; fuera de este horario mínimo, se garantiza la asistencia en régimen de urgencia mediante el sistema de turnos).

f) Aunque la normativa estatal nada prevé, algunas normas autonómicas han establecido limitaciones, por motivos de edad u otros, para adquirir la autorización de instalación de una oficina de farmacia. La Ley catalana establece que "en ningún caso pueden participar en el procedimiento de instalación de una nueva oficina de farmacia los farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años al inicio del procedimiento, ni los farmacéuticos que tengan instalada una oficina de farmacia en el mismo municipio o en la misma área básica en las cuales se solicite la nueva instalación"; la Ley del País Vasco dispone que sólo podrá adjudicarse la autorización en favor de farmacéuticos mayores de 65 años o de farmacéuticos titulares o cotitulares de oficinas de farmacia ubicadas en la misma zona farmacéutica "cuando no existan otras solicitudes en el mismo expediente"; además de la exigencia de la propiedad del inmueble, añade que es requisito imprescindible para participar en los procedimientos de transmisión de farmacias que el concursante acredite "el cumplimiento de tres años de ejercicio profesional en algún servicio relacionado con la atención farmacéutica". La prohibición de adjudicar la autorización a los farmacéuticos que cuenten con más de sesenta y cinco años se reitera en la Ley extremeña (que no exige, por otra parte, la propiedad del inmueble para obtener la autorización, sino que sirve también el derecho de posesión). En términos muy semejantes se pronuncia la Ley de Castilla La Mancha (que, por otra parte, recoge un catálogo de derechos de los ciudadanos, y reconoce el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico). En fin, en algunas leyes (Castilla-La Mancha, Extremadura y País Vasco) se ha incorporado una regulación sobre el régimen de incompatibilidades del farmacéutico, que, reiterando las previstas en la legislación estatal, añade otras causas, y en particular declaran la incompatibilidad con cualquier otra actividad laboral no contemplada en la Ley, pero que impida la presencia física del farmacéutico en el horario ordinario o en los turnos fijados para el servicio de urgencia.

Previsiones, todas ellas, correctas en Derecho desde la perspectiva del reparto de competencias, ya que nada establece al respecto la legislación estatal básica, quedando en el ámbito de disponibilidad de las Comunidades Autónomas.

4. CONCLUSIONES.

Las bases, como título competencial estatal, identifican la ordenación uniforme que reclama el interés general. Formalizadas, deben ser respetadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de su competencia sobre el desarrollo normativo, sin perjuicio de las especialidades que puedan incorporar en función de sus respectivos intereses. Las bases, que pueden ser modificadas por el legislador estatal, prevalecen sobre las normas autonómicas; no pueden ocupar todo el espacio de la regulación (porque en tal forma se invadiría la competencia autonómica); pueden variar el modelo, dentro del marco de la Constitución, aunque afecten al ámbito preexistente de regulación (así sucedió, por ejemplo, con las Cámaras de la Propiedad Urbana, en una reforma declarada correcta por la Sentencia TC 178/94, de 16 de junio; y que en el ámbito de las oficinas de farmacia no puede excluirse, como anticipó la STC 83/84). En fin, si varía el contenido de las bases, las normas autonómicas deben, necesariamente, adecuarse a las

nuevas reglas básicas (lo que puede suceder, en algunos aspectos -como el régimen de horarios- de la regulación autonómica de las oficinas de farmacia, anteriores a la Ley 16/97).

Por lo que se refiere al desarrollo normativo, debe destacarse que no se trata de una tarea de repetición mimética de las normas estatales, ni de simple ejecución; su contenido no permite desvirtuar lo básico (por ejemplo, la configuración de las oficinas de farmacia), pero sí especificar la regulación que el propio interés autonómico reclame, y que comprende todo el espacio de la regulación no ocupado por el Estado (dentro de los requisitos constitucionales), y que en todo caso debe permitir a las Comunidades Autónomas que puedan incorporar opciones diversas en su ordenación normativa, que es lo que exige la concreción del principio de autonomía en esta forma de reparto constitucional de competencias.

LA NORMATIVA DE LAS CCAA EN MATERIA DE ORDENACION FARMACEUTICA

EXTREMADURA

Sr. D. GUILLERMO FERNÁNDEZ VARA
Consejero de Sanidad de la Junta de Extremadura

Creo que en primer lugar, antes de entrar en más pronunciamiento, y sabiendo además la dificultad que uno tiene cuando otros le han precedido en la palabra haciendo una descripción, más o menos exhaustiva, de los distintos textos, en los que lógicamente, en gran parte, hay una alta coincidencia entre unos y otros, si creo que sería bueno y oportuno que hiciéramos una breve reflexión en tomo a en qué sede estamos hablando.

No estamos hablando, lógicamente, en una sede parlamentaria, y, por lo tanto, creo yo que no es una visión estrictamente política de los hechos la que yo debo transmitirles a ustedes. No estamos en una sede corporativa, y, por lo tanto, no es sólo del punto de vista de los profesionales farmacéuticos desde el que hay que analizar las distintas legislaciones. Creo, sin embargo, que estamos en una sede doctrinal, es decir, una sede donde se reúnen una serie de profesionales, en este caso, del derecho y de la sanidad que entienden que ambos, en concepto, están plenamente imbricados.

El derecho y la sanidad son dos antiguos y viejos compañeros de viaje que, a medida que se ha ido produciendo una evolución tanto desde el punto de vista tecnológico como desde el punto de vista social, han tenido que ir adecuándose y amoldándose el uno al otro creando, sin duda -en ese desarrollo y en ese caminar-, conflictos que tienen que resolverse necesariamente a través de las distintas normas que en cada momento se establezcan por el legislador que corresponda.

Y pienso que les defraudaría yo a ustedes, y sobretodo me defraudaría a mí mismo, si en una sede doctrinal yo no intentara, de alguna manera, amparar la legislación que en la comunidad a la que represento se ha llevado a cabo hace ya algunos meses.

En primer lugar, y porque entiendo que es mi obligación el ser lo más riguroso posible y el intentar transmitirles a ustedes el respeto que desde Extremadura hemos intentado guardar por la legislación tanto de nuestra Carta Magna como de lo que se ha ido entendiendo y aplicando por parte de los distintos tribunales...

En primer lugar, y muy brevemente, yo diría que, como objetivos fundamentales a la hora de diseñar lo que iba a ser la legislación farmacéutica en Extremadura, que coge todo un debate previo a la aprobación de la ley con objeto del planteamiento de un grupo político que establecía las oportunidades que se legislara en esta materia, se especificaban claramente dos principios, ambos recogidos en nuestra Constitución, que atribuye "el derecho a la protección de la salud y la obligación de los poderes públicos de garantizarla", y ello vinculándolo con otros artículos de la Constitución que establecen que ello debe hacerse bajo el principio de la igualdad. Es decir, cualquier persona, con independencia de donde haya decidido vivir o donde haya decidido desarrollar su existencia, tiene los mismos derechos.

Y, en segundo lugar, aquel que atribuye a los poderes públicos la obligación de velar por eliminar los obstáculos que impidan a las personas participar en la vida política, en la vida económica y en la vida social del país. Esto, hablando en plata, y para que nos entendamos, se establece en dos principios básicos: uno, el de igualdad en el acceso al servicio sanitario que representan las oficinas de farmacia, y, en segundo lugar, igualdad de oportunidades del profesional, dellicenciado en farmacia, igualdad de oportunidades a la hora de poder acceder a la titularidad de una autorización administrativa sin más diferencias que las que se derivan del mérito, de la capacidad, del trabajo y del esfuerzo.

En base a esos dos principios constitucionales, se establece una normativa, que supongo que ustedes tienen y, por lo tanto, yo no voy a entrar en analizarla exhaustivamente, muchos de los aspectos coinciden en lo que hasta aquí se ha hablado, y porque creo que, a poder ser sincero en lo que a ustedes les interesa, es que se pongan de manifiesto las diferencias que puedan existir entre unos textos y otros y, fundamentalmente, las motivaciones para que esas diferencias puedan existir.

En base a eso creo que, como novedad en el momento en el que la Ley de atención farmacéutica de Extremadura se aprobaba el 25 de junio de 1996, establecía introducir un sistema concursal, en el régimen de autorizaciones de oficinas de farmacia, la intransmisibilidad, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa* de la autorización, salvaguardando los derechos de los actua-

les titulares al permitírseles transmitir por una sola vez. Como fórmula de garantía del principio de seguridad jurídica, se establecía la caducidad de la autorización administrativa a los setenta años y se hacía una adecuación de la *ratio* poblacional a las peculiaridades, a las necesidades geográficas, demográficas y sanitarias de nuestra comunidad autónoma.

Por lo que respecta a la no transmisibilidad, la primera razón por la que esto se estableció era por propia coherencia interna de la norma, ya que era, bajo nuestro punto de vista, difícilmente aceptable el que estableciéramos un sistema concursal único, capaz de garantizar el que tengan acceso a la titularidad de las autorizaciones aquellos que más méritos tengan. Era difícilmente aceptable que esto fuera compatible con un sistema que permitiera, inmediatamente después de que se hubiera obtenido esta autorización, su transmisión a persona o personas que no reunieran esas mismas condiciones. Podríamos llevarnos al tremendo absurdo que hubiera determinados farmacéuticos que vivieran exclusivamente de obtener oficinas de farmacia en un concurso porque tuvieran muchos méritos y transmitidas al día siguiente, lo cual supondría, amén de un fraude de ley, un fraude de lo que era el verdadero espíritu que tenía nuestra legislación.

Nosotros pretendíamos -porque entendemos que el proceso que va desde que una persona se pone enferma hasta que una persona se cura pasa por manos de muchos profesionales: el que diagnostica, el que trata, el que prescribe, el que dispensa- que en esa faceta fundamental que tiene el farmacéutico, que es representar en ese proceso que va desde la enfermedad hasta la salud, que le lleva hasta el punto, porque así está establecido legalmente, que puede modificar un determinado producto farmacéutico con ocasión de la aplicación, como digo, de la legislación vigente, entendíamos nosotros que si en el sistema de salud de nuestro país se había establecido para el resto de los pasos una garantía, de alguna manera, que el servicio de protección a la salud del ciudadano estuviera en manos de aquellos mejor preparados, mejor formados y con más méritos, creíamos que era bueno que eso ocurriera a lo largo de todo el proceso, y la única forma de garantizado era establecer, con la reserva de los actuales titulares, que de cara al futuro las nuevas titularidades de oficinas de farmacia fueran intransmisibles. Y lo hacíamos, además, con ánimo de ser respetuosos con la doctrina, porque así lo venía diciendo el Tribunal Supremo desde hacía mucho tiempo. Por parte del representante de Castilla-La Mancha se han leído unas sentencias -yo podría citar muchísimas más- que han venido a lo largo de los últimos años, de los últimos veinte años, repitiendo constantemente y machaconamente que propiedad y titularidad son cosas bien distintas. Es algo, además, que tengo que decir que a lo largo de mis intervenciones con ocasión de la ley, tanto en Extremadura como fuera de ella, he tenido ciertas dificultades para que en los debates, para que en los planteamientos, se entrara de verdad en analizar qué es lo que los tribunales de Justicia han venido diciendo. Es decir, la intransmisibilidad, la dualidad entre titularidad y propiedad no es algo que se inventara en Extremadura, no es algo que se haya inventado en Castilla-La Mancha ni algo que se haya inventado ningún iluminado, era algo que los tribunales de Justicia venían diciendo desde hacía mucho tiempo. Cosa distinta es que el legislador lo vincule, y pueda autorizar que existan transmisiones, y, de hecho, así se hacía. Pero creo que la discusión no era si el legislador está capacitado para permitir que se transmita o no, que efectivamente y evidentemente lo está, sino si son la misma cosa. Porque una vez que no son la misma cosa, habrá que establecer lo que dice la legislación básica. Y si la legislación básica lo regula o lo regula parcialmente, podrán las comunidades autónomas entrar a regularlo completándolo o ampliándolo.

En este sentido yo creo que, siendo rigurosos con lo que ha venido siendo una posición reiterada de la doctrina del Tribunal Supremo, hay que tener claras dos cuestiones: La primera de ellas que la autorización administrativa se hace en función de unas condiciones que reúne una persona. Esto, a mayor abundamiento, una vez que el Real Decreto Ley salió, lo confirmó todavía más. Pero era algo que, sin necesidad de ser real decreto ley, ya estaba establecido. Saben ustedes que en la antigua regulación del Real Decreto 909/78 había ya una fórmula de acceso a la oficina de farmacia mediante concurso de méritos. Claro, era una paradoja el que eso pudiera luego hacerse a través de un régimen de transmisibilidad.

Si esto es en función de las características personales de un ciudadano, evidentemente hay que coincidir que, en el momento en que se produzca la transmisión a otro farmacéutico, lo que se está produciendo es, según el profesor García de Enterría, una autorización *ex nava*, es decir, otra autorización distinta. Y, por lo tanto, es necesario y es posible que la Administración que tiene que dar esa otra autorización distinta pueda entrar a regularla.

El profesor García de Enterría, maestro de muchos administrativistas de nuestro país, ha diferenciado desde hace mucho tiempo muy claramente las clases y los tipos de autorizaciones administrativas, diciendo que hay unas autorizaciones simples, que son aquellas en la que la Administración se limita exclusivamente a dar, como si dijéramos, el visto bueno, a autorizar, y hay, por otro lado, las que él define como autorizaciones operativas, en la que el legislador puede encauzarlas, limitadas y modularlas. Viene a decir incluso el profesor García de Enterría que en este tipo de autorizaciones personales -y digo que son personales no porque yo me lo invente, sino porque lo ha dicho el Tribunal Supremo- no pueden o no deben transmitirse libremente. Porque de hacerse, como digo, lo que se estaría produciendo sería una nueva autorización. En ese sentido, y teniendo en cuenta que se trata, lógicamente, de una autorización sometida a una regu-

lación especial, es por lo que, y entendiendo que era por coherencia interna con el propio texto, entendíamos en ese momento que procedía y se debían limitar las transmisiones sólo a los que fueran, en el momento de la entrada en vigor de la ley, ya titulares de la autorización, y prohibidas de cara al futuro. Pero es que a raíz de eso se han ido produciendo una serie de hechos que, bajo mi punto de vista, han ido a dar la razón al legislador autonómico, en nombre del que yo no vengo aquí a hablar. Yo soy miembro del gobierno de una comunidad autónoma y no soy parlamentario. Por lo tanto, no soy parlamentario de la Asamblea de Extremadura, pero tengo la obligación de defender un texto en el que yo participé ampliamente y, sobre todo, porque fue un texto que fue aprobado por unanimidad de todos los grupos políticos en el 95% de su redacción.

En ese sentido, tengo que decir que el auto del Tribunal Constitucional que levantaba la suspensión, hace apenas un mes, del recurso que el presidente del Gobierno de España presentó a la Ley de Extremadura, dice claramente por qué lo hace. Es decir, no es algo que lo haga por razones puramente procesales, sino que, sin entrar en el fondo de la cuestión, puesto que un auto no es el momento procesal idóneo para entrarlo, sí va marcando las pautas de lo que puede ser el futuro. Cuando afirma taxativamente que "frente a las restricciones que el artículo 14 de la Ley de Extremadura sin duda supone para el titular de la farmacia, son otros muchos los bienes e intereses dignos de protección que el legislador autonómico ha ponderado". Y o creo que aquí es donde va estar el *quid* de la cuestión de cara al futuro, de cara a la decisión definitiva que tendrá que tomar el Tribunal Constitucional, porque evidentemente aquí hay una restricción de derechos de unos frente a la aplicación y la recogida de derechos e intereses de otros. Tendrá que ser en su día el Tribunal Constitucional el que pondere si realmente, desde el punto de vista constitucional, el legislador autonómico ha ponderado adecuadamente o ha ponderado inadecuadamente. Yo, en ese sentido, no voy a afirmar, como hacía el representante de Castilla-La Mancha, que esta ley no se ha hecho contra nadie, sino que yo soy el primero que tengo un enorme deseo de conocer lo que será la respuesta del Tribunal Constitucional, porque entiendo que ese será el momento en el que se defina con toda claridad, al margen de interpretaciones, al margen de manipulaciones que se hayan podido producir desde distintas partes, será el momento idóneo en el que entendamos y comprendamos, de una vez y definitivamente, cuál es hoy, a 1997 -en su momento, a 2002, cuando se muestre el Tribunal Constitucional-, el fondo del régimen de las autorizaciones administrativas en España.

Yo espero y deseo que el Tribunal Constitucional entre en el fondo de la cuestión, no sólo en el régimen de autorizaciones de oficinas de farmacia, sino que aproveche esta sentencia para dilucidar un debate que ya no sólo existe en este ámbito, sino en otros ámbitos de las autorizaciones administrativas, y eso nos pueda permitir conocer cuál es la realidad y la trascendencia que deben tener de cara al futuro.

Pero ha habido no sólo este auto. Ha habido una ley, que empezó siendo de ampliación y ahora es de regulación, que en uno de sus artículos, aprobado en el Congreso hace una semana, y pendiente de publicación, dice claramente que "en los casos de clausura o cierre obligatorio de las oficinas de farmacia por sanción de inhabilitación profesional temporal o definitiva de cualquier índole, las comunidades autónomas podrán preveer la prohibición de transmitir las citadas oficinas de farmacia".

Yo entiendo que si el legislador estatal prohibe que se transmita una oficina de farmacia a una persona que ha sido inhabilitada profesionalmente, está reconociendo implícitamente que propiedad y titularidad son cosas distintas. Porque una persona que se le inhabilita profesionalmente, si propiedad y titularidad fueran una misma cosa, no cabría la posibilidad de limitarle la transmisión. Él está inhabilitado para el ejercicio de su profesión, pero nada le impide el que la pueda ejercitar otro, al que él le transmitiera la oficina de farmacia. Pero es que incluso nadie le impediría guardar la autorización administrativa en un cajón y utilizar los locales donde está implantada la oficina de farmacia para establecer otro tipo de negocio mercantil, con lo cual estaría claramente determinado que guardaría la autorización administrativa, pero podría hacer uso de aquello que le afecta a su derecho patrimonial para trasmitirlo, enajenarlo, cederlo o hacer lo que entendiera oportuno. Por eso creo que, cuando el legislador estatal ha introducido este punto 3 en la Ley estatal, de alguna manera lo que está reconociendo es que las comunidades autónomas, cuando tienen la posibilidad de regular las condiciones, las formas, los requisitos, los modos, etc., lo tiene que hacer entendiendo y viendo lo que era la voluntad del legislador. Pero es que además, si se lee el *Diario de Sesiones* del Congreso de los Diputados, donde se discutió esta norma, se desprende de la discusión que allí hubo que este es el fondo de la cuestión. Yo entiendo que si fuera tan sencillo, si fuera tan fácil vincular los conceptos de titular y propiedad, el legislador estatal lo tenía muy fácil. Era cuestión, simplemente, de que hubiera hecho un artículo muy sencillito: propiedad y titularidad, a los efectos de la oficina de farmacia, son una misma cosa, con lo cual no se pueden impedir las transmisiones. El problema estaría resuelto. Cuando eso no se ha hecho es porque yo entiendo que el legislador estatal y el Gobierno de la nación, que tiene sus asesorías jurídicas, saben que es difícil de defender. Y en ese sentido se le ha intentado dar al final una regulación que creo que nos permite al resto de las comunidades autónomas poder legislar adecuadamente respetando aquello que desde la legislación básica se nos dice que se transmite.

El segundo aspecto del que creo que puede suponer novedad la legislación extremeña es el de la caducidad. Caducidad de la autorización administrativa que supone -y leo textualmente también, y muy brevemente, una afirmación del profesor García de Enterría en su curso de Derecho Administrativo que "en las autorizaciones personales se justifica el sometimiento de las mismas a determinados plazos en los que previsiblemente se mantengan las modalidades consideradas necesarias para su mantenimiento". El si vemos a las oficinas de farmacia, si vemos al farmacéutico en esa cadena que va desde que la persona se pone enferma hasta que sana, o en un papel importante dentro de lo que es la dispensación, no como un mero vendedor sino como una persona que interviene en la salud de los ciudadanos -e interviene, y ahora lo hemos podido ver con ocasión de los casos de meningitis en Extremadura de una forma crucial e importantísima, interviniendo de verdad desde la oficina de farmacia-, si eso es así, llega un momento en la vida de toda persona que no se tienen las condiciones idóneas para poder ejercer en condiciones. Es una edad que habitualmente se establece entre los 6570 años. Esto es lo único que nosotros hemos intentado decir: "No creemos que una persona con 90 años esté en condiciones de poder ejercer una profesión tan importante para los ciudadanos en un establecimiento sanitario -yo no discuto el carácter privado- pero evidentemente de interés público, y lo que hacíamos era intentar ajustarlo de tal manera que le permite a una persona desarrollar toda su vida profesional y cuando se produzca la edad en que caduca la autorización administrativa la pueda vender, puesto que a él sí que se le autoriza a venderla, y el que de nuevo entra a una de las oficinas de farmacia y con la aplicación que de la ley se haga, lo haga sabiendo que cuando transcurran 30 o 40 años esta oficina de farmacia -esa autorización administrativa- pasará a la Administración para que sea nuevamente sometida a concurso. Establece la ley, igualmente, un sistema concursal basado en la experiencia profesional, en los méritos académicos, en la formación postgraduada, en la integración territorial en el ámbito de la comunidad autónoma, y en el fomento y mantenimiento y creación de empleo. Y adecúa la *ratio* que existe a nivel de la legislación estatal -antes el Real Decreto 909, después el Real Decreto Ley y ahora la Ley de regulación-, creo que respetando escrupulosamente lo que he dicho, el texto estatal, cuando permite que las comunidades autónomas bajen las *ratios* que se establecen como mínimas a nivel del Estado por razones geográficas, por razones demográficas y por razones sanitarias.

Ya nuestra ley, en su artículo 8, contempla que eso lo hacemos por esas razones, y es por lo que entendemos que se adecúa perfectamente a lo que el legislador venía diciendo.

En ese sentido, yo creo que estas son las características más peculiares y que, junto al resto de ordenación -de horarios, de urgencias, de vacaciones, de sustituciones, de adjuntías, de dispensación animal, incompatibilidades, régimen sancionador, centros sanitarios y socio-sanitarios, centros hospitalarios- es bastante parecido a lo que se hace en otras comunidades autónomas.

Sí querría, simplemente, intentando ser, además, lo más sincero posible, el que en todo esto yo creo que ha existido, por parte, en primer lugar, del Gobierno de la nación y luego del legislador estatal, unos ciertos grados de indefinición de cara a lo que se pretendía, que nos ha estado sometiendo incluso a distintas comunidades autónomas a vaivenes, comunidades autónomas que ya tenían preparados textos que, cuando salió el Real Decreto Ley, lo retiraron, que ahora los van a tener que volver a hacer. Y esto yo creo que ha sido consecuencia, como digo, de una cierta indefinición de qué era lo que se pretendía a través de la legislación básica estatal.

Tengo que reconocer que yo he sido el primer sorprendido con que el Tribunal Constitucional haya levantado la suspensión. Sorprendido en tanto que entendía que era un aspecto sustancial de la ley que permitía que se fuera aplicando la ley sin necesidad de esos dos artículos, puesto que, a través de un sistema de disposiciones transitorias, no afectaba en los próximos años, pero sí he recibido con satisfacción el hecho de que ya el Tribunal Constitucional reconozca que desde Extremadura hemos podido restringir algunos derechos pero hemos ponderado otros y hemos ponderado bienes e intereses que también deben de ser dignos de protección por parte de los legisladores.

En este sentido, yo espero y deseo que en el futuro se vayan pudiendo desarrollar adecuadamente las mismas, que ello se haga, y así lo estamos haciendo o intentando hacer en Extremadura, con una colaboración por parte de los representantes colegiales, de los representantes corporativos, y que intentemos, en la medida en la que es una ley que ya está en el papel del *Boletín Oficial del Estado,* y que, por lo tanto, hay que aplicar, que se vaya haciendo de la forma más coordinada posible y de aquella manera que permita el que eso se haga sin que tengan que quedarse demasiados principios por el camino. Y cuando digo esto quiero decir sin que suponga una renuncia de nadie a defender sus intereses, que yo, desde siempre, los considero absolutamente legítimos.

Yo entiendo que toda la batalla legal que se tenga que producir en el futuro -y se producirá- es absolutamente justa y es absolutamente honesta por parte de quien defiende sus intereses. Lo único que le pido a quien defiende sus intereses es que entienda que quien está en un momento dado en una responsabilidad política, en una responsabilidad pública, tiene también que defender intereses de otros, intereses que son, como ha dicho el Tribunal Constitucional, tan dignos de protección como pueden ser los que en este caso afecten a los profesionales.

MURCIA

Sr. D. FRANCISCO MARQUÉS FERNÁNDEZ
Consejero de Sanidad y Política Social de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Hoy vamos a hablar en torno a la ordenación farmacéutica de la Región de Murcia, puesto que en próximas fechas el Parlamento Regional ha de aprobar el texto, ya presentado, que constituirá la Ley de ordenación farmacéutica en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma. Quisiera resaltar un matiz inicial importante en el que voy a coincidir con el Consejero de Navarra, y es que, así como la asistencia sanitaria o la sanidad en general tiene como epicentro de todas sus actuaciones el acto médico, alrededor del cual giran todos los temas, incluido el de la gestión, en la ordenación farmacéutica también hay un epicentro, que es, sin lugar a dudas, la atención farmacéutica, cuyo concepto se encuentra recogido en Título 1 "De la Atención Farmacéutica" de la citada Ley de inminente aprobación.

En tal sentido, se entiende por atención farmacéutica "el conjunto de actividades desarrolladas en los establecimientos y servicios regulados en la presente Ley, bajo la responsabilidad y supervisión de un profesional farmacéutico, en relación con la conservación, distribución, custodia y dispensación de medicamentos y productos sanitarios, tanto en el ámbito de la salud pública como en el asistencial, de modo que garanticen, en todo momento, una adecuada asistencia farmacéutica a la población y que fomenten, a su vez, un uso racional del medicamento".

Así pues, hemos pretendido en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia establecer una ordenación que tiene como base, o que persigue como objetivo, el regular, de una forma completa, la atención farmacéutica en el ámbito territorial de nuestra Comunidad Autónoma. Y esto no considerado como un punto aislado, en que se incide por cuestiones de oportunidad política o de legalidad, sino como una parte importante de otro ordenamiento superior, que es la ordenación sanitaria de nuestra Comunidad Autónoma.

¿ Cuáles han sido las razones para introducir esta definición y para que tengamos tanta convicción en que el cometido asistencial que desarrollen los profesionales farmacéuticos sea éste? Es una razón elemental. Si estuviésemos hablando única y exclusivamente de la dispensación y de la transmisión de un patrimonio privado, aunque sea al amparo de una licencia o de una autorización o como ustedes quieran denominarlo, entonces tendríamos que dar la razón a determinadas tesis que encuentran reflejo en normativas legales que presumiblemente pueden tener amparo constitucional. Pero no es ésta la circunstancia. De lo que se trata es de la atención farmacéutica, y, con esa base o con ese equilibrio, es con el que debemos legislar, al menos, en nuestra Comunidad Autónoma, yeso es, por tanto, con la humildad oportuna, lo que hemos intentado hacer.

Nos hemos basado, fundamentalmente, en dos razones para poder acometer la ordenación farmacéutica de Murcia. En primer lugar, las razones de oportunidad, de carácter elemental, para adaptar la normativa desfasada reguladora de las farmacias, que venía constituida por el Real Decreto 909/1978. Adaptar, en definitiva, la realidad normativa a lo que es la realidad geográfica, demográfica y de otras circunstancias que pueden caracterizar, de forma particular, a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

En segundo término, existía cierta premura que venía impuesta, en determinada medida, por la aparición del Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio.

Estas dos circunstancias han sido las que han hecho que, de una forma no acelerada pero tampoco con mucha pausa, presentáramos en la Asamblea Regional la Ley de Ordenación Farmacéutica, que, como he comentado anteriormente, va a ser aprobada en breve.

En relación a las razones de legalidad se han despejado todas las dudas al respecto. Efectivamente, la Constitución atribu

ye competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene a nuestra Comunidad Autónoma. Estas competencias son extensísimas y puede surgir alguna ambigüedad de la lectura de los artículos 148 y 149. En tal sentido, la duda razonable venía dada por los propios Estatutos de Autonomía, ya que alguno de ellos contemplaba específicamente el título competencial de la ordenación farmacéutica dentro de su articulado, sobre todo en las Comunidades Autónomas nacidas al amparo del artículo 151 y también algunas del 143. No obstante, el Consejo de Estado había indicado en más de una ocasión que las Comunidades Autónomas podían regular y planificar en esta materia de la ordenación farmacéutica desde el año 1.978.

Una vez analizadas esas razones de legalidad y oportunidad, habría que centrarse en el texto de la Ley, resaltando cinco aspectos particulares que son, tal vez, los cinco puntos en los que la ordenación farmacéutica de la Región de Murcia presenta determinadas peculiaridades o elementos diferenciadores e incluso novedoso s en relación a otras regulaciones autonómicas.

En primer lugar, regulamos, de una forma yo creo que diferente, las figuras del farmacéutico regente y del farmacéutico sustituto, que tienen carácter de excepcionalidad, pues su nombramiento se debe a unas causas tasadas con temporalidad definida, en tanto tienen que extinguirse en el plazo máximo de 24 meses.

En .segundo lugar, coincidiendo con otras Comunidades Autónomas, hay que resaltar un aspecto particular referido a la planificación farmacéutica en la Región de Murcia. Ello en dos sentidos. El primero, porque hacemos coincidir y definimos la zona farmacéutica con la zona básica de salud, aunque introduciendo pequeñas variantes, ya que podemos integrar varias zonas de salud en una misma zona farmacéutica o podemos delimitar ésta a una parte de una zona de salud si comprende varios municipios, e incluso podemos hacerla coincidir con un municipio en función de las peculiaridades de nuestra Comunidad Autónoma, que tiene pocos municipios pero muy extensos.

Y el segundo, porque hacemos una diferenciación importante en función de nuestras características geográficas, demográficas y estacionales al establecer zonas urbanas, turísticas y rurales con módulos distintos de habitantes por oficina de farmacia para cada una de ellas, respetando inicialmente los principios básicos de la legislación estatal, que entonces señalaba el Real Decreto-Ley 11/1996, de 17 de junio. Así se exigen 2.800 habitantes por oficina de farmacia para las zonas urbanas, 2.500 para las turísticas y 1.500 para las zonas rurales.

Una tercera consideración es la que hace referencia a los traslados. En ningún caso, y así lo dice la Ley, se podrá autorizar un traslado que deje sin farmacia el municipio, barrio urbano, pedanía, diputación u otra división territorial de ámbito inferior al municipio, ni el núcleo concreto de población para el que fue autorizada la apertura de farmacia. Este es el único supuesto en toda la Ley en que aparece el término "núcleo de población", pensando precisamente en aquellas oficinas que en su momento fueron autorizadas al abrigo del artículo 5.1.b) del Decreto de 1957 o del artículo 3. 1.b) del Real Decreto 909/1978.

Otra particularidad, la cuarta, que consideramos interesante es la relativa a la transmisión de las oficinas de farmacia. Ciertamente hay una polémica notable en este aspecto, no pudiendo obviar la importancia que, en su conjunto, tienen las transmisiones por sus derivaciones patrimoniales. Por una parte, por la trascendencia que tienen los establecimientos sanitarios *per se*, pero también por la capitalización necesaria de esas oficinas y la ausencia de ayudas que en muchas ocasiones la Administración puede prestar a las mismas. Esa es una de las razones fundamentales para otorgar una determinada protección, aunque limitando -eso sí- algunos aspectos de las transmisiones *ínter vivos* o *mortis causa.*

En tal sentido, la transmisión *ínter vivos* podrá realizarse pero con una limitación esencial. Desde el momento en que un farmacéutico solicite la autorización de una nueva apertura no podrá transmitir la suya hasta que no finalice el procedimiento. Si ese procedimiento termina de forma favorable a su solicitud, decaerá automáticamente la autorización primitiva, que quedará en posesión de la Administración para que, a través de un concurso y con el baremo que se establezca al efecto, pueda ser adjudicada a favor de otro farmacéutico.

En relación a las transmisiones *mortis causa,* se podrá transmitir por los herederos el establecimiento en los dos años siguientes al fallecimiento, teniendo en consideración de forma específica el supuesto en que los descendientes directos sean farmacéuticos. En consecuencia, hemos creído que esos dos años son necesarios para poder realizar la transmisión o venta a terceros en unas condiciones de seguridad para los descendientes de aquella persona que fue titular de esa oficina de farmacia.

Por último, el quinto aspecto que me parece innovador es que, de la misma manera que en los centros de atención primaria se determinará, reglamentariamente, la existencia de servicios de farmacia, también debería posibilitarse -y así lo hemos hecho- que exista con carácter obligatorio un depósito de medicamentos en aquellos que no venga exigido, así como en los centros de atención primaria de titularidad privada. En consecuencia, la Ley procura dar cobertura y contener una regulación específica en este punto.

No voy a relacionar, porque son numerosísimos los aspectos que en la Ley se establecen con respecto a los servicios de farmacia hospitalarios, socio-sanitarios, psiquiátricos, los depósitos de medicamentos y a las propias oficinas de farmacia, a las funciones que deben tener, etc., en el contexto actual, y probablemente en el futuro, los profesionales de la farmacia; pero sí quiero poner de manifiesto una cosa que me parece destacable: la futura Ley de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Murcia considero, con sinceridad, que es una norma bastante equilibrada, por tres motivos.

El primero de ellos porque en el régimen de las transmisiones -que parece ser uno de los aspectos esenciales del debate de la ordenación farmacéutica, aunque no con mucho el más importante- nuestra Ley adopta una postura intermedia, entre la posición iniciada en el año 1991 por la Ley de Cataluña y la normativa de las Comunidades de Extremadura y de Castilla-La Mancha recientemente aprobadas.

En segundo lugar, por el equilibrio que consigue en cuanto a su dimensión, a su extensión y a su contenido. Así posibilitará que los reglamentos posteriores de desarrollo, que llegarán en breve, sobre horarios, publicidad, botiquines, categorías de los farmacéuticos, procedimientos, etc., permitan ir incorporando toda una serie de nuevas regulaciones de este sector que afectarán tanto a los profesionales farmacéuticos como a la ciudadanía en general.

Y, en tercer lugar, me parece que es una Ley equilibrada, porque no ha pretendido hacer ningún tipo de política con colectivo alguno, y que responde a una verdadera realidad

social, ateniéndose a las particularidades de mi Comunidad Autónoma.

Dentro de poco tiempo tendremos, con total seguridad, una visión diferente de lo que debe ser una ordenación farmacéutica en una Comunidad Autónoma concreta, basada en el trabajo de los profesionales que prestan sus servicios en este ámbito de la salud, en colaboración con la atención primaria, en cuestiones que nosotros entendemos tan elementales como el simple apoyo o consejo a la población y el uso racional del medicamento etc. Asimismo, tendremos que asumir una serie de actuaciones cuando se transfieran las competencias en sanidad asistencia! que requieren una ordenación seria y equilibrada, que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia va a aportar a todos sus ciudadanos, así como a los responsables de las oficinas de farmacia y a todos los farmacéuticos que se dediquen a la atención farmacéutica en nuestra Región, y que quizá pueda servir de referencia o de consulta a otras Comunidades Autónomas.

NAVARRA

Sr. D. SANTIAGO CERVERA SOTO

Consejero de Salud de la Comunidad Foral de Navarra

En el año 1996, en el año pasado, ha habido una intensa actividad de orden normativo, tanto en el ámbito nacional, que ha derivado en la recientemente aprobada Ley de ámbito nacional, como también los desarrollos normativos que han hecho las comunidades autónomas, que, como ustedes saben, han puesto en una palpitante actualidad todo lo que se refiere a la normativa y a lo que también representa el sector de las oficinas de farmacia en nuestro país. Incluso se está produciendo un epifenómeno, que es el de una subcomisión que ha sido constituida en el Senado y que está estudiando, en una forma más global, más general, y tampoco sin que de sus trabajos tenga que deducirse o no ninguna normativa concreta, todo el ámbito de la atención farmacéutica. Por las razones que fueren -razones de oportunidad política, razones económicas, razones de ver que había ya unos modelos legislativos periclitados-, lo cierto es que nos encontramos, en las comunidades autónomas, igual que se ha encontrado el legislador nacional, con la necesidad de abordar unos nuevos modelos, de abordar unas nuevas realidades relativas a la instalación y al funcionamiento de las oficinas de farmacia y, en su conjunto, lo que luego denominaré y trataré de definir como la atención farmacéutica en su conjunto, en su totalidad.

En Navarra nos pasa algo parecido a lo que ha comentado el representante de Andalucía: estamos en vísperas de emitir, desde el Departamento de Salud, un anteproyecto de ley y que yo no pretendo en este momento y en este foro desvelar. Sería una cierta indelicadeza el que un anteproyecto de ley del Departamento de Salud del Gobierno de Navarra debutara en un foro como éste, con todos los respetos que sin duda nos merece, pero que lógicamente debe ser canalizado a través de la propia representación de la Comunidad Foral. Pero lo que sí que queremos, en el Departamento de Salud, es aprovechar este foro para tratar de expresar ante él un cierto modelo que entendemos que puede ser novedoso, que entendemos que puede aportar unas consideraciones realmente interesantes y que recojamos en este tan cualificado foro ese *feed-back* y esa referencia de si estamos o no haciendo algún aporte significativo, algún aporte importante, a este ámbito tan complejo y tan interesante, por otro lado, de las oficinas de farmacia.

Se ha comentado, creo que en otras ponencias y también ha sido citado por algunos de los anteriormente intervinientes, el hecho de que hay una cierta confusión, o ha habido hasta hace poco una cierta confusión, sobre el auténtico nivel y rango competencial de las comunidades autónomas para regular estas materias. Yo creo que todos entendemos, y desde luego en Navarra entendemos, que acogiéndonos a algo que figura en todos los estatutos -cuáles son las competencias en el ámbito de la sanidad y la higiene interior-, tenemos plena y completa capacidad para poder desarrollar un modelo propio de organización farmacéutica dentro de nuestros ámbitos respectivos, pero en cualquier lugar es cierto también que la ley, que ha sido recientemente aprobada hace pocos días, ha sido, afortunadamente, corregida sobre el texto que circuló por el Senado y creo que da unas posibilidades y unas competencias a las comunidades autónomas amplias y, desde luego, interesantes y a la postre seguro que útiles.

En Navarra hemos actuado, por tanto, con un criterio inicial de prudencia. No veíamos conveniente el sacar una normativa propia hasta conocer cómo iba a quedar regulado el ámbito estatal o nacional de las farmacias y hemos esperado a ver cuál era el resultado legislativo nacional para ver qué parte de la legislación básica nos tocaba desarrollar y en qué parte de la legislación podíamos ser innovadores y podíamos aportar nuestro propio modelo. Y, en segundo lugar, hemos pretendido -y esto es una perogrullada, sobre todo dicha por un político- hacer una ley de futuro. Hacer una ley de futuro -digo que es una perogrullada hablar así-, pero en este caso creo que cobra un valor importante este adjetivo porque lo que nosotros no pretendemos hacer es, simplemente, subvenir a unas necesidades coyunturales que podamos creer que existen y, de alguna manera, dejar de considerar como nosotros creemos que debe estar instalado e instaurado el sistema sanitario en lo que a las farmacias respecta dentro de cinco, diez o quince años.

Quiero decir con esto que pretendemos, sobre todo a través de la ley, aportar un modelo de cómo creemos nosotros que deben estar ordenadas las instalaciones y los servicios farma-

céuticos y no tanto ir a una dinámica, en otros casos expuesta, de simplemente corregir determinados defectos, corregir determinadas cuestiones que interese políticamente hacer y que, de alguna manera, nos saquen de una determinada coyunturalidad. Por tanto, nosotros, y si fuera yo preguntado en una opinión política, preferiríamos, desde luego, diseñar ese sistema, ese modelo de futuro, de cinco, diez años vista, que no simplemente operar unos cambios mínimos, unos cambios tal vez limitados de la propia realidad del sector farmacéutico.

Y aquí encontramos tal vez lo que consideramos como fundamental en el inicio de un desarrollo legislativo que queremos para Navarra, que es el de la propia denominación y de los propios objetivos de la ley que queremos incorporar a la comunidad foral. No es una ley, simplemente, sobre la instalación de farmacias, sobre la ordenación farmacéutica siquiera, sino que es una ley de atención farmacéutica. El concepto de atención farmacéutica es un concepto que entendemos muy interesante, desde una perspectiva pública, de organización de sistemas sanitarios, y que es un concepto no original de nuestra parte, sino que es un concepto que creo que está siendo interesantemente discutido en los últimos tiempos y que tiene una definición que no me resisto a leerles en su literalidad. Se dice que: "Atención farmacéutica es la provisión responsable de un tratamiento medicamentoso con el objetivo de conseguir resultados en la prevención de la enfermedad y en la restauración de la salud que mejoren la calidad de vida de los pacientes, para cuyo logro el farmacéutico coopera con el paciente y con los otros profesionales en el diseño, desarrollo y monitorización de un plan terapéutico." Por tanto, pretendemos ya de inicio ir más allá de lo que es la mera regulación de cómo deben instalarse las farmacias y tratar de aportar unos valores adicionales de los que muchas veces se oye hablar pero que, realmente, pocas veces se logra cuajar una auténtica evidencia de esos valores que se quieren incorporar. Y, por tanto, y al hilo de esta definición, y como consecuencia de ella, entendemos que los establecimientos y servicios de atención farmacéutica no son exclusivamente no deben ser exclusivamente- las propias oficinas de farmacia, sino que existe o puede existir una constelación de ámbitos donde se pueden prestar estos servicios de atención farmacéutica como son también, por supuesto, los iniciales almacenes de mayoristas, pero también los botiquines, los propios servicios de farmacia en atención primaria, los servicios de farmacia que se instalen en los hospitales y también en los centros de asistencia social en régimen de internado. También los depósitos en los propios hospitales y en los centros de asistencia social y también los establecimientos autorizados para la dispensación de medicamentos de índole veterinaria. Por tanto, pretendemos encontrar no solamente una manera de resolver una determinada forma de instalar las farmacias y de regular el acceso a la farmacia por parte de los profesionales, sino también, como les decía, encontrar una versatilidad normativa que nos permita avanzar en el futuro en unas determinadas posibilidades, que yo no digo que todas las comunidades autónomas o todos los sistemas de salud vayan a alcanzadas, porque eso dependerá ya de criterios políticos y de oportunidad, pero sí que es posible, creo que en estos momentos, preverlos y mirarlos con una cierta visión de futuro.

Como les decía, el concepto fundamental de atención farmacéutica es distinto del concepto de ordenación farmacéutica. Debemos y podemos ir más allá y tenemos también, a la vez, que poder prever cómo queremos desarrollar esas posibilidades.

A partir de aquí, hay que definir, lógicamente, algo que siempre aparece en las normativas y que parece algo redundante, pero que, en este caso, cobra también un valor fundamental como es el ámbito de los derechos y las obligaciones de los ciudadanos y de los derechos y las obligaciones de los profesionales farmacéuticos. En una ley de este tipo, cobra una especial validez este tipo de enunciaciones porque cuando luego lleguemos a una palabra siempre vidriosa, muchas veces mal definida, como es el concepto de liberalización, del que luego les aportaré algún matiz de lo que nosotros entendemos como posibilidad de liberalización en el ámbito de las farmacias, no podemos pensar que exista una liberalización completa y absoluta desde el momento en el cual se realiza también, dentro de un texto normativo legal, una determinación garantista hacia los ciudadanos, determinando exactamente cuáles son sus derechos y, por tanto, imponiendo y autoobligándose la Administración a imponer una ordenación administrativa que garantice esos derechos.

Por supuesto que los ciudadanos tienen derechos, como por ejemplo disponer de un servicio farmacéutico en condiciones de equidad y con acceso cómodo, eficaz y próximo, a obtener medicamentos que precisen para atender sus necesidades habituales, así como aquellos que necesiten con carácter de urgencia, también a que, por supuesto, la elaboración, distribución y dispensación de los medicamentos que se les suministren estén sujetas a unas determinadas normas de calidad, a recibir una información objetiva, necesaria para usar adecuadamente medicamentos y puntos sanitarios, a conocer la cualificación personal del profesional, de la persona que les atiende, etc. Por tanto, hay un nivel enunciativo de derechos que debemos garantizar y que, por lo tanto, creo que limitan y matizan ese concepto genéricamente enunciado de la liberalización del que luego haré comentario específico.

También deben figurar una serie de derechos y obligaciones de los profesionales, dentro de este criterio de autoridad sanitaria que las comunidades autónomas tienen que ejercer.

Y a partir de aquí entramos -y creo que la limitación de tiempo que imponía la presencia de esta mesa evita el que podamos, en este momento, desarrollar estos otros ámbitos de

futuro que les decía, como lo de la atención farmacéutica en el ámbito de los centros socio-sanitarios o de la atención primaria o de los propios centros hospitalarios- en lo que posiblemente sea de mayor interés en estas Jornadas, como es la manera en la cual nosotros queremos, de alguna manera, elucubrar sobre la disposición de las propias oficinas de farmacia. Por decido en dos palabras, nosotros estamos valorando un modelo en el cual combinemos dos aspectos que son sustanciales y que son absolutamente inseparables. Por un lado, lo que podríamos denominar la liberalización de la instalación de las oficinas de farmacia, entendiendo por liberalización el hecho de que solamente se necesite una autorización administrativa para poder instalar una farmacia. Lógicamente, la autorización administrativa debe venir también reglada y regulada, de la misma forma que para otros establecimientos sanitarios existe un procedimiento similar y que, lógicamente, no deja por ello de tener una serie de controles y una serie de garantías. Estamos, por tanto, en uno de los polos hablando de un sistema de autorización administrativa que, en este caso, sí que sería el sinónimo a ese concepto, como antes les decía, tan mal definido de liberalización. Iríamos a un sistema no de concesión administrativa sino de simple autorización administrativa. Pero, por otro lado, en el otro polo, de manera indivisible, tendríamos que aportar un nuevo concepto -creemos que novedoso en el ámbito de la farmacia española- como es el de la concertación -por parte del servicio público, por parte, en el caso de Navarra, del Servicio Navarro de Salud, que es quien financia las recetas de los ciudadanos- del pago de esas recetas.

Como les digo, estos dos polos son indivisibles. Desde luego, no defenderemos nunca un sistema de liberalización absoluta y completa, pero sí creemos que podemos conjuntar ese sistema de autorización administrativa con un sistema por el cual la Administración se permita, no de manera discrecional sino de una manera tasada, de una manera completamente regulada, el financiar o no, en determinados establecimientos de farmacia, el pago de la parte que corresponde a la Administración de las recetas financiadas a los ciudadanos. No quiere decir esto que las farmacias que hipotéticamente no hayan alcanzado esa concertación -en este ámbito, la concertación sería algo parecido a lo que en el ámbito hospitalario conocemos como la acreditación; es decir, no solamente un servicio hospitalario de cualquier índole; desde luego, presta una asistencia dentro de sus posibilidades, pero puede o no estar acreditado para la docencia y en este país no, pero en otros países esa acreditación supone mucho para la propia existencia de ese servicio hospitalario, pero no por ello condiciona la existencia o no de ese servicio hospitalario. Transcendiendo este ejemplo, no sé si muy agraciado, lo cierto es que nosotros creemos que hay una posibilidad que debemos explorar por su carácter novedoso de que la Administración sea capaz de seleccionar, a través de un sistema de conciertos y de acreditación en el ámbito de las farmacias, allá donde financia o no la parte correspondiente a las recetas.

Lógicamente, la pregunta que viene a continuación es con qué criterios va la Administración a dar esta acreditación. Es obvio decir -yeso es algo que, desde luego, no puede decirse lo contrario- que, lógicamente, lo tiene que hacer con unos criterios garantistas hacia el ciudadano, también garantistas hacia los propios profesionales farmacéuticos, puesto que no puede incorporar en ese sistema de acreditación o de concertación ningún elemento subjetivo o lindante con el abuso del poder. Pero lo cierto es que salen unas posibilidades, creo yo que interesantes, de considerar si pensamos en la posibilidad de que la Administración pueda concertar ese pago selectivo y que a través de una convocatoria que puede realizarse cada tres, cada cuatro años, cada cuanto tiempo se determine, establecer ese pago selectivo de acuerdo con unos criterios que pueda incorporar en el ámbito, por ejemplo, de la planificación sanitaria, en el ámbito, por ejemplo, de la colaboración de determinadas oficinas con determinado apoyo a servicios sanitarios públicos, etc.

Yo quería decides que este concepto que a lo mejor les extraña de cómo es posible concertar o no, pues realmente ahora algo relativo a esto se hace, pero se hace con el conjunto de todas las farmacias, por lo menos en el ámbito de la comunidad foral, es decir, con el 100% de las farmacias, y se hace a través del colegio de farmacéuticos. De hecho, hay un convenio en el cual el colegio de farmacéuticos acuerda, con el Servicio Navarro de Salud, la participación de determinados programas de salud, se regulan también, por supuesto, las condiciones de pago, etc., yeso se hace ya de alguna manera general en el ámbito de las farmacias en Navarra. Nosotros lo que pretendemos, o por lo menos lo que queremos debatir, es la posibilidad de que podamos, selectivamente, crear determinados criterios de concertación de convenio con las farmacias para pagarles a ellas sí y a otras no la parte que corresponde de las recetas.

Las farmacias, entendemos, que no tengan la concertación, y lógicamente será objeto de cualquier administración procurar una concertación garantista, es decir, que el acceso al ciudadano esté garantizado dentro del contexto que antes les decía, aquellas farmacias que no puedan o que, por las razones que sean, no puedan ser concertadas, seguirán siendo farmacias a todos los efectos. Es decir, podrán vender cualquier producto y especialidad farmacéutica.

Y entramos en un ámbito que no ha sido tratado aquí, pero que yo creo que también tiene que considerarse de una manera muy vehemente si estamos realmente interesados en vislumbrar cómo pueden ser las farmacias de dentro de diez o quince años, y es el valor comercial o cuál es la actividad de la farmacia como centro comercial. Yo creo que no debe la Administración ser restrictiva. Hay algunas tendencias que

hablan a favor de restringir, dentro del ámbito de la farmacia, la venta exclusiva de solamente productos específicamente y netamente farmacéuticos. Posiblemente muchos de ustedes sepan que, aunque las farmacias, efectivamente, dispensan productos farmacéuticos, puesto que ésta es su función, es cierto que han ido incorporando en algunas ocasiones productos de otra índole, en algunos casos de parafarmacia, en otros casos muy alejados de lo que podemos considerar parafarmacia, pero lo cierto es que el farmacéutico también ha aportado a su instalación, a su negocio, a su establecimiento, unos valores comerciales. Lo ha hecho, tal vez, de una manera propia, basado en su propio criterio, pero que verdaderamente tenemos que ver también esta realidad dentro de un horizonte y de un futuro, desde luego, en el cual el libre comercio será cada vez más importante y más determinativo.

Yo no he logrado conocer una cifra exacta y absoluta porque hay disparidad de criterios de qué parte de la facturación de una farmacia es exclusivamente receta financiada y qué parte no lo es. Hay quienes dicen que pueden ser tres cuartas partes, más, menos, son apreciaciones que se hacen, pero yo sícreo que también tenemos que saber prever este valor comercial de las farmacias y tenemos que saber ver el futuro de esas instalaciones que, como ustedes saben, son bastante distintas en España de otros países.

Quisiera finalizar ya, porque sé que me he pasado en el tiempo de esta exposición, remarcando algo que considero también como un valor a considerar dentro de este modelo. Y es lo siguiente. Yo creo que en la litigiosidad que ha habido en algunas ocasiones en el ámbito de las farmacias y también en los motivos que parece que han justificado incluso recursos de inconstitucionalidad ante determinadas leyes de comunidades autónomas, creo que no se ha producido adecuadamente por el legislador un auténtico discernimiento entre lo que son los valores sanitarios de las farmacias y otros hechos relativos a las farmacias, posiblemente más lindantes con el derecho a la propiedad, etc. Yo creo que la problemática que ha producido alguna normativa en el ámbito nacional posiblemente ha venido más por lo que puede considerarse como un cierto atentado al derecho a la propiedad del farmacéutico -y esto ha sido, evidentemente, y como todos aquí conocemos, alegado por alguna de las partes que han criticado algunas normas de algunas comunidades autónomas, en sentido de no poder transmitir, etc.- que yo creo que hay que saber, como les decía en este contexto de mirar hacia el futuro, saber separar de una manera perfecta.

Yo creo que este sistema, del cual no hago otra cosa que proponer una discusión y esperar las aportaciones que cualesquiera de ustedes quieran hacemos sobre lo que es, por un lado, una autorización administrativa y, por otro, una concertación, resuelve por completo y de manera absoluta todos estos elementos, tal vez, de confusión que sobre el ámbito de las farmacias se han producido en los últimos tiempos. Pero aquí habría una pregunta que también habría que responder, lógicamente. Y es decir: "Bueno, si usted quiere que el Servicio Navarro de Salud concierte selectivamente con unas farmacias sí y otras farmacias no el hecho de pagar la receta financiada, ¿no es de alguna manera una cierta confiscación?; es decir, si usted mañana o dentro de unos meses incorporara en Navarra una norma de este tipo, ¿no estaría *de Jacto* confiscando un cierto derecho que tienen ahora los farmacéuticos instalados para la dispensación financiada de las recetas a cargo del sistema público?" Pues efectivamente esta consideración es admisible y esta consideración creo que debe hacerse. En cualquier caso, como les decía, y sin que esto suponga ningún avance de texto normativo, de anteproyecto de texto normativo -como les decía, no es ésta mi función aquí hoy-, lo cierto es que nosotros estaríamos siempre dispuestos a promover cualesquiera tipos de transitoriedad en el tiempo que se estime adecuado para que nadie pudiera entender que un sistema de concertación es algo que se encuentran los farmacéuticos instalados *ex nava* y que no contaban con un sistema que atenta a una parte importante de su valor comercial en su instalación. Y, por tanto, pretendemos, como antes les decía, tratar de encontrar más la razón de como van a ser las farmacias dentro de diez o quince años que, simplemente, subvenir a unas necesidades que se hayan puesto de manifiesto, aun de manera vehemente, en algunas ocasiones.

Es, como les decía, una aportación que cambia, de alguna forma, las otras aportaciones también interesantes que se han hecho aquí y que, como les digo, solamente pretende el encontrar, en este cualificadísimo foro, el adecuado *feed-back* y el adecuado entendimiento de ver si ésta es o no una posibilidad real para una comunidad autónoma de España en el día de hoy.

CATALUÑA

Sr. D. *JOSEP ARQUÉS 1 SURIÑACH*

Secretario General del Dept. Sanidad
y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña

La experiencia en el tiempo de aplicación de la Ley de Ordenación Farmacéutica de Cataluña nos lleva a pensar que ha sido útil por los siguientes motivos:

1.- Ha habido una mejor distribución de las oficinas de farmacia que se han autorizado al amparo de la nueva Ley, puesto que al tomar como referencia el Área Básica de Salud, se han podido instalar oficinas de farmacia en zonas donde antes no cabían por razón de que computaban los habitantes de todo el municipio.

Ello conlleva que la implantación de nuevas oficinas de farmacia tenga más en cuenta las necesidades reales de la población.

2.- Con la Ley se ha puesto remedio a la sobresaturación de oficinas de farmacia en el medio rural, puesto que también en este caso las oficinas de farmacia se instalan no por municipio, sino por áreas básicas.

Por otro lado, la atención a la población se garantiza en todos los casos, a través de los botiquines que se instalan en los núcleos o municipios sin farmacia y que acercan la atención farmacéutica a la población, a la vez que se garantiza una mínima rentabilidad a las farmacias del ámbito rural.

3.- También con la Ley de Ordenación Farmacéutica de Cataluña y su desarrollo se ha intentado dar más participación a los Ayuntamientos y Consejos comarcales, en la medida que pueden solicitar la instalación de nuevas oficinas de farmacia y participan en las Comisiones Mixtas que estudian la problemática derivada del horario de los servicios de urgencia.

4.- Con la Ley de Ordenación Farmacéutica de Cataluña se pretendía disminuir el grado de conflictividad en esta materia haciendo una normativa más reglada que introdujera más seguridad en el sistema y de momento se está consiguiendo, puesto que, a pesar de que estamos en los primeros años de su aplicación y por tanto en muchos casos se están interpretando *"ex nava"* algunos conceptos de la Ley, el número de recursos que se interponen es menor al número que se interponía en la situación anterior.

PAÍS VASCO

Sr. D. *JOSÉ A. ORTIZ OSEGUERA*
Director de Régimen Jurídico
de la Consejería de Sanidad del País Vasco

La Comunidad Autónoma del País Vasco aprobó su propia Ley de Ordenación Farmacéutica en el año 1994, dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.15 del Estatuto de Autonomía, por el que se atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de ordenación farmacéutica.

Cronológicamente es la segunda ley autonómica, tras la ley catalana, y con la que mantiene importantes elementos comunes pero también importantes diferencias que la convierten en una ley novedosa en cuestiones fundamentales, sobre las que más tarde se insistirá.

Cuando el Departamento de Sanidad decidió elaborar el Anteproyecto de Ley de Ordenación Farmacéutica, allá por el año 1993, se planteó como cuestión previa qué funciones sanitarias debían desarrollarse desde una farmacia. Una vez determinadas las funciones, la segunda cuestión consistía en determinar con qué recursos técnicos y humanos deberían contar las farmacias. Y, por fin, una vez conocidos estos dos elementos, es decir, funciones a realizar e inversiones necesarias para llevadas a cabo, era necesario fijar un marco en el que fuese posible la viabilidad de las farmacias capaces de dar un servicio sanitario de calidad a toda la población.

En la determinación de estas funciones se consideró, como pieza fundamental para estructurar la ley, la necesidad de reforzar la calificación de la oficina de farmacia como centro sanitario frente a la calificación como simple establecimiento mercantil.

En la Ley de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco no hay ninguna duda en cuanto a que la oficina de farmacia es un centro sanitario y que el farmacéutico es un profesional sanitario cuya actividad principal va dirigida a la protección de la salud de los ciudadanos.

En este sentido, del texto de la ley resulta que el titular de una farmacia, como profesional sanitario, debe aconsejar a sus clientes sobre la correcta utilización de los medicamentos, vigilar las reacciones adversas, sustituir, por causa legítima, un medicamento por otro con idénticos principios activos, elaborar fórmulas magistrales y preparados oficinales, colaborar con la Administración Sanitaria en los programas de información sobre medicamentos y farmacovigilancia, así como en los programas de promoción y protección de la salud y uso racional de los medicamentos.

Porque, como dice la Doctora Villalba Pérez en su tesis doctoral, recientemente publicada,: " *Ser titular de una oficina de farmacia, sin aportar a la sociedad todas las tareas sanitarias para las que está concebida, impidiendo, además, que se instalen otras que sí lo harían, es tener un privilegio casi feudal, hecho que ninguna sociedad moderna puede permitirse"* .

Ahora bien, para desarrollar estas funciones con contrastada calidad, se requiere que las oficinas de farmacia estén dotadas con los recursos técnicos y humanos adecuados. Y, no nos engañemos, si queremos que las farmacias estén bien dotadas de recursos técnicos y cuenten con el número adecuado de profesionales es preciso que se adopten medidas que permitan obtener una rentabilidad económica de la actividad. No es posible exigir determinado nivel de inversiones si por otro lado no se posibilita la obtención de unos rendimientos.

A nadie se escapa que, en la legislación vasca, tales medidas vienen, principalmente, como consecuencia de la planificación sanitaria que limita el número de oficinas de farmacia abiertas al público, en base a módulos poblacionales, unida a la posibilidad de transmitidas.

Insisto en que estas medidas parten de la convicción de que las oficinas de farmacia deben representar un papel fundamental en la protección de la salud de los ciudadanos. Evidentemente, si el transcurso del tiempo nos demostrara que el objetivo fundamental del titular de la farmacia fuera aproximada a un ambulatorio en lugar de prestar las funciones sanitarias para las que fue autorizada, tendremos que reconsiderar la validez del actual texto legal. Pero, en su caso, la modificación de la ley vendría como consecuencia de la constatación de que los profesionales farmacéuticos han optado por desarrollar una faceta mercantil en detrimento de la prestación del servicio sanitario para el que inicialmente fueron concebidas las farmacias.

Por otro lado, hay que reconocer también que no es fácil encontrar el punto de equilibrio en este terreno, en el que se trata de desarrollar una actividad de interés general con medios de titularidad privada.

En cuanto a los criterios de planificación, la cuantificación de los módulos poblaciones resultó trabajosa. La construcción de la zona farmacéutica, conjugando zonas de salud y municipios supuso, cuando menos, que la distribución y ubicación de las oficinas de farmacia se basase, para el futuro, en criterios de planificación sanitaria y no en los criterios administrativos en que se fundamenta la distribución municipal.

Una de las novedades incorporadas en los criterios de planificación se refleja en la importancia que adquieren los botiquines para prestar atención farmacéutica en los municipios de menos de 800 habitantes, a través de un plan de actuación previamente diseñado y cuyo responsable será, en todo caso, el titular de la farmacia a la que se vincula el botiquín.

La decisión de no autorizar oficinas de farmacia en municipios de menos de 800 habitantes insiste en la línea argumental expuesta hasta ahora. La experiencia nos ha demostrado la insuficiente rentabilidad, por regla general, de las farmacia ubicadas en estos municipios y cuya supervivencia estaba basada normalmente, por un lado, en una subvención encubierta por parte de los ayuntamientos, consistente en la cesión gratuita de los locales donde se ubicaba la oficina de farmacia y, por otro, en una deficiente calidad de la atención farmacéutica prestada, consistente en un reducido horario de atención al público, en la escasa presencia del profesional, en la casi nula dotación de recursos técnicos, en las dificultades de mantener un stock adecuado de medicamentos, en los problemas para organizar los turnos de guardia, etc.

Por contra, entendemos que estas deficiencias podrían subsanarse si la atención farmacéutica a la población de estos municipios se prestase a través de un botiquín, autorizado en las condiciones que se recogen en el artículo 25 de la ley, desarrollado mediante el Decreto 500/95, de 28 de Noviembre.

Otra de las novedades de la Ley se refiere a la transmisión de las farmacias. Como anteriormente se ha puesto de manifiesto, la ley vasca las declara como servicios de interés público, por lo que el derecho de propiedad sobre ellas, que recae en los farmacéuticos titulares de las mismas, aparece modulado por esa finalidad de interés público. En este sentido, el derecho de propiedad sobre la oficina de farmacia no es un derecho absoluto sino un derecho relativo, subordinado a la finalidad que persigue el establecimiento sanitario en cuestión y que, en consecuencia, condiciona el posible ámbito de actuación de la voluntad del farmacéutico propietario de la misma.

Evidentemente, este condicionar la voluntad del farmacéutico trasmitente admitiría distintos niveles de intensidad. La ley vasca, en su artículo 17 y desarrollada a través del Decreto 29/95, de 17 de Enero, ha optado por un procedimiento en el que se persigue conjugar la propiedad de una empresa sanitaria y la titularidad de una autorización administrativa. En el procedimiento establecido se pueden distinguir las dos fases:

- la primera gira en tomo al farmacéutico que quiere transmitir su oficina de farmacia y en las negociaciones que mantienen con él los distintos interesados en la adquisición. Tiene como objeto determinar el precio por el que un propietario está dispuesto a transmitir su propiedad. Esta fase finaliza con la comunicación que realiza a la Administración Sanitaria del precio y demás condiciones en que estaría dispuesto a transmitir su farmacia.

- la segunda fase consiste en un concurso de méritos que convoca la Administración Sanitaria para seleccionar al farmacéutico más idóneo de entre los que estén dispuestos a satisfacer el precio y las demás condiciones de la transmisión. Se trata, por tanto, de que sea la propia Administración, y no el farmacéutico transmitente, la que determine quien será el nuevo titular de la autorización administrativa.

Se pretende de este modo equiparar, en cierto modo, el acceso a la titularidad y propiedad mediante traspaso con el acceso a la titularidad y propiedad de una oficina de farmacia de nueva creación. Se trata de que en ambos casos se primen los méritos de los solicitantes.

En cuanto a los criterios y procedimiento de adjudicación de las nuevas oficinas de farmacia, la ley vasca determina claramente en qué supuestos procede la apertura de una nueva farmacia, exigiendo, en estos casos, a la Administración Sanitaria su convocatoria pública y adjudicación al farmacéutico más idóneo, tras la valoración de los méritos alegados por los farmacéuticos solicitantes.

Del análisis del artículo 34 de la Ley se desprende que la convocatoria anual de las nuevas farmacias corresponde, de oficio, a la propia Administración Sanitaria, sin necesidad de que, para ello, se requiera una solicitud previa por parte de ningún farmacéutico, ni Ayuntamiento o Colegio Profesional.

Además, todas las nuevas farmacias, sin excepción, se adjudican previo concurso de méritos entre los farmacéuticos solicitantes.

Establecidos los criterios de planificación y la posibilidad de transmisión de las oficinas de farmacia, si bien condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos, podemos afirmar que se dan las condiciones para que a las oficinas de farmacia se les pueda exigir unos niveles de recursos técnicos y humanos que garanticen una atención farmacéutica de calidad a toda la población.

En este sentido, los requisitos técnicos y materiales de las oficinas de farmacia fueron establecidos en el artículo 7 de la Ley y desarrollados mediante el Decreto 481/94, de 27 de Diciembre.

En cuanto a la dotación de medios personales, si bien el Decreto que lo regulará no ha entrado en vigor, podemos afirmar que su elaboración técnica ya ha finalizado, estando pendiente de la inmediata aprobación por el Consejo de Gobierno para su entrada en vigor.

En relación con las exigencias de este Decreto, hay opiniones para todos los gustos. Desde quienes lo consideran insuficiente hasta quienes lo consideran abusivo. Hoy, sin hacer valoración personal alguna, me limitaré a facilitarles unos cuantos datos respecto a la Comunidad Autónoma, que considero ilustrativos, para que Vds. hagan su valoración al respecto.

La C.A.P.V. cuenta en estos momentos con 2.100.000 habitantes. Hay en la actualidad 786 oficinas de farmacia autorizadas. Con las previsiones del Decreto sobre medios personales, será necesaria la actuación profesional de 420 adjuntos aproximadamente.

Interrelacionando estos datos resulta que para los 2.100.000 habitantes habrá 1200 farmacéuticos prestando atención farmacéutica a través de las oficinas de farmacia. Lo que supone una media de:

- 1,52 farmacéuticos por oficina de farmacia.
- 1 farmacéutico por cada 1750 habitantes.
- 1 oficina de farmacia por cada 2.650 habitantes.

En los países de nuestro entorno se dan las siguientes proporciones:

- Portugal:	3850	habitantes	por farmacia.
- Italia:	3650	“	“
- Francia:	2566	“	“
- España:	2134	“	“
- Bélgica:	1900	“	“
- Grecia:	1367	“	“

Finalmente y como resultado de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación Farmacéutica podemos resaltar dos consecuencias que considero de gran interés:

- En primer lugar, la cada vez mayor participación de las oficinas de farmacia en la implantación de programas dirigidos a la protección de la salud de los ciudadanos. Simplemente recordar que las farmacias del País Vasco han sido pioneras en temas como la dispensación del Kit anti-sida o como la colaboración en la dispensación de metadona a los pacientes incorporados en este programa.

- En segundo lugar, recordar que a partir de la entrada en vigor de la Ley ha disminuido considerablemente la conflictividad jurídica existente alrededor de las oficinas de farmacia y que ha traído como consecuencia que las autorizaciones relativas a las mismas sean concedidas por la autoridad sanitaria y no por la autoridad judicial como anteriormente sucedía.

MEDIDAS DE RACIONALIZACION; LIBERTAD DE PRESCRIPCION.

Intervenciones a cargo de:
Carlos Rodríguez Moreno, Miguel Azpilicueta Aguilar, Mª. Jesús Muñoz Chesa, Francisco José Villar Rojas y Federico Plaza

Sr. D. CARLOS RODRÍGUEZ MORENO
Jefe de la Unidad de Farmacología Clínica. Atención Primaria. Servicio Gallego de Salud.

Vaya intentar exponer una visión de cómo creo que los programas del uso racional del medicamento pueden entrar en conflicto con la libertad de prescripción aunque no sé hasta que punto es representativa de lo que sienten los médicos a este respecto. Efectivamente soy médico, pero siendo especialista en farmacología clínica, tengo una visión más bien a favor de la racionalización en el uso del medicamento, aunque creo que todos o la mayor parte de los médicos estarían de acuerdo.

El primer paso es definir qué se entiende por libertad de prescripción. Yo no daré una definición concreta, pero creo que hay dos interpretaciones o dos tendencias. La primera, la que cree o la que entiende que la libertad de prescripción es la posibilidad de dar lo que se quiera cuando y a quien se quiera en cuanto a medicamentos se refiere. Y una segunda, que es la que yo comparto, que es la capacidad o la posibilidad de dar al enfermo lo que necesita, es decir, lo que mejor le va para él en cuanto a pronóstico y calidad de vida. Esta última definición implica tener un conocimiento preciso de qué es lo que ese enfermo necesita y qué efectos tienen los medicamentos, desde el punto de vista de los beneficios, los riesgos y los costes, tanto para ese enfermo concreto como para una comunidad.

Posiblemente, el colectivo médico está dividido en este sentido. La libertad de prescripción total o en el primer sentido del término, no existe ni es posible en hospitales donde existen mecanismos de control que limitan la oferta y determinan en gran parte qué y como hay que dar en cada situación. En Atención Primaria, por el contrario, la oferta es libre y existen muy pocos mecanismos que modulen la libertad de prescripción en su sentido más amplio. Sin embargo por mi experiencia con médicos de atención primaria, creo que hay un gran porcentaje que comparte la segunda interpretación del término.

Recordemos ahora la definición de la Organización Mundial de la Salud sobre el uso racional del medicamento: "que cada enfermo reciba el medicamento más indicado para su situación clínica con la pauta terapéutica más adecuada, durante el tiempo que sea necesario y de forma que suponga el menor coste posible para el paciente y para la comunidad". Es evidente la coincidencia entre esta definición y la que considerábamos la segunda interpretación del término libertad de prescripción.

Por ello, yo creo que los programas de uso racional del medicamento no entran en absoluto en conflicto con esta segunda definición, aunque sí quizás un poco con la primera y la posible reticencia de los médicos a estos programas es por un problema de interpretación, aplicación y niveles de responsabilidad más que por sentir recortada su libertad de prescripción.

Todo lo contrario. Mi opinión es que, actualmente, la auténtica libertad de prescripción está muy limitada, y esta charla pretende explicar cuáles son los factores que la limitan. Y es más, el uso racional del medicamento, de alguna manera, eliminaría muchos de estos factores y aumentaría en cierta medida la auténtica libertad de prescripción.

En primer lugar, el mercado farmacéutico. El mercado farmacéutico se caracteriza por la disponibilidad de muchos medicamentos que no tienen eficacia terapéutica demostrada, muchos medicamentos que son similares a otros y no aportan ninguna ventaja relevante, que además tienen múltiples especialidades, y que finalmente varían muchísimo de precio. Esta situación no ayuda a una mayor libertad de prescripción, sino que es un factor muy importante que origina contusión a un médico que tiene una responsabilidad asistencial y que no puede conocer todas y cada una de las miles especialidades de la oferta. Además, debido a las características de cantidad en el mercado y de velocidad de aparición de nuevos productos, le cuesta realmente situar en terapéutica todos estos medicamentos que compiten entre si por la misma indicación. Para mayor confusión utilizamos nombres comerciales, es decir, nos movemos en función de una información (la que proporciona el nombre comercial)

que sólo refleja las expectativas del fabricante, pero que, desde luego, no nos da idea sobre las acciones del fármaco. Por ejemplo, si prescribimos Dormodor entendemos que eso es un hipnótico que lo que pretende es dormir al enfermo pero si prescribiéramos Flurazepán, este nombre sugeriría al médico que es una benzodiazepina con una serie de acciones, efectos indeseables, precauciones comunes a este grupo que, de alguna manera, ayudarían a una utilización más eficiente de ese fármaco en cada enfermo lo que, en mi opinión, se acerca más a la libertad de prescripción que la anterior situación. Sería cambiar una prescripción casi a ciegas por otra más razonada y consciente.

Además, este mercado no solamente es por exceso, sino también por defecto. De alguna manera, el marco por donde puede elegir el médico está ya determinado y no es global. Es decir, hay muchos intereses para que algunos medicamentos que tienen eficacia demostrada y que podrían ser útiles no estén en el mercado. Y, de hecho, hay varios ejemplos de fármacos que todavía no tenemos. E incluso hay medicamentos que están comercializados pero que no están disponibles. El caso del Trimetoprim es flagrante. Cuando vaya las sesiones por los centros de salud y discutimos el tratamiento de la infección urinaria, el Trimetoprim es una alternativa con una extraordinariamente buena relación beneficio/riesgo /coste y que es de primera elección y muy utilizada en países donde hay una utilización, quizás, un poco más racional de los medicamentos, como el Reino Unido, y sin embargo aquí es imposible encontrarlo. El trimetroprim tiene un "defecto": es muy barato y ha sido desbancado por alternativas más caras. Hoy en día es complicado encontrar este medicamento en muchas farmacias.

Las medidas de racionalización sobre el mercado: un registro ágil, muy estricto, y con criterios no solamente de eficacia, seguridad y calidad, que son los que tenemos, sino además con criterios de necesidad y de coste/utilidad, devendría en una oferta reducida, selecta y suficiente con denominación genérica que disminuiría la contusión y devendría en una utilización más eficiente con el consiguiente beneficio para los pacientes y para la comunidad. Evidentemente, esto va un poco en contra de la libertad de mercado y, hasta cierto punto, de esa libertad de prescripción entendida de manera más amplia, pero aumentaría la auténtica libertad de prescripción (la consciente y razonada).

Otro factor que puede entenderse que de alguna manera limita la libertad de prescripción es la financiación de los medicamentos. El argumento es que a recursos limitados, lógicamente, tiene que haber una limitación de la libertad de prescripción. Es decir, es un poco anteponer la visión epidemiológica y de óptimo social, de bien para la comunidad frente a la más inmediata que suele tener el clínico -la visión más clinica- de lo mejor individualmente, lo mejor para ese enfermo concreto. Sin embargo creo que hoy en día los médicos también están capacitados para ver el óptimo comunitario, pero quizá piensan que no es su responsabilidad. Una de las cosas que pide, por lo menos, una gran parte del colectivo de los médicos, es que se les descargue de la responsabilidad de decidir qué es lo mejor para la comunidad. Es decir, que defina la autoridad reguladora qué es lo que quiere financiar, hasta dónde puede cubrir el sistema sanitario, y entonces será responsabilidad del médico asistencial moverse dentro de esos márgenes. Es decir, los médicos tienen que ser conscientes del coste y del gusto que genera su prescripción, pero probablemente no es el médico asistencial el que tiene que tomar las decisiones de hasta dónde va a llegar la cobertura del sistema sanitario en este sentido. Por tanto, entiendo que un uso racional implica un sistema de financiación que aplique criterios de coste/efectividad y coste/utilidad y no exclusivamente económicos. Para mi, esto no entra en conflicto con la segunda interpretación de la libertad de prescripción, aunque sí que es posible que entre en conflicto con la primera.

Otras limitaciones a la auténtica libertad de prescripción las da el propio sistema sanitario, incluyendo dentro del sistema sanitario no sólo la estructura y la asistencia, sino a los usuarios. Durante mucho tiempo todas las carencias del sistema sanitario, en cuanto a asistencia, han estado de viniendo en una prescripción como mecanismo de sustitución y compensación: "no te doy buena atención pero te proporciono la herramienta mágica que cura todos los males". De alguna manera, el médico también es prisionero de esta situación porque no puede acabar un acto médico, muchas veces, sin una prescripción por estas carencias y porque, además, existe una considerable presión por parte del usuario, que es también un enfermo y también una persona con la que tiene que tener una relación adecuada.

Otro factor es el consumismo, ya no solamente de los medicamentos sino de la propia asistencia sanitaria. De alguna manera, el médico también es prisionero de esta presión, de este consumismo, y muchas veces se ha visto que el prescriptor que suele seguir las tendencias, que suele asumir las preferencias de los usuarios, se identifica con el mal prescriptor. Esto es una cosa que en gran parte es cierta. Es decir, un prescriptor debería recetar solamente lo que considera qúe es mejor para el paciente y no lo que le pide el paciente.

Y esto, no nos engaitemos, es muy difícil tal como está el sistema sanitario actualmente, porque implica enfrentarse a sus enfermos, enfrentarse a los especialistas, enfrentarse a muchos compañeros y esto supone un desgaste y un estrés laboral que abunda sobre unas condiciones profesionales y laborales, como mínimo mejorables. Yo creo que debería hacerla, es decir, debería enfrentarse y debería tener un poco más de beligerancia en esta cuestión, pero hay que tener en cuenta que muchas veces estas preferencias no son preferencias puramente del usuario, sino que son preferencias, también, desde el punto de vista de lo mejor para el enfermo. Es decir, muchas veces a una persona mayor, que tiene dificultades para tragar o para manejar determinadas pastillas, o para romperlas o lo que sea, le puede ir muchísimo mejor un jarabe que, desde luego, es más caro. Y que

nosotros, desde nuestra mesa, quizás hemos decidido que no debería ser la prescripción ideal. Por tanto, todas estas consideraciones creo que hay que tenerlas en cuenta en el sentido de que, de alguna manera, el sistema sanitario y los usuarios determinan esa falta de libertad de prescripción. Por tanto, el uso racional de medicamentos implica una reforma de la atención primaria y -yo creo que mucho más importante y más difíciluna reforma cultural a todos los niveles, es decir, a todos los profesionales, en el sentido de que el medicamento no es ninguna panacea y que, de alguna manera, el medicamento no es, o no debería ser, un bien de consumo.

Otro factor decisivo es la formación que recibimos los médicos. Este es otro de los argumentos por los que yo entiendo que hoy existe poca libertad de prescripción, en el sentido de una prescripción consciente y necesaria. El médico, excepto en algunas facultades de medicina que, afortunadamente, han contemplado esto en sus planes de estudios, tiene una asignatura de farmacología en tercer curso que para nada prepara al médico para enfrentarse a las complejidades del mercado y de la prescripción. Por tanto, lo que haría falta es una reforma de los planes de estudio y que estos estudiantes, estos futuros médicos, en sexto de medicina tengan una asignatura que les imbuya de todos los conocimientos y de toda la filosofía necesaria para enfrentarse a una prescripción racional: evaluación de medicamentos, criterios de selección de medicamentos, lectura crítica de la literatura, etc.

Por otra parte, la información sobre medicamentos también es muy mejorable: la información profesional es escasa y, además, los medios quizás no son los adecuados para un médico que tiene una implicación asistencial, porque los libros, en temas de terapéutica, quedan retrasadísimos enseguida; requeriría un tiempo enorme leer las suficientes revistas para poder realmente incorporar a sus hábitos de prescripción lo que en ellas se publica; los congresos, en muchas ocasiones están mediatizados, y la información que proporciona la industria puede ser sesgada pues sus intereses no son estrictamente sanitarios sino económicos. Es decir, el médico, ni está formado ni tiene buena información en general. Por tanto, esta es una de las cosas básicas para favorecer una libertad de prescripción real. Habría que realizar una modificación de planes de estudios, proporcionar, de una manera muy accesible, información fiable, actualizada e independiente al médico y, además, limitar el efecto que tiene la propaganda y la información comercial sobre los médicos. Estas medidas creo que también contribuirían a una mayor libertad de prescripción.

Siempre se ha dicho -éste es otro argumento- que, hoy en día, la libertad de prescripción no tiene sentido porque la medicina ya no es un arte. Ahora los medicamentos son muy activos y, por tanto, tanto los beneficios como los riesgos son intensos, es decir, depende de cómo se utilicen podemos tener una gran cantidad de beneficios con pocos riesgos o lo contrario. Este argumento es cierto, pero va en contra de la libertad de prescripción en sentido amplio o malentendido pero a favor de la prescripción consciente y razonada.

Otro tema, también, es el de la selección de medicamentos, que es uno de los caballos de batalla del uso racional del medicamento. Es decir, estamos intentando favorecer que se aplique y que se incorpore a los hábitos de actuación de nuestros médicos la medicina basada en la evidencia. Por ejemplo, los protocolos terapéuticos son vistos con cierta suspicacia en cuanto al posible efecto que tiene sobre la libertad de prescripción. Lo mismo puede decirse de las guías restringidas de medicamentos y, sobre todo -y digo sobre todo porque yo creo que es lo más peligroso-, los indicadores de calidad de prescripción, es decir, las herramientas, que, en mi opinión, son muy malas herramientas, pero que probablemente son las únicas que tenemos para valorar la calidad de la prescripción del médico.

El que estas herramientas de selección se conviertan en un auténtico verdugo de la libertad de prescripción, incluso de la libertad de prescripción razonada y racional, o bien sean todo lo contrario depende de cómo se elaboren, de como se utilicen y de cómo se interpreten. Considero muy importante que los protocolos, las guías y la medicina basada en la evidencia sean realizados por los propios clínicos, que son los que conocen la realidad asistencial, son los que conocen las necesidades de sus pacientes y de sus enfermedades.

También hay que mejorar la evaluación de esta calidad de prescripción para que, desde una mesa, no se concluya erróneamente que una prescripción realizada en la práctica asistencial es incorrecta. Nuestras fuentes de datos (sistemas de información de la prescripción) son muy limitados, tienen unos datos muy limitados y no proporcionan información sobre muchos factores que determinan la prescripción (algunos tan importantes como la misma indicación); valorar únicamente con ellos si realmente esa prescripción es de calidad es totalmente pretencioso. Es decir, nosotros podemos analizar si un médico está prescribiendo mucha ciprofloxacina o está prescribiendo muchos medicamentos de bajo valor terapéutico, pero es muy peligroso intentar aplicar estándares que obliguen a acercarse a determinados valores. Eso es muy difícil, y tiene el peligro de que si se hace, no desde la realidad asistencial del médico, sino desde nuestros despachos, puede no sólo no ser aceptada sino que puede ser contraproducente. En muchas ocasiones la prescripción de un fármaco sin valor terapéutico está evitando la prescripción de otro mucho más caro o peligroso. Por tanto, yo creo que los indicadores, a parte de ser consensuados, es decir, que los hagan los médicos un poco con los asesores del medicamento, seamos farmacólogos clínicos o seamos farmacéuticos, tienen que ser una cosa pactada, consensuada. Esa es la primera condición. Y segundo que, sobre todo, sirva como información tanto interna como externa y menos como mecanismo de sanción o control.

En definitiva, es muy importante responsabilizar al propio médico de que él mismo se coloque dentro de los parámetros que hemos pactado con él. Porque si estos indicadores tienen alguna finalidad punitiva o de algún tipo yo creo que serán poco aceptados y, además, es que hoy en día no disponemos de unos indicadores que, realmente, sean precisos.

Otro tema importante en cuanto al uso racional de medicamentos es que siempre estamos hablando de medicamentos, de indicadores de calidad, de prescripción de medicamentos y hay, y se nos olvida, una cosa evidente y fundamental, y es que los medicamentos se dan para algo. Tenemos grandes cantidades de datos respecto a consumo, respecto a grupos terapéuticos, a gasto, pero no sabemos la repercusión que tiene la utilización de esos medicamentos en los enfermos y en el sistema sanitario. Es imperativo pensar un poco más en temas de indicadores de salud. Es decir, si damos medicamentos para disminuir la morbimortalidad de una población, es decisivo disponer de datos, también, de morbimortalidad de esa población. ¿Hasta qué punto está afectando la utilización de medicamentos a la salud de la población? Es decir, datos de morbimortalidad, hospitalizaciones, derivaciones, etc. Esto nos puede traer, todavía, una realidad todavía más adecuada de si realmente la utilización de medicamentos es de calidad o no es de calidad. Por tanto, este es un punto que yo considero que es básico e importante.

En resumidas cuentas, yo creo que el uso racional del medicamento puede aumentar la libertad de prescripción -entendida según la segunda interpretación- si es una estrategia: 1) global y consensuada; no basta hacer puntualmente una serie de funciones, sino que hay que hacer una reforma total donde se impliquen todos los protagonistas del sistema sanitario: administración, universidad, industria farmacéutica, usuarios, oficinas de farmacia, médicos, etc. Porque, si no, son parches que estamos poniendo. Y, desde luego, tiene que ser una cosa en la que todos estemos de acuerdo. 2) Hay que empezar a pensar más en problemas de salud que en problemas de medicamentos. Porque hay muchos ejemplos en terapéutica donde lo evidente no es lo cierto: si pensamos que los IECAs o los corticoides inhalados nos están costando muchísimo dinero, es cierto y podemos erróneamente intentar limitar su prescripción. Pero si los damos en una indicación correcta, como puede ser, aquéllos en la insuficiencia cardíaca, y éstos en el asma, sabemos que pueden disminuir las recaídas, hospitalizaciones y muertes y por tanto (aparte del menor sufrimiento humano) representan una utilización más eficiente de nuestros recursos, aunque nos abulten el gasto en determinados presupuestos como el de farmacia.

Y, por último, que tiene que haber una reforma, desde luego, amplia, estructural, pero también cultural, que cambie, de alguna manera, la visión que tenemos de los medicamentos y de la salud y, además, que sea más bien una propuesta de cambio -aunque sea lento, que sea seguro- que no una serie de medidas reguladoras o impositivas que pueden acabar explotando o derivando en contra de nuestros propios objetivos.

SR. D. MIGUEL AZPILICUETA AGUILAR

Colegio Oficial de Farmacéuticos de Guipúzcoa

Antes de entrar en el tema concreto que me corresponde desarrollar, y habida cuenta del foro en que nos encontramos, quisiera hacer un preámbulo sobre los requisitos imprescindibles para posibilitar la auténtica integración de las Oficinas de Farmacia en la contención de los incrementos del Gasto Farmacéutico.

Las Administraciones Sanitarias que optaron por la planificación lo hicieron pensando en que era la mejor manera de distribuir eficientemente los recursos humanos y económicos disponibles para garantizar a los ciudadanos una adecuada y homogénea atención farmacéutica al MENOR COSTE POSIBLE. Para ello han apostado por la colaboración con la Oficina de Farmacia y la exigencia de medios y funciones para la mejor atención farmacéutica.

A la hora de abordar las condiciones necesarias para el mantenimiento y potenciación de la función sanitaria de la Oficina de Farmacia y su implicación en las medidas de contención del Gasto Farmacéutico resulta imprescindible referirse a las Leyes de Ordenación Farmacéutica en las que se establecen, por un lado, **los niveles de exigencia en la prestación que deben realizar las Oficinas de Farmacia y por otro los instrumentos que garantizan la posibilidad de que todas ellas puedan prestar el servicio exigido**.

Es evidente que desde el punto de vista de la atención farmacéutica no tienen sentido las restricciones a la apertura, a la ubicación o al horario en que se desarrolla la actividad profesional si no es para que desde la estabilidad que esas restricciones proporcionan plantear las exigencias de servicio.

Y viceversa no se pueden plantear a las Oficinas de Farmacia exigencias de servicio y de implicación en medidas de contención del Gasto Farmacéutico si no van acompañadas de una mínima garantía de estabilidad y rentabilidad a medio plazo. A ningún profesional se le puede exigir por encima de lo razonable.

Por tanto, exigencia y estabilidad deben ir forzosamente de la mano algo que los farmacéuticos, los responsables de la Administración Sanitaria y los "expertos" deberían tener en cuenta.

Dada mi procedencia y mi conocimiento de la Ley de Ordenación Farmacéutica del País Vasco, voy a utilizar ésta como referente sobre el que elaborar algunas reflexiones...

La exposición de motivos *de la Ley de Ordenación Farmacéutica del País Vasco Justifica la necesidad de regular la Planificación y la atención farmacéutica a través de la*

Oficina de Farmacia cuando dice que ***"..la meta fundamental que esta Ley pretende alcanzar al regular las funciones a desarrollar, así como la dotación y distribución de los establecimientos y servicios sanitarios farmacéuticos, no es otra que garantizar a todos los ciudadanos una adecuada y homogénea atención farmacéutica..*** ".

Explica lo que considera una adecuada atención farmacéutica, cuando dice que **"..dicha atención farmacéutica puede considerarse adecuada si se cumplen las siguientes premisas;**

a).- Que el acceso al medicamento sea ágil y rápido.

b).- Que los establecimientos farmacéuticos estén razonablemente distribuidos.

c).- Que el medicamento se dispense con las debidas garantías de control y de información al usuario.

d).- Que los establecimientos y servicios de atención farmacéutica estén dotados de los medios humanos y materiales necesarios a tales fines.. ".

Por otro lado, complementa diciendo **".. junto con la garantía de la adecuada y homogénea atención farmacéutica, el segundo gran objetivo perseguido por la Leyes la utilización racional del Medicamento. por lo que no cabe duda de su carácter marcadamente sanitario..** ".

Este Uso Racional del Medicamento, a que tantas veces hacemos referencia, fue definido por la O.M.S., en Nairobi (1985) como "…**cada paciente tome, en el momento oportuno, durante el período de tiempo necesario, en la dosis y forma Farmacéutica adecuada, el medicamento que más conviene a su situación clínica**... ", a lo que algunos añaden "..con la máxima información posible y al mejor precio para él y la Comunidad" (No olviden esta coletilla ya que se relaciona con la libertad de prescripción a la que posteriormente me referiré).

La necesidad de disponer en el momento oportuno del medicamento adecuado obliga a un stock suficiente y a un acceso relativamente rápido a dicho medicamento lo que obliga a una adecuada planificación y exigencia.

La Ley de Ordenación Farmacéutica del País Vasco añade que **"..la formalización y aplicación de políticas farmacéuticas, como parte integrante de una política sanitaria, debe estar orientada al logro de las metas de salud, que en cada época, se consideren adecuadas..** ".

La interrelación entre la restricción a las aperturas y el mantenimiento de distancias, con la calidad y exigencia, queda claro en la Memoria explicativa cuando se afirma;

"..Las Oficinas de Farmacia, para desarrollar correctamente las funciones que les corresponden deben contar con una serie de medios materiales tales como locales, instalaciones, utillaje, etc, determinados en cada momento por las normas jurídicas en orden a garantizar la atención farmacéutica a los ciudadanos.

Aportar estos medios sólo está al alcance de una Farmacia rnínimamente solvente, y, lógicamente**, la solvencia de ésta depende en gran medida de la proporción de habitantes por establecimiento**.. ".

Resulta imprescindible, por tanto, garantizar la rentabilidad de las Oficinas de Farmacia como instrumento para financiar los requerimientos que la Administración exige para la asistencia a sus ciudadanos, cada vez más sofisticado, y para garantizar la viabilidad de los establecimientos tras la integración en políticas de contención del Gasto Farmacéutico, contrarias a lo que significaría el interés directo de facturar más y más caro propio de una economía liberalizada.

Este marco, además de garantizar la homogénea distribución de los establecimientos y la adecuada calidad del servicio debe proporcionar estabilidad al farmacéutico titular de Oficina de Farmacia. Desde esta estabilidad es desde la que se pueden plantear las exigencias, las colaboraciones y las imbricaciones en la asistencia primaria, en el uso racional de los medicamentos y en la eficiencia en la utilización de los recursos.

Desde esta relativa estabilidad podemos pasar al segundo punto, establecer cual es el papel a jugar por los farmacéuticos en sus oficinas de farmacia, que desde mi punto de vista debe abarcar todo lo relativo a la dispensación con plena información, seguimiento y farmacovigilancia de los usuarios en armonía con las pautas de prescripción que se siguen en los Centros de Atención Primaria, se complementa con la participación activa en campañas de educación, información y prevención de patologías propias de la época en que nos toca vivir (toxicomanías, Sida, etc.), con un papel importante en la puesta en marcha de programas de intercambio de jeringuillas, acceso a preservativos, dispensación de Metadona, asistencia domiciliaria, programas de seguimiento de colectivos de riesgo, y otros que en su día se demandarán.

Debido quizás a su estricta formación técnica, el Sr. Petitbo no pudo distinguir si el medicamento es un bien de consumo o un bien de uso. Los Sanitarios si podemos hacerlo, y estamos absolutamente convencidos de que se trata de un bien de uso racional. De ahí que uno de los objetivos de la planificación está en la decisión de las Administraciones Sanitarias de utilizar a fondo a las Oficinas de Farmacia consiguiendo que actúen efectivamente en la reducción del GASTO. Son por tanto conscientes de que las "leyes del mercado" aducidas por algunos expertos, como el citado Sr. Petitbo suelen incrementar el consumo y, a medio plazo, concentran el poder en los grupos financieramente más fuertes, que acaban por dictar dichas leyes de mercado: sobre todo en sectores estratégicos, como el Sanitario.

Va a resultar básica, también, nuestra implicación en medidas de contención de los incrementos del Gasto Farmacéutico, imprescindibles en el mantenimiento del actual estado del bienestar.

Estas medidas deben girar en tomo a la educación sanitaria de la población, tanto usuarios como profesionales, para delimitar la prestación y para aprender todos a diferenciar entre un Uso Racional de Medicamentos y un Consumo caprichoso de Medicamentos bien por la sofisticado exigencia en la demanda o por la ligereza en la prescripción.

Llegamos así al punto objeto de mi intervención; las medidas de racionalización y la libertad de prescripción, realizando un esfuerzo previo para situamos en la realidad de nuestra prestación de las expectativas de la población y de las posibilidades reales de financiación.

El Estado del Bienestar del que disfrutamos está sustentado, en lo refiere a la Prestación farmacéutica, en una asistencia Universal. prácticamente ilimitada y casi Gratuita. Si a estas premisas unimos el avance tecnológico que pondrá a nuestro alcance especialidades cada vez más costosas la homologación con los precios del resto de la CEE, el incremento del número y edad de los pensionistas la mayor educación sanitaria de la población que convierte a ésta en más exigente y la mayor cultura consumista que se impone en todos los ámbitos de la sociedad tendremos la explicación del incremento del Gasto Farmacéutico en una población que **lejos de estar concienciada en la necesidad de una remodelación y fijación de un marco financiable, cree que la cobertura debe ser ampliada** y que todavía se puede "exprimir" más al Sistema.

El Gasto Sanitario se ve influido por factores que lo agravan, tales como:

- La universalidad y gratuidad de las prestaciones. Desde el año 1986 el número de beneficiarios ha incrementado en seis millones sin ningún cambio en la aportación.

- El acelerado proceso de envejecimiento de la sociedad. En el año 1980, las personas mayores de 65 años representaban en España el 11 % de la población. En el año 2010) serán 16% y en el 2040 el 23%.

- Las nuevas patologías y los costes hospitalarios suponen una impresionante absorción de recursos. Por ejemplo, los diez mil enfermos de Sida representan un gasto en medicación de cuarenta mil millones.

- Las nuevas tecnologías que ponen a nuestra disposición medicamentos más completos en cuanto a su efecto terapéutico, o con menores efectos secundarios, o simplemente más cómodos en su posología.

- La educación sanitaria de la población, y la información orientada al consumo, que conlleva crecientes incrementos en el consumo de fármacos tanto en terapias de prevención como de tratamiento.

Desde mi punto de vista, mientras no se modifique el marco de la Prestación y se enmarque el "Estado del Bienestar" en unos mínimos garantizados para toda la población y unos máximos "sujetos a presupuesto", seguiremos viviendo en una quimera infinanciable y con un inevitable y drástico recorte el día que se convierta en insostenible.

Pero ¿Qué es el "Estado del Bienestar". ¿Es aquél en el que todos los ciudadanos tienen cubiertas sus necesidades básicas y los añadidos que la situación del país permita? O, por el contrario ¿es aquél que proporciona cobertura a las demandas de los usuarios aún poniendo en peligro la viabilidad del Sistema.

En las economías domésticas, los gastos se adaptan a los ingresos, de manera que se cubren primeramente las necesidades elementales (alimentación, vivienda enseñanza etc.) para posteriormente, y en función de las posibilidades, planificar los gastos extraordinarios (vacaciones, cambio de vehículo etc.).

Si, por el contrario, se planifican los gastos y a continuación se hacen los ingresos que los cubran, nos encontraremos con la política de pretender cada año "parches" que permitan la aproximación al presupuesto.

Ya nos hemos referido anteriormente al logro irrenunciable que significa la universalidad en la cobertura, y que garantiza que en ningún caso se produce desasistencia por falta de medios económicos, pero la pretensión de que las demandas de la población en cuanto a bienes de salud en general y de medicamentos en particular, influidas por la publicidad la información orientada al consumo a través de periódicos y periodistas experto en salud y los hábitos consumistas, sean financiadas por el Sistema Público resulta inviable.

El sistema de Prestación Farmacéutica tiene soluciones algunas impopulares pero imprescindibles para racionalizada de verdad, optimizarla y posibilitar su financiación.

No es mi objetivo, ni resultaría sencillo poner sobre la mesa la solución pero si se puede avanzar el logro social irrenunciable que significa la **universalidad** en la cobertura de la asistencia farmacéutica, la imposibilidad de una asistencia **ilimitada** sujeta más a demanda que a necesidad real y el cuestionamiento la "**casi gratuidad**" que ofrece nuestro Sistema, y que lo convierte en el más generoso de Europa para los beneficiarios.

Si quiero poner encima de la mesa la necesidad de **crear un foro con todos los sectores involucrados, en la que se aborde la actual situación y se consensuen posibles medidas de optimización de la Prestación**, asumiendo el compromiso de no convertir el debate en arma electoralista.

El debate debería abrirse con tres preguntas:

¿ Qué prestaciones queremos?
¿Qué prestaciones podemos?
¿Cuáles son las prestaciones prioritarias?

Y a continuación ver la manera de acercar nuestros deseos a nuestras posibilidades. A primera vista, y en un análisis simplista la fórmula de acercamiento se basaría en un "**recorte de lo que queremos**" o en un "**aumento de lo que**

podemos" (incremento de ingresos a través de impuestos especiales dedicados a financiar la prestación). Sin embargo caben fórmulas intermedias que conlleven un **mejor aprovechamiento de los recursos** sin pérdida de calidad, combinadas con un replanteamiento de la participación directa de los ciudadanos que les devuelva la conciencia del coste, perdida pese a su contribución vía impuestos y cotización a la Seguridad Social.

Dado la falta de marco, el gestor se ve obligado a buscar afanosamente ahorros forzados que **no aparenten** significar una rebaja de las prestaciones sanitarias

Y **¿qué medidas se han adoptado?** Desde hace varios años, los responsables farmacéuticos, tanto de Oficina de Farmacia como de la Administración, de, por lo menos mi Comunidad Autónoma ,venimos planteando la necesidad de adecuar el Gasto Farmacéutico a las posibilidades reales del país, que con una baja renta per capita dispone de una Prestación Farmacéutica que países de mucha mayor riqueza no se lo permiten.

Por contra, desde la Administración Sanitaria estatal, nunca ha existido la suficiente voluntad política de racionalizar el Consumo de Medicamentos, controlar la prescripción, y educar en la exigencia por miedo a la factura electoral **conformándose** con detener el crecimiento de la otra factura la del Gasto Farmacéutico de ese año. Aunque parezca lo mismo, existe una **gran diferencia entre racionalizar el Consumo y contener el Gasto Farmacéutico**.

Hacia septiembre de 1993 la Administración Sanitaria solicitó de la Industria Farmacéutica y de las Oficinas de Farmacia una colaboración económica que se concretaba en una rebaja del 3% en el precio de salida del laboratorio (PVL) de los medicamentos y un descuento del 2% en la factura al Sistema Público de Salud.

Las Oficinas de Farmacia aceptaron la colaboración, por tres años, en tanto se abordaban reformas estructurales del Sistema.

No habían transcurrido los tres años y sin haberse observado ningún atisbo de reforma estructural ya se pretendía un nuevo acuerdo de superior importe acompañado de una solicitud de colaboración económica a la Distribución Mayorista y una solicitud de "crecimiento cero" a la Industria Farmacéutica.

Ante la falta de acuerdo por razones varias la Administración Sanitaria Central ha optado por una importante rebaja de los márgenes de las Oficinas de Farmacia y de la Distribución Mayorista, acompañada de una congelación salarial del personal sanitario en la función pública (médicos, enfermero as etc.).

En resumen, una vez más, los incrementos producidos por un consumo irracional, que no se pretende frenar, se financian con medios privados quee ayudaran a contener el Gasto o la Factura de este año. Para el año que viene ya se improvisará algo en octubre.

¿ Y todo para qué? Todo esto para parchear, para poder acercarnos a cubrir un presupuesto que es infinanciable con los recursos de que disponemos, y que va a deteriorar el servicio existente antes de su derrumbe.

¿Qué soluciones caben? La solución pasa, desde mi punto de vista, por medidas que impliquen a todos los sectores; Administración Sanitaria- Usuarios-Sector Sanitario-Partidos Políticos, que establezcan las necesidades de Prestación Sanitaria en general y Farmacéutica en particular, y que intenten acomodarlas a las posibilidades de financiación.

A partir de aquí se pueden combinar diferentes opciones: Revisión de los márgenes de las Farmacias, financiación pública variable en función del interés terapéutico del medicamento, reclasificación de los beneficiarios en función de sus rentas, educación en una política de genéricos, instalación de precios de referencia, etc., y sobre todo **EDUCACIÓN SANITARIA EN EL USO RACIONAL DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS EN GENERAL Y FARMACÉUTICAS EN PARTICULAR**.

En este momento, los cambios en la Ley del Medicamento posibilitan la prescripción de genéricos y la instalación de precios de referencia. Voy a "mojarme" y dar mi opinión sobre su repercusión real sobre el Gasto Farmacéutico y sobre la libertad de prescripción.

Genéricos; la política de genéricos es un buen complemento sobre la base de una buena educación sanitaria en la demanda, en la prescripción y en la dispensación. Como el ahorro directo va a ser pequeño no significa ninguna solución definitiva, ya que después de la pequeña minoración de los primeros años se producirán los mismos incrementos que actualmente se vienen produciendo.

En torno a los genéricos se están creando unas excesivas expectativas de ahorro que no coinciden con la realidad, por diversas razones. En España se producen dos realidades importantes;

> 1ª- La diferencia de precio entre el genérico y la especialidad de marca original ronda el 25% habida cuenta de las actuales precios de los medicamentos en España. De ahí que la diferencia respecto a los genéricos no puede tener la misma relevancia que en los países con precios mucho más elevados.
>
> 2ª - La prestación en genéricos abarcaría en el mejor de los casos un 35% de la actual prescripción.

Podemos darnos cuenta de que, en el caso de que TODOS los médicos prescribieran en genérico, el ahorro real rondaría el 7% , muy lejos de las expectativas que ya se están vendiendo por parte de los "expertos" (algunos han cifrado en un 600% la posibilidad de ahorro en la factura farmacéutica). En éste caso, si todos los médicos prescribieran en DOE todas las especialidades, se produciría una reducción

importante el primer año, pero al año siguiente los incrementos serían del mismo valor que los actuales. No se controlarán los incrementos mientras no se controlen los hábitos consumistas.

En cuanto a la lihertad de prescripción, es, a priori, tan defendible como todas las libertades y con límites similares a las demás libertades.

Si recuerdan la definición del Uso Racional del Medicamento, se finalizaba diciendo "**al mejor coste para el individuo y la sociedad**", por lo que garantizado el medicamento más conveniente, en el momento oportuno y en la forma farmacéutica adecuada, junto con las correspondientes garantías de bioequivalencia, no es banal platear las mejores opciones de costo.

El Estado del Bienestar garantiza el acceso de todos los ciudadanos al medicamento más adecuado a sus necesidades, pero no necesariamente a cualquier marca comercial, y más con las diferencias de precio respecto de otros idénticos que hayan demostrado, lógicamente, esta bioequivalencia.

De ahí que acote esa pretendida libertad de prescripción habida cuenta de que su repercusión se financia con fondo públicos, y siempre con la presunción de considerar que el médico prescribe las marcas de fantasía por criterios estrictamente sanitarios sin connivencias con los visitadores ni con laboratorios, ya que en ese caso sobrarían comentarios.

Lo ideal sería que desde la Administración Sanitaria se clarificaran los criterios que antes he mencionado en cuanto al marco de prestaciones, se sentarán las bases de la prestación farmacéutica financiable, y que los profesionales sanitarios colaboraramos en continuar en esa labor educativa, complementada con actuaciones concretas en la prescripción y en la dispensación.

Precios de Referencia: Como todos Vds. saben los precios de referencia son precios máximos que financian los sistemas de salud, independientemente del coste de la especialidad farmacéutica prescrita o dispensada. Su aplicación presenta aspectos muy positivos.

- **Posibilidad inmediata de aplicación**. Únicamente es necesaria la elaboración de las listas de los medicamentos y los precios máximos financiados, por lo que no se necesita pasar por el "purgatorio", de varios años de educación sanitaria de los profesionales y usuarios.

- **No resulta imprescindible la implicación del médico prescriptor**, ya que el filtro se establece en la Farmacia. Se garantiza el derecho a la libre prescripción aunque ello no significa la obligatoriedad de la total financiación.

- **Se respeta la posibilidad de que el beneficiario pueda adquirir medicamentos de marca**, en los que pudiera tener gran fe, **abonando la diferencia** en lugar de abonar la totalidad de su coste.

- Es **compatible con una política de genéricos**.

- Permite **presupuestar con bastante precisión el costo público tratamiento - año**, estable independientemente de la elección de medicamento que realice el beneficiario.

Tiene el inconveniente de poder ser tildado de recorte del Estado del Bienestar en campañas oportunistas.

Para finalizar quisiera solicitar a los "expertos", tanto juristas como economistas, periodistas etc., que fueran conscientes de sus limitaciones para abordar el 100% de la problemática sanitaria, igual que los sanitarios tenemos que ser conscientes de nuestras limitaciones en los terrenos económicos y legales.

Cuando un "experto" se acerca por primera vez al Sector Sanitario en el que además de los factores económicos y legales intervienen otros como son los políticos, sociales, necesidades (reales o no) sentidas por la población - y se acerca con el bagage de conocimientos que ha adquirido en sus experiencias anteriores -, se encuentra con una gran dificultad para aplicarlos. Si un "experto" se empeña en aplicarlos con purismo y dogmatismo y consigue introducir sus teorías en los textos legales, bien por propia iniciativa o por mandato de sus superiores, provoca en general un deterioro en lo que interviene. Este deterioro lo sufren terceros: profesionales, usuarios, la tesorería de las entidades gestoras etc. y cuando la realidad demuestra su falta de competencia, no sólo no sufren las consecuencias sino que, en general, ni siquiera están en el puesto para reconducirlo.

Esta situación se agrava cuando temas como la Ordenación y Planificación de las Oficinas de Farmacia se toma por algunos "responsables" autonómicos como un juguete en el que experimentar aportaciones novedosas, ingeniosas, diferentes, modernas, electoralistas, dogmáticas, etc. con la que intenten diferenciarse del resto de las C.C.A.A.

Las teorías y los escenarios visuales son imprescindibles para modificar positivamente las realidades, pero hay que ser conscientes de que no basta con que el ordenador o el papel las soporten. Hace falta que sean realizables y que garanticen la mejora. En caso contrario los responsables deberían pagar sus errores como los pagan arquitectos, médicos, farmacéuticos, etc. cuando los cometen.

Resulta curioso observar como, en tanto que los profesionales de la medicina, farmacia o enfermería toman especial cuidado en contratar pólizas de responsabilidad civil para quedar a cubierto de las reclamaciones a que pudieran dar lugar sus errores, estos "expertos" diseñan los modelos sanitarios, auguran los futuros escenarios económicos, y elaboran los textos legales sobre los que se sustentan y acomodan sus dogmáticas y subjetivas visiones para que sean extensivas a todos los profesionales sanitarios, sin asumir los errores y los costos que estos significan para la sociedad en general.

En estos tres días hemos asistido a unas ponencias más rigurosas que otras, pero los profanos en jurisprudencia

hemos podido observar que se pueden sostener teorías diametralmente opuestas, técnicamente impecables, con resultados en su aplicación muy distintos e incluso antagónicos. También hemos podido observar la influencia de las filosofías, ideologías, intereses partidistas, fobias y filias, etc. En estas ponencias se evidencian la falta de "asepsia" de los "expertos". Algunos de nuestros legisladores y jueces no parecen actuar siempre con criterios de ecuanimidad, y dejan ver criterios oportunistas en algunas de sus actuaciones. Sin embargo, son los representantes (en mayor o menor medida) de la soberanía popular y los interpretes, más o menos rigurosos, de lo que la población desea o necesita.

Habría que conseguir que las prestaciones sociales en general, y las sanitarias en particular, fueran definidas por los representantes de la Sociedad, y que los expertos se centraran en trasladar, de la mejor manera posible, estas demandas a la realidad. De esto a constituirse en visionarios del bien y del mal va el abismo que media entre lo que debiera ser y lo que viene ocurriendo.

LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA Y SU FINANCIACIÓN EN LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO.

ALEMANIA

La ley de reforma sanitaria de 1989 ha establecido precios fijos de financiación (PFF) o precios de referencia para determinados grupos de medicamentos similares.

La finalidad de la medida es incentivar al asegurado para que consuma especialidades más baratas, de idéntica fórmula, sin que ello suponga limitar su derecho a utilizar todos los principios activos que necesite.

1.- Medicamentos no financiados;

- Lista negativa de especialidades farmacéuticas;

Adelgazantes, anoréxicos, anabolizantes, productos geriátricos, reconstituyentes, tónicos, y preparaciones de vitaminas, salvo aquellas destinadas a compensar una carencia.

- Lista de indicaciones no financiadas;

Medicamentos para el tratamiento de la gripe y resfriados, incluidos los vasoconstrictores; analgésicos; antitusígenos y expectorantes utilizados para estas indicaciones; medicamentos para terapia bucofaríngea; medicamentos para el tratamiento del mareo; medicamentos antieméticos; laxantes.

Estos medicamentos se financian, excepcionalmente, en caso de síntomas agudos o si se sospechan posibles complicaciones; enfermedades ulcerosas tras intervenciones quirúrgicas o en infecciones micóticas; preparación a intervenciones diagnósticas o terapéuticas, o bien como complemento de aquellas, por un tiempo limitado.

Asimismo, se financian a personas menores de 18 años y en los casos en que se precisen durante un periodo prolongado de tiempo y ello represente una carga económica para el asegurado.

II.- Participación del asegurado en la financiación;

- Especialidades con "precio de referencia" (Precio fijo financiado PFF);

Si el PVP es menor o igual al PFF:	Exención.
Si el PVP es mayor que el PFF:	diferencia a cargo del asegurado

- Especialidades sin "precio de referencia" (Precio fijo financiado PFF);

3 DM (Marcos alemanes), 5 DM ó 7 DM, según el PVP de la especialidad.

Exenciones; Menores de 18 años; embarazadas y accidentados de trabajo; actividades de guerra, militares y servicios civiles; indigentes.

BÉLGICA

I.- Medicamentos financiados;

- Lista positiva de especialidades farmacéuticas con cinco categorías de financiación: A, B, C, Cs, Cx.

- Lista de indicaciones positivas;

Se relacionan las especialidades farmacéuticas que sólo se reembolsan íntegramente, en las categorías A, B Y C, si son para el tratamiento de determinadas enfermedades:

A; Mucoviseidosis.

B; Pancreatitis crónica, insuficiencia pancreática después de pancrentectomia.

C; Equinacocosis, enfermedad de Crohn, colitis ulcerosa, enteritis aguda, colecto mía total o parcial, y coadjuvantes en el tratamiento de la caquexia neoplásica.

Excluidos; Ciertas vitaminas, antitusígenos, mucolíticos orales, benzadiazepinas, barbitúricos (salvo en epilepsia), parasimpaticomiméticos inhibidores de la colinesterasa y productos similares, en administración oral y rectal; antieméticos, antagonistas dopaminérgicos (excepto neurolépticos) orales y rectales, cuando no se utilicen en quimioterapia, radioterapia o anestesia; vacunas antialérgicas y esteroides anabolizantes parenterales.

II.- Participación del asegurado en la financiación;

Categoría	Activos/Vipo no Preferentes	Vipo preferentes
A	Exentos	Exentos
B	25% límite 345 FB(Franco Belga)	15% límite 200 FB.
C	50% límite 575 FB	50% límite 300 FE.
Cs	60% sin límite.	60% sin límite.
Cx	80% sin límite.	75% sin límite.

Fórmulas Magistrales 35 FB para productos B y C.
70 FB para productos Csy Cx.

Vipo; Viudas, inválidos, pensionistas y huérfanos

Preferentes; Sus ingresos anuales (1990) no debían exceder de 377.907 FB. como titular, ó 69.961 FB. como beneficiario dependiente.

Exenciones; Accidentados de trabajo y enfermos profesionales.

DINAMARCA

I.- Medicamentos financiados;

- Lista positiva de especialidades farmacéuticas;

Categorías de especialidades;

Grupo I.- Medicamentos para enfermedades bien definidas e incluso mortales.

Grupo II.- Medicamentos con efectos terapéuticos comprobados.

Excluidos; Todos los demás medicamentos, salvo para el colectivo de jubilados que, desde 1984, tienen derecho a que les sean financiados los de "encima del mostrador".

También están excluidas especialidades farmacéuticas antes consideradas como dispensables "sólo bajo prescriprión", y que hoy forman parte de la categoría de "encima del mostrador" (antiulcerosos anti-H2, antihistamínicos, antifúngicos tópicos, ibuprofén tabletas, piroxicán gel, etc.).

No obstante, cualquier paciente de forma individual puede formular a través de su médico una solicitud motivada para que le sean financiados medicamentos excluidos.

II.- Participación del usuario en la financiación;

- Especialidades sin precio de referencia;

25% del PVP de las especialidades del Grupo I.

50% del PVP de las especialidades del Grupo II.

- Especialidades con precio de referencia (PR);

Si el PVP es menor o igual al PR: 25% ó 50% del PVP según la Categoría de la especialidad.

Si el PVP es mayor que el PR: 25% ó 50% del PR, según la Categoría de la especialidad, más la diferencia entre el PVP y el FR.

En casos médicamente justificadas, no se tendrá en cuenta el precio de referencia en la participación económica del usuario.

Los indigentes sociales pueden solicitar un subsidio a las autoridades locales.

FRANCIA

I.- Medicamentos financiados;

- Lista positiva de especialidades farmacéuticas; Categorías de especialidades:

a).- Irreemplazables y particularmente costosos.

b).- Medicamentos destinados principalmente al tratamiento de enfermedades sin carácter habitual de gravedad.

c).- Otros medicamentos, que son los más numerosos, incluidos los homeopáticos.

Excluidos; Tónicos, antiasténicos, anoréxicos, y vitaminas (salvo la D y B 12), Y productos relacionados con higiene corporal y dietética.

- Fórmulas magistrales que contengan productos incluidos en una lista oficial elaborada por la Comisión de Transparencia.

II.- Participación del asegurado en la financiación;

Categorías;

a).- Exentos
b).- 65% del PVP.
c).- 35% del PVP.

Exenciones;

- Derivadas de la situación del beneficiario;

Inválidos, embarazadas a partir del 4° mes anterior a la fecha de pronostico de parto, accidentados e incapacitados por accidente laboral... se reembolsa el 100% del gasto originado por medicamentos sujetos a una participación del 35%, pero se mantiene la participación de un 65% para los medicamentos destinados a combatir afecciones sin carácter habitual de gravedad.

- Derivadas de la naturaleza de la afección;

Si el beneficiario ha sido reconocido por un control médico como afectado por...

Una de las "30 enfermedades" graves listadas reglamentariamente.

Una enfermedad no inscrita en dicha lista, pero que comporte un "tratamiento prolongado y una terapéutica particularmente costosa ", o se considere "forma evolutiva o invalidante de una enfermedad grave caracterizada" ("31 enfermedad").

Varias enfermedades que, en conjunto, originen una situación de incapacidad, siempre que el tratamiento dure más de 6 meses" tras informe favorable del Consejo Médico Local.

……en estos casos tiene derecho, el asegurado, al reembolso total de "todos los gastos relativos al tratamiento de la enfermedad de la que haya sido reconocido como afectado" y, además, de los medicamentos sujetos a una participación del 65% que no queden incluidos dentro de la categoría anterior.

GRECIA

I.- Medicamentos financiados;

- Listas positivas de especialidades farmacéuticas;

Muy restrictivas;

Son diferentes en cada uno de los Organismos aseguradores.

- Preparaciones farmacéuticas; muy limitadas.

II.- Participación del usuario en la financiación;

Varía según el Organismo asegurador;

IKA; 20% del PVP.

OGA; 25% del PVP.

Exenciones;

- Determinados medicamentos destinados a ciertas enfermedades crónicas. Varían según el Organismo asegurador (IKA: se hace extensiva la exención de participación a todos los medicamentos para patologías colaterales de la diabetes insulino-dependiente, así como a los medicamentos para paliar los efectos secundarios de los anticancerosos).

- Maternidad.

- Accidentados de trabajo y enfermos profesionales.

HOLANDA

I.- Medicamentos no financiados;

- Lista negativa de especialidades farmacéuticas (por razones de precio y eficacia terapéutica).

Excluidos: Especialidades farmacéuticas de venta no restringida a farmacias, así como los tónicos, dietéticos, agua y sales minerales, cosméticos, dentríficos, alcohol y otras categorías similares.

II.- Participación del asegurado en la financiación;

- Especialidades con precio fijo financiado;

Si el PVP es menor o igual que el PFF: exención.

Si el PVP es mayor que el PFF: la diferencia a cargo del asegurado.

- Especialidades sin precio PFF y no incluidas en la lista negativa:

No hay participación del asegurado.

IRLANDA

I.- Medicamentos financiados;

- Lista positiva de especialidades farmacéuticas;

Fueron retiradas de la lista las especialidades correspondientes al status "encima del mostrador" y, minoritariamente, al de dispensables "sólo bajo prescripción ".

II.- Participación del usuario en la financiación;

En función del nivel de renta del usuario;

- Usuarios de Categoría I;	exentos
- Usuarios de Categoría II;	la exención comienza al sobrepasar un gasto de 28 libras irlandesas en medicamentos por familia y mes

Exenciones: ciertas enfermedades de larga duración y enfermedades o deficiencias mentales de jóvenes menores de 16 años.

ITALIA

I.- Medicamentos financiados;

- Lista positiva de especialidades farmacéuticas;

Categorías;

A).- Incluye los medicamentos de primera necesidad terapéutica.

B).- Todas las demás especialidades. A efectos de la participación económica del usuario se distinguen dos niveles de aportación B30 y B50. Casi todos los medicamentos pertenecen al nivel de aportación B50.

Han sido excluidos: enzimas digestivos (salvo las pancreatinas de alta dosis), coadyuvantes en la terapia hiperamoniémica, extractos corticosuprarrenales y ciertos antibióticos de uso sistémico asociados con balsámicos, antitusígenos o con otras sustancias, productos dermatalógicos, oftalmolóigicos, otolóigicos, descongestivos nasales, y anticonceptivo s orales.

A partir de enero de 1993 también han sido excluidas especialidades correspondientes a: vitaminas para administración oral (salvo la vitamina D), tónicos, antiácidos, antipiréticos (en forma oral y supositorios), suplementos minerales de administración oral, esteroides anabolizantes, coadyuvantes para utilización en trastornos hepáticos, cardiovasculares y lipemias, medicamentos con varios principios activos de acción sistémica, estomatológicos, todos los supósitos (salvo la Salazina) y otros productos similares a los de venta sin receta.

II.- Participación del usuario en la financiación;

De acuerdo con la categoría del medicamento;

Categoría A; exentos
Categoría B; hay 2 modalidades de participación en función de los ingresos;

1.- Personas con ingresos por un encima de un determinado nivel de renta.

Pagan los medicamentos hasta un máximo de 40.000 liras por receta (máximo 2 medicamentos ó 6 inyectables monodosis por receta), más un 10% del resto del importe.

PVP (hasta un límite de 40.000 liras) + 10% del PVP (si pasa de 40.000 liras).

2.- Personas con ingresos inferiores a un determinado nivel de renta. La participación máxima por receta es de 50.000 liras. La cuantía de la aportación resulta de la adición de las siguientes partidas:

- Una tarifa de 4.000 liras por receta. Para antibióticos inyectables monodosis la tarifa fija es de 2.000 liras.

- Una cuota de participación, siempre que las especialidades tengan un precio superior a 5.000 liras, siendo ésta del 30% ó 50% del PVP, de acuerdo a como haya sido calificada la especialidad.

4.000 liras + (si PVP > 5.000 liras) 30% ó 50% del PVP

El nivel de ingresos, a que hemos hecho referencia, es;

- Una persona; 30 millones de liras.
- Familias de dos miembros; 42 millones de liras.
- Familias de tres miembros; 50 millones de liras. Por cada miembro más se incrementa el limite en 5 millones de liras.

Exenciones;

- Exención total; personas con bajos ingresos, incluidos los titulares de pensiones de jubilación y de invalidez con una renta imponible de hasta 16 millones de liras, que se incrementa hasta 22 millones por cónyuge a cargo y un millón más por cada hijo a cargo de los anteriores.

- Exención parcial; la exención sólo se aplica a los medicamentos directamente relacionados con la enfermedad de que se trate (enfermedades listadas), y para los enfermos oficialmente reconocidos como tales.

LUXEMBURGO

I.- Medicamentos no financiados;

. Lista negativa de especialidades farmacéuticas;

Afecta a ciertas vitaminas, fortificantes y medicamentos de confort.

II.- Participación del asegurado en la financiación;

Participan con el 20% del PVP. Unicamente están exentos determinados medicamentos para enfermedades crónicas y de larga duración.

PORTUGAL

I.- Medicamentos financiados;

- Lista positiva de medicamentos financiados;

Categoria de especialidades;

Escala A; Comprende los medicamentos imprescindibles para situaciones bien definidas como carácter de gravedad extrema y de consecuencias sociales graves.
Escala B; Comprende los medicamentos imprescindibles destinados al tratamiento de dolencias graves, o que impliquen una terapéutica prolongada.
Escala C; Comprende medicamentos no prioritarios con interés terapéutico confirmado.

Han sido retirados de la lista la mayoría de los medicamentos destinados a situaciones clínicas leves y no muy prolongadas (tónicos, algunas vacunas, ansiolíticos, analgésicos, antitusígenos, antisépticos, antiácidos, etc.).

II.- Participación del asegurado en la financiación;

Escala A; Exentos
Escala B; 30% del PVP
Escala C; 60% del PVP.

Las exenciones a la participación en la financiación de los medicamentos son prácticamente inexistentes.

REINO UNIDO

I.- Medicamentos no financiados;

- Lista negativa de especialidades farmacéuticas;

Afecta a laxantes, antiácidos, analgésicos menores, antitusígenos y preparados para el resfriado, amargos y tónicos, vitaminas, tranquilizantes y sedantes benzodiazepínicos.

Dentro de la financiación existen alternativas a estas especialidades excluidas, eficaces y menos costosas.

Recientemente se ha aprobado una ampliación de la lista negativa que afecta a diez nuevas categorías de medicamentos: antidiarreicos; antihistaminicos; vacunas hiposensibilizantes y otros productos relacionados con la alergia; hipnótico s y ansialíticos; supresores del apetito; medicamentos para trastornos vaginales; anticonceptivos; antianémicos; antirreumáticos tópicos; así como los medicamentos para las terapias de oído, nariz y pieL

También están excluidos los productos alimenticios y cosméticos.

II.- Participación del asegurado en la financiación;

Existe;

- Tarifa por medicamento prescrito: 4,25 libras ó bien
- Tarifa cuatrimestral: 22 libras.
- Tarifa anual: 60 libras.

Exenciones: niños menores de l6 años; personas de edades comprendidas entre 16 y 19 años y que realizan estudios a jornada completa; hombres mayores de 65 años; mujeres mayores de 60 años; mujeres embarazadas; madres de un niño menor de un año; ciertos pensionistas de guerra; personas de ingresos modestos y personas que reciban ayudas económicas.

ESPAÑA

I.- Medicamentos no financiados:

- Lista negativa de especialidades farmacéuticas;

Especialidades farmacéuticas pertenecientes a los grupos o subgrupos terapéuticos de medicamentos cuya finalidad terapéutica sea la higiene, o para síntomas o síndromes dermatalógicos, suplementos alimenticios, anabolizantes o productos antiobesidad, y los destinados a síntomas menores.

La exclusión también afecta a las fórmulas magistrales y productos galénicos destinados a las finalidades terapéuticas señaladas.

También están excluidos las especialidades calificadas como publicitarias (EFP), así como los cosméticos o productos de utilización cosmética, dietética y productos de régimen, aguas minerales, elixires bucodentales, dentríficos y jabones medicinales.

II.- Participación del usuario en la financiación;

La aportación que satisface el paciente por las especialidades farmacéuticas, efectos y accesorios, extractos hiposensibilizantes, vacunas bacterianas individualizadas, y determinados productos galénicos y fórmulas magistrales es del 40%.

Para especialidades listadas, pertenecientes a determinados grupos y subgrupos terapéuticos (crónicos), así como para ciertos efectos y accesorios, está establecida una aportación reducida del 10% del PVP hasta un máximo de 439 Pts.

Exenciones; Pensionistas de la Seguridad Social y sus familiares beneficiarios; pensionistas del extinguido SOVI (Seguro Obrero de Vejez e Invalidez); perceptores de la prestación económica por invalidez provisional de la Seguridad Social; minusválidos que hayan accedido a la asistencia de la Seguridad Social a través de las prestaciones económicas y sociales previstas en la Ley 13/82 para su integración social; todos aquellos que, realizando una actividad laboral profesional que motive su inclusión en el Sistema de Seguridad Social, sufran una lesión o enfermedad que haya sido reconocida como debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional; los afectado por el Síndrome Tóxico que estén censados como tales, personas sin recursos económicos suficientes mayores de 65 años, incluidos los pensionistas del Fondo Asistencia Social que tengan cumplidos los 65 años; objetores de conciencia en situación de actividad como colaboradores sociales y sus beneficiarios.

ALEMANIA

1).- Lista negativa y Lista de indicaciones no financiadas.

2).- Especialidades con PFF 9i PVP= ó < PFF; exención.
Si PVP > PFF; diferencia cargo del asegurado

3).- Especialidades sin PFF; 3 DM 5 DM ó 7 DM según PVP

4).- Exenciones; Menores de 18 años, indigentes, embarazadas, accidentados de trabajo, etc.

BÉLGICA

1).- Lista positiva con 5 Cat. Activos y Vipo

Vipo

categorías de financiación	no preferente	pref.
A, B, C, Cs, Cx	A exentos	Exentos
	B 25% lim.345FB 15%	lim.200 FB
	C 50% limo 5 75 FE 50%	lim.300 FB
	Cs 60% sin lim.	60% sin lim.
	CX 80% sin lim.	75% sin lim.

2).- Exenciones; Accidentados de trabajo, y enfermos profesionales

DINAMARCA

1).- Lista positiva con dos categorías terapéuticas para la financiación

Especialidades sin Precio Refer.

Categ. I; 25% del PVP

Categ. II; 50% del PVP

Especialidades con Precio Refer.

Si PVP= ó < PR; 25% ó 50% del PVP

Si PVP > PR; 25% ó 50% + diferencia

ESPAÑA

1).- Lista negativa "Medicamentazo" y EFP.

Aportación porcentual en lo financiado
40% ó bien
10% del PVP, con máximo de 439 Pts.,para determinarlas especialidades farmacéuticas y efectos y accesorios.

2).- Exenciones;

Pensionistas de la S.S., personas sin recursos económicos, accidente laboral y enfermedad profesional, etc.

FRANCIA

1).- Lista positiva con 3 categorías terapéuticas para la financiación y con aportación porcentual según la categoría;

a).- exentos.
b).- 65% del PVP.
c).- 35% del PVP.

2).- Exenciones

las derivadas de la situación del beneficiario y de la naturaleza de la afección.

GRECIA

1).- Listas positivas muy restrictivas.

2).- Aportación porcentual variable según el Organismo asegurador;

IKA;20% del PVP
OGA; 25% del PVP

3).- Exenciones; Orientarlas a enfermedades crónicas.

HOLANDA

1).- Lista negativa

2).- Especialidades con PFF (Precio ref.);

- Si PVP=ó< PFF; exención
- Si PVP > PFF; abona diferencia

3).- Especialidades sin PFF;

Exento de financiación

IRLANDA

1).- Lista positiva

2) - Financiación en función del nivel de renta del usuario;

- Categoría I; Exentos.
- Categoría II; La exención comienza al sobrepasar, en medicamentos, 28 libras irlandesas por familia y mes

ITALIA

1)- Lista positiva con 2 categorías terapéuticas;

- Categoría A; Exención.
- Categoría B; - Personas con ingresos > a un nivel de renta; pagan hasta 40.000 liras/receta más 10% del resto del importe.

  - Personas con ingresos < a un nivel de renta; pagan una tarifa fija de 4.000 liras/receta más el 30% ó 50% calificación de la especialidad. El límite de aportación por receta.

2).- Exención:

Total; Usuarios de bajos ingresos.
Parcial; Medicamentos directamente relacionados con determinadas enfermedades y para enfermos oficialmente reconocidos

LUXEMBURGO

1).- Lista negativa.

2).- Participación del 20% del PVP.

3).- Exentos: Determinados medicamentos para enfermedades crónicas y de larga duración.

PORTUGAL

1).- Lista positiva con 3 categorías terapéuticas para la financiación.

2).- Aportación porcentual;

Escala A; exentos

Escala B; 30%del PVP.

Escala C; 60%del PVP.

3).- Exenciones;

Prácticamente inexistentes.

REINO UNIDO

1).- Lista negativa.

2).- Aportación del beneficiario;

Tarifa por medicamento prescrito; 4,25 L.
Tarifa cuatrimestral; 22 L.
Tarifa anual; 60 L.

3).- Exención;

Amplias capas de población.

Sra. Mª. JESÚS MUÑOZ CHESA

Gerente del Instituto Galego de Consumo

Durante este año 1997, la política del Gobierno en materia de gasto farmacéutico se viene centrando entre otros aspectos en la adopción de una serie de medidas que afectan y van a afectar a la industria farmacéutica, farmacéuticos, médicos y consumidores.

Todas estas medidas van dirigidas a la contención del gasto farmacéutico que en España, durante el año 1996, supusieron 812.676 millones de pesetas, que representa en torno al 22,7 % del gasto sanitario español.

La ley de acompañamiento de los presupuestos va a permitir la introducción de fármaco s sin marca y bioequivalentes al medicamento original, lo que denominamos "genéricos".

La reciente normativa sobre genéricos aprobada el pasado mes de febrero ha sido un paso más para la implantación de los genéricos en nuestro país.

Otra de las medidas de contención del gasto farmacéutico recogidas también en la ley de acompañamiento de los presupuestos son los denominados "Precios de referencia". Esto que parece se barajaría más a medio plazo, supondría una limitación en la financiación pública de medicamentos, de forma que Sanidad establecería una cantidad para cada principio activo, de manera que si el usuario elige otro medicamento equivalente pero más caro, tendría que pagar la diferencia.

Otra medida adoptada ya por el Gobierno en relación a este tema han sido la aprobación de los Decretos que rebajan los márgenes profesionales de los farmacéuticos y distribuidores, el pasado 7 de febrero y que según palabras del Ministro de Sanidad y Consumo suponen una rebaja de los medicamentos de cara al consumidor estimada en un 4%.

La liberalización de precios a los otc, es decir a los especialidades publicitarias aún no tiene fecha determinada pero parece ser el siguiente paso del Gobierno, aún más, parece considerarse por parte del Ministerio, la liberalización de los precios de todos los medicamentos, aunque se haría de forma paulatina y controlada, ya que la intervención de los precios sería uno de los inconvenientes para la implantación de los genéricos en España.

Las medidas adoptadas por el Gobierno, en relación a la contención del gasto farmacéutico en nuestro país, así como las previsiones a más largo plazo y los resultados de la ponencia parlamentaria constituida a tal efecto, suponen el inicio de una transición en lo que a política farmacéutica se refiere y que va a afectar a los sectores implicados y por supuesto a los consumidores y usuarios.

Este panorama hace preciso en primer lugar hacer una reflexión sobre cada una de las medidas ya adoptadas y las

posibles previsiones que en el campo sanitario se están produciendo y se van a producir.

Empezaremos hablando de los denominados "genéricos" y de lo que puede suponer la introducción de los mismos en nuestro País.

Los "genéricos" como todos ustedes ya saben, son medicamentos que con el mismo principio activo que los originales se pueden comercializar, una vez caducada la patente.

El Ministerio prevé que con la introducción de estos genéricos se produzca un ahorro en los próximos cuatro años de 75.000 millones de pesetas. Pero además la introducción de "genéricos" va a suponer un cambio profundo en la mentalidad de todos los implicados, industria, facultativos, farmacéuticos y consumidores.

Desde el Punto de vista de la industria, hay que decir que en la actualidad el único laboratorio que de forma exclusiva se dedica a la venta de genéricos es una empresa alemana "Rathiopherm" que ya durante el año 1996 ha visto duplicar su facturación y que a través de su gerente mostraba escepticismo sobre la buena marcha de la implantación en nuestro país de este tipo de medicamentos debido a la oposición ejercida por la patronal española del sector, Farmaindustria.

Lo que si está claro es la firme voluntad de las autoridades sanitarias de eliminar trabas para que el uso de genéricos sea una realidad en nuestro país.

En relación con los facultativos. y según palabras de la Directora General de Farmacia, Ana María Naveira, es totalmente imprescindible la adopción de medidas que estimulen a los médicos para que receten medicamentos con la mejor relación coste-eficacia. Hay que hacer entender al médico que tiene que cambiar su cultura y ver como normal el prescribir por DCI (denominación común internacional).

En definitiva lo que se le pide al médico es que en la prescripción debe identificar el medicamento genérico por la DCI o por el nombre genérico, seguidos de la dosis y la forma farmacéutica.

Esto en principio parece violar el principio de libre concurrencia, sin embargo es necesario insistir para deshacer este equívoco, puesto que si los patrones de calidad son iguales no tiene importancia el hecho de que la prescripción se realice con la identificación de marca o genérico.

Por lo que respecta a los farmacéuticos, la implantación de genéricos supone un reforzamiento en el sentido de mayor reconocimiento de su papel como profesionales sanitarios.

Esto es así porque con los genéricos, es el farmacéutico el que tiene un papel preferente a la hora de aconsejar al paciente.

El Ministerio además baraja la posibilidad de incentivar a los propietarios de oficina de farmacia a través del establecimiento de márgenes de beneficio superiores al 27'9 % actual, para el caso de genéricos. Esta es la política que se sigue ya en algunos de nuestros países vecinos, tal es el caso de Alemania, Dinamarca o Suecia.

En lo que concierne a los consumidores, la introducción de genéricos en nuestro país es una antigua reivindicación de las organizaciones de consumidores.

Una de las ventajas más importantes de cara al usuario es su menor coste, ya que su precio cuando menos puede llegar a ser inferior a un 20 % de su original.

La realidad sobre los genéricos en nuestro país, y son datos del año 1995, su venta a través de farmacias no superó la cuota del 0'4% frente al 20% de EE.UU. o el 16% de Alemania. España es uno de los países occidentales menos aficionados a los medicamentos genéricos, de los apenas 135 que existen en el mercado, pesa sobre ellos el desprecio de la industria farmacéutica que los considera "falsos genéricos" porque no cumplen con la normativa internacional, que el pasado mes de febrero introdujo España en su legislación. Sin embargo y según palabras de la Directora General de Farmacia, a finales de año habrá aprobados 80 genéricos y el objetivo es que en los primeros años del siglo XXI puedan alcanzar una cuota de mercado del 14%.

En este marco está claro que los genéricos son una apuesta a largo plazo y se enmarcan dentro de una reforma estructural.

En cuanto a los precios de referencia de los que hablaba al principio de mi intervención está todavía sin definir como se fijarán, y lo que está claro es que suponen una limitación a la financiación pública de los medicamentos. Se habla de asignar una cantidad que establecería Sanidad por principio activo y parece que para la fijación de esta cantidad se elegiría el precio más bajo o uno de los más bajos dentro del mismo grupo equivalente. En todo caso parece claro que el usuario si elige otro equivalente más caro tendrá que pagar la diferencia.

Parece también inevitable el camino abierto hacia una liberalización de los precios de los medicamentos. Se trata de una histórica reivindicación de los laboratorios de que los fármacos no financiados por la Seguridad Social tengan precio libre. A juicio también de muchos expertos la intervención de los precios puede ser uno de los inconvenientes para la implantación de genéricos en España.

La liberalización de los precios de los medicamentos parece que no sólo abarcaría a las denominadas especialidades farmacéuticas publicitarias, los denominados OTC sino que de forma paulatina y controlada afectaría a todos los medicamentos.

Pero si hablamos de medidas de racionalización en lo que a gasto farmacéutico se refiere se hace necesario considerar otros aspectos de los ya expuestos anteriormente y no por ello menos importantes.

Así hay que hablar de que en nuestro país entre el 25 y el 30% de la producción farmacéutica se tira a la basura y este hecho supone un derroche anual de unos 250.000 millones de pesetas.

Esta situación tiene además agravante s ecológicos como son la difícil recuperación de los envases de estos medicamentos y los daños a la salud y el medio ambiente, que su contenido medicinal puede producir cuando caduca y se convierte en un desecho tóxico y peligroso.

En España, los hospitales generan entre 300 y 400 gramos por cama y día de residuos farmacéuticos, prácticamente el triple de la cifra ideal de 125 gramos.

Se hace por tanto necesario frenar el derroche de fármacos, necesitamos 17.000 pesetas de medicinas al año por persona y gastamos 25.000.

También es conveniente tener en cuenta que cada año se sigue produciendo un incremento del número de recetas de la Seguridad Social, consecuencia en parte del grado de envejecimiento de la población. Los pensionistas son en nuestro país el 68% de los afiliados a la Seguridad Social. Según un informe del Servicio Galego de Saúde de finales del pasado año, los medicamentos más consumidos por los gallegos son los destinados a combatir las dolencias circulatorias, digestivas, reumáticas y respiratorias. Este tipo de dolencias muestran también el grado de envejecimiento de la población, donde los pensionistas son cada vez más numerosos y multiplican el gasto de farmacia.

En este panorama es en el que se mueve y se va a mover el consumidor en los próximos años.

Haciendo un resumen de lo expuesto, el panorama para el consumidor es el siguiente:

l.- Disponibilidad a medio plazo de un número significativo de medicamentos genéricos.

2.-Aplicación a los genéricos de determinados precios de referencia.

3.-Liberalización a corto plazo de las especialidades publicitarias y a medio plazo del resto de los medicamentos.

Estas medidas deberán ir acompañadas de otras complementarias y no por eso fundamentales para que se puedan conseguir dos objetivos fundamentales, por un lado la contención del gasto farmacéutico y por otro un consumo responsable en el que todos los agentes sanitarios están implicados y no sólo los usuarios.

Estas medidas pueden resumirse de la siguiente manera:

l.- Campañas divulgativas dirigidas a los profesionales sanitarios y a los consumidores sobre la importancia del uso racional de los medicamentos.

2.-lncentivación a médicos y farmacéuticos para que receten y dispensen, respectivamente, medicamentos genéricos, concienciándolos de que receten el medicamento de mejor relación coste-eficacia y dispensen los fármacos más baratos, respectivamente.

3.- Poner a disposición del consumidor la información precisa para que pueda elegir libremente sobre el genérico o fármaco que quiere adquirir en los casos previstos.

4.- En el caso de medicamentos de venta libre, los denominados publicitarios. Actuaciones firmes y rápidas por parte de la administración en los posibles casos de publicidad engañosa o incorrecta.

5.- A la hora de establecer los criterios para el establecimiento de los precios de referencia, que no primen la comparación de precios sobre la evaluación rigurosa del efectivo beneficio terapéutico de los medicamentos.

6.- Cualquier modificación de la aportación del usuario, a gastos de farmacia deberá justificarse sobre la base de la implicación de los usuarios en el incremento del gasto; en todo caso de ser necesaria las nuevas aportaciones se deberán hacer en función del tipo de medicamento, situación de los enfermos y renta económica de los mismos.

7.- La liberalización de precios de los medicamentos de hacerse deberá realizarse de forma paulatina y controlada.

8.- Control más riguroso por parte de la administración sobre la venta de medicamentos con exigencia de receta médica y que según estudios de organizaciones de consumidores se produce en un porcentaje muy elevado de casos cuando así lo solicita el usuario.

9.- Estudio sobre la posibilidad de dispensación del número exacto de dosis al usuario, contribuyendo así a la disminución del número de envases con el objetivo de evitar derroches y ser más cuidadosos con el medio ambiente.

Quiero decir para terminar, que en todo caso no podemos olvidamos de que el ejercicio del derecho a la salud, que reconoce nuestra Constitución Española, para cualquier ciudadano, no sería posible, entre otras cosas, sin el espectacular desarrollo y utilización que han tenido los medicamentos. Así algunos Autores sostienen que unos 15 años de nuestra vida (un 20%), se la debemos a los fármacos. Estos no sólo nos alargan la vida sino que nos proporcionan una mejor calidad de vida. Sólo hace falta ahora que todos los implicados, facultativos, farmacéuticos, industria y usuarios contribuyamos a que este consumo de fármacos necesario sea también razonable.

Sr. D. FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS
Profesor Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de La Laguna.

1.- LA NECESIDAD DE CONTROLAR EL CRECIMIENTO DEL GASTO FARMACÉUTICO

-En 1995, el gasto farmacéutico total en España ascendió a 800.677 millones de pesetas, el 12,1 % de incremento respecto a 1994. En 1996, se elevó hasta 888.138 millones de pesetas, un 11,2% más que el año anterior. El problema clave no es, por el momento, la cuantía del gasto farmacéutico, sino el difícil control de su crecimiento, que se mueve entre el 11 y el 12% anual frente a otros países que se sitúan entre el 8 y el 9%. Se trata de un problema que no es nuevo -en nuestro país, el antecedente de las recientes medidas adoptadas para controlar su crecimiento fue el denominado *medicamentazo* en 1993-, común a todos los países industrializados, entre los que sobresale, con diferencia, el nivel de gasto farmacéutico en los Estados Unidos. En todos los casos, los nuevos medicamentos, más eficaces, pero también más caros, y, a continuación, la demanda imparable de servicios en una sociedad cada vez más medicalizada, explican ese crecimiento; lo singular es que ninguna de estas causas es frenable, al menos no sin un debate sobre el derecho a la asistencia sanitaria y sobre las consecuencias éticas y sociales de recortar su contenido -baste mencionar la propuesta de limitar el uso de alta tecnología, lo que incluye determinados medicamentos, en pacientes de determinada edad-.

Con la limitación expuesta, las medidas de racionalización tienen como objetivo común actuar sobre los factores que determinan el gasto farmacéutico: el precio de los medicamentos, su financiación, pública o privada, según el alcance del régimen de aseguramiento público, y su consumo, del que es causa fundamental la prescripción facultativa. El modo en que está organizada la prestación farmacéutica en cada país condiciona el tipo de medidas que se adoptan.

Esto explica que, en España, en el que el precio de los medicamentos es un precio fijado por la Administración, desde siempre, la primera medida de racionalización sea la reducción del margen comercial de los laboratorios, almacenes y oficinas de farmacia en el precio de las especialidades farmacéuticas de uso humano no publicitarias. El mayor número de los medicamentos. En este sentido, los RD. 164 Y 165/1997, de 7 de febrero, redujeron los márgenes de los almacenes mayoristas (11% del precio venta en almacén sin impuestos) y de las oficinas de farmacia (27,9% sobre precio venta público sin impuestos), respectivamente. En este ámbito, una medida nunca puesta en marcha, con excepción de las sustancias psicotrópicas y estupefacientes, es la de acomodar la cantidad de medicamento dispensada a la cantidad prescrita, mediante la modificación del modo de envasar y de dispensar. Por otra parte, la organización del servicio público farmacéutico explica también que la siguiente medida adoptada fuera aumentar el número de prestaciones farmacéuticas que el seguro público sólo financia en parte (desde el R.D. 945/78, de 14 de abril), seguida por la reducción de las prestaciones con financiación pública, tanto de forma cuantitativa, ampliando el número de fármaco s sin receta y de especialidades excluídas (lista negra), como cualitativa, incrementando los medicamentos de uso hospitalario exclusivo y el número de especialidades ct:m financiación reducida (copago). Esta triple medida fue adoptada por el RD. 83/93, de 22 de enero, con la cobertura de la Ley del Medicamento de 1990. Por último, las medidas de racionalización más complejas son las que, con el fin de actuar sobre el consumo de medicamentos, pueden afectar a la libertad de prescripción de los facultativos. Medicamentos genéricos, precios de referencia, presupuesto máximo de gasto farmacéutico por médico son algunas de esas medidas. El art. 94.6 de la Ley del Medicamento, introducido por la Ley 13/96, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y el art. 51 de la Ley canaria 5/96, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1997, son un buen ejemplo de esta clase de medidas.

Tras todas estas medidas subyace un doble conflicto jurídico de compleja resolución: el primero, la tensión entre la utilidad terapéutica y el coste de cada medicamento, el segundo, el contenido del derecho a la asistencia farmacéutica, que suscita cuestiones como: cuál debe ser el grado de cobertura pública de este derecho -todas las prestaciones, aquellas que constituyan el mínimo vital-, es razonable separar las reglas que ordenan la asistencia sanitaria y la atención farmacéutica, esa prestación pública debe ser financiada mediante impuestos -"gratuidad"- o mediante fórmulas de colaboración del paciente -copago-. El entendimiento de cada una de estas cuestiones es necesario para valorar el significado y el alcance de cada una de las medidas de racionalización del gasto farmacéutico[1].

2.- EL COMPLEJO EQUILIBRIO ENTRE DERECHO A LA ASISTENCIA FARMACÉUTICA, LIBERTAD DE PRESCRIPCION Y COSTE DEL SERVICIO PUBLICO

En España, la asistencia farmacéutica pública se articula sobre tres principios: separación entre la autorización de los

[1] La necesidad de confrontar cualquier decisión que afecte al derecho a la asistencia sanitaria, en general, y la farmacéutica, en particular, constituye una preocupación común a cuantos se adentran en el estudio de este servicio público y en la búsqueda de fórmulas que garanticen su viabilidad como derecho. En este sentido, entre otros muchos, White, J., *Competing Solutions*, The Brookings Institutions, Washington, 1995, págs. 15 a 17, y Merrill, J.C., *The road to health care reform"*, Plenum Press, New York, 1994, págs. 113 y ss.

medicamentos y su inclusión en el catálogo de prestaciones farmacéuticas de la Seguridad Social, separación entre el derecho a la asistencia sanitaria y el derecho a la asistencia farmacéutica -al menos en el ámbito extrahospitalario-, y separación entre prescripción médica y financiación pública de lo prescrito.

Dispone el art. 94.1 de la Ley del Medicamento que, en el momento de autorizar y registrar una especialidad farmacéutica, la Administración decidirá si se incluye en el catálogo de la prestación farmacéutica de la Seguridad Social. Los criterios para adoptar ambas decisiones son distintos. La autorización de un medicamento es reglada y se dirige a garantizar su seguridad, no toxicidad, eficacia y calidad (art. 9 a 34 de la Ley del Medicamento, y normas reglamentarias concordantes). Por el contrario, una vez autorizado, su incorporación al catálogo de prestaciones farmacéuticas depende de la ponderación por el Gobierno, entre otros, de su utilidad terapéutica y social, la limitación del gasto público en farmacia y la disponibilidad de otros medicamentos para las mismas afecciones de menor costo. Aunque no queda hablar de discrecionalidad, sí que esta facultad se articula sobre tantos conceptos jurídicos indeterminados que dificulta su exigibilidad. En la actualidad, el catálogo de prestaciones farmacéuticas se contiene en los RD. 83/93, de 22 de enero, y 9/96, de 15 de enero.

En su origen, la asistencia sanitaria de la Seguridad Social comprendía la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios (art. 98 Ley General Seguridad Social, 1974). La prestación farmacéutica, en particular, comprendía las fórmulas magistrales, especialidades y efectos o accesorios farmacéuticos que prescribieran los facultativos de la Seguridad Social, con exclusión de una serie de productos que no se consideraban medicamentos (art. 105 Ley General de Seguridad Social, 1974). Su financiación no era gratuita. En los casos de dispensación extrahospitalaria, el beneficiario debía abonar una cantidad fija por receta o por medicamento, fijada por el Gobierno (art. 107.1 Ley General Seguridad Social, 1974)[2].La Ley General de Sanidad de 1986 pareció mantener este régimen al disponer que las actuaciones sanitarias públicas se dirigieran a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud (art. 6.4) y reconocer el derecho de todos a obtener los medicamentos y productos sanitarios necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, si bien remitiendo sus condiciones a su desarrollo reglamentario (art. 10.14). Las tareas que se encomiendan a las Administraciones Sanitarias, como la prestación de los productos terapéuticos precisos (art. 18) y la atención integral a la salud (art. 46), parecían perseguir el mantenimiento del sistema tradicional de prestación farmacéutica. No obstante, la disposición adicional sa de esta Ley dejó abierta la posibilidad de excluir de la financiación pública los medicamentos ya disponibles cuyas indicaciones fueran sintomatológicas, cuya eficacia no estuviera probada o existiera una alternativa menos costosa.

En 1990, la Ley del Medicamento modificó sustancialmente esta regulación. Su art. 93 se limita a reconocer el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional. Por tanto, derecho a las mismas prestaciones farmacéuticas básicas, no derecho a todas las prestaciones. A su vez, su art. 94, más allá de lo previsto por la disposición adicional sa de la Ley General de Sanidad, faculta al Gobierno para decidir no sólo sobre la exclusión de una especialidad farmacéutica del catálogo de prestaciones financiado con recursos públicos por su escasa utilidad terapéutica, o por existir una alternativa más barata, sino que le otorga la potestad de decidir su inclusión o exclusión en función también de su coste y de la limitación del gasto público destinado a farmacia (art. 94.1, letra d). Expresamente, la disposición adicional 7ª de la Ley del Medicamento declara derogados los art. 105, 106 y 107 de la Ley General de la Seguridad Social en lo que se opongan a este art. 94. Por tanto, deroga el mandato que incluye en la prestación farmacéutica de la seguridad social todas las fórmulas magistrales, especialidades y efectos accesorios que prescriban los facultativos del Sistema Nacional de Salud y el mandato referido al copago de los beneficiarios (art. 105 y 107). En cambio, la derogación del art. 106 tiene un alcance limitado. Este precepto queda derogado en cuanto tenía de vínculo entre prescripción facultativa y financiación pública de lo prescrito; no en cuanto a la libertad de prescripción como manifestación de la libertad de ejercicio profesional, aquélla ley no podía hacerlo. Pese a la existencia de opiniones contrarias[3], La Ley del Medicamento quiebra la relación entre derecho a la asistencia farmacéutica y derecho a la asistencia sanitaria, estableciendo unos parámetros sobre el contenido del derecho a la asistencia farmacéutica y de su financiación distintos de la asistencia sanitaria. Su condición de ley especial y de ley posterior explica esta eficacia derogatoria sobre la Ley General de Sanidad. La condición del derecho a la protección de la salud, como derecho de configuración legal (art. 43.2 Constitución), explica la constitucionalidad de esta regulación; por discutible e, incluso, ficticia, que pueda considerarse esta separación.

El tercer principio que articula la prestación farmacéutica pública en España es la separación entre prescripción facultativa y financiación pública de lo prescrito. En ejercicio de su libertad profesional, el médico puede prescribir cualquier especialidad farmacéutica conocida al paciente, pero ello no determina ni que esa especialidad forme parte del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, ni que, de estarlo, su dispensación sea gratuita o requiera una

[2] En general, sobre el alcance de la prestación fannacéutica de la Seguridad Social, Alonso Olea, M., *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 73 a 81.

[3] Beato Espejo, M., *"El derecho a la prestación sanitaria: libertad de prescripción y dispensación"*, Revista Derecho y Salud, vol.2, no2, 1994, págs. 73 y 74.

aportación del usuario, ya sea simbólica -en el caso de la propuesta de abono de 100 pesetas por receta- o real -en el caso de los beneficiarios no exentos que deben abonar el 40% del precio de venta al público de la mayor parte de las especialidades-. Una situación bien distinta de la asistencia sanitaria, en la que si el médico ordena pruebas diagnósticas, su financiación es pública, y si ordena un determinado tratamiento, también lo es; aunque malo será olvidar que, en este caso, el recorte en la financiación se traduce en las "listas de espera".

Esta separación entre prescripción y financiación es causa de numerosos conflictos. Los usuarios no entienden que el médico les prescriba un medicamento que no tiene la cobertura de la Seguridad Social. Los facultativos sienten que la Administración pretende limitar y controlar su libertad de prescripción. No puede olvidarse que, en la asistencia sanitaria, el médico diagnostica, decide el tratamiento y prescribe y, por tanto, no sólo es la clave de una buena asistencia, sino también la causa eficiente de la factura sanitaria en general, y farmacéutica en particular, tanto en la medicina pública, como en la privada. Por ello, al menos en teoría, una medida de racionalización consiste en actuar sobre el modo de prescribir, sobre la decisión terapéutica en favor de uno u otro medicamento; sólo que, esta clase de medidas, levanta siempre recelos entre los profesionales en cuanto pueda afectar a su libertad de prescripción. Por más que, siendo cierto ese riesgo de intervencionismo, esas medidas a quien afectan, realmente, es al usuario, como ejemplifica el funcionamiento de los precios de referencia.

3.- MEDICAMENTOS GENÉRICOS Y PRECIOS DE REFERENCIA VERSUS LIBERTAD DE PRESCRIPCION

3.1 La implantación del sistema de precios de referencia: el art. 94.6 de la Ley del Medicamento

Dispone el art. 94.6 de la Ley del Medicamento, tras su incorporación por la Ley 13/96, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, lo siguiente:

"El Gobierno, previo informe del Consejo lnterterritorial del Sistema Nacional de la Salud, podrá limitar la financiación pública del medicamentos, estableciendo que, de entre las distintas alternativas bioequivalentes disponibles, sólo serán objeto de financiación con cargo al Sistema Nacional de Salud las especialidades farmacéuticas cuyos precios no superen la cuantía que para cada principio activo se establezca reglamentariamente.

Esta limitación en la financiación de las especialidades farmacéuticas financiadas con fondos públicos no excluirá la posibilidad de que el usuario elija otra especialidad farmacéutica prescrita por el médico que tenga igual composición cualitativa y cualitativa en sustancias medicinales, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación y precio más elevado, siempre que, además de efectuar, en su caso, la aportación económica que le corresponda satisfacer de la especialidad farmacéutica financiada por el Sistema, los beneficiarios paguen la diferencia entre el precio de ésta y el de la especialidad farmacéutica elegida".

Con este mandato se introduce en España la técnica de los precios de referencia. Cuando existan varios medicamentos bioequivalentes -con el mismo principio activo-, la financiación pública sólo cubrirá el coste de aquellas especialidades de precio igualo inferior al que fije la Administración. Este mecanismo tiene relación directa con los denominados medicamentos genéricos: aquellos con igual forma farmacéutica e igual composición cualitativa y cuantitativa en sustancias medicinales que otra especialidad de referencia cuya patente esté caducada (art. 6.bis Ley del Medicamento, introducido también por Ley 13/96). El precio de referencia no es el precio del medicamento genérico, normalmente el más barato en el mercado, sino algo superior. El control del gasto farmacéutico no puede ser tan drástico que desincentive la inversión en tecnología. Por eso, el precio de referencia debe fijarse por encima del precio de los genéricos con una doble finalidad: retribuir a los laboratorios de genéricos por su contribución a la contención de los gastos y mantener un nivel de rentabilidad que sea suficiente para compensar a los laboratorios que invierten en investigación. El equilibrio es harto complicado.

En esta misma línea se sitúa el art. 51 de la Ley 5/96, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1997:

"1. El Gobierno de Canarias podrá regular gradualmente y por grupos de medicamentos, en el ámbito del Servicio Canario de Salud la fijación de precios de referencia en relación con las especialidades farmacológicas equivalentes, a los efectos previstos en el apartado siguiente.

2. Publicadas esas normas de regulación y en relación a los medicamentos en ellas incluidas, la prescripción por los facultativos del Servicio Canario de Salud, de especialidades farmacéuticas cuyo importe exceda de los precios de referencia fijados por orden departamental requerirá de un informe complementario por el facultativo en el que se justifique, desde el punto de vista terapéutico, la elección de la especialidad prescrita con preferencia al resto de los productos registrados que contengan idéntico principio activo y cuyo importe sea igualo inferior al precio de referencia. Dicho informe deberá ser aprobado por el órgano competente del Servicio Canario de la Salud que, al efecto, se determine por orden departamental, como requisito para la financiación pública de la especialidad prescrita en cuanto al exceso de su importe sobre el precio de referencia".

Además de su carácter de ley territorial, que obliga a considerar si la Comunidad Autónoma cuenta con competencia

para formular esta regulación, la principal diferencia de esta disposición con la estatal es que, en lugar de establecer el pago exclusivo del precio de referencia, admite el pago de la especialidad farmacéutica que prescriba el facultativo, aunque sea de precio superior al de referencia, previo informe en el que explique cuáles son las razones terapéuticas para la prescripción de esa especialidad, informe que deberá ser evaluado y aprobado por el órgano competente. Este precepto introduce un mecanismo corrector en el sistema de precios de referencia que permite, cuando razones terapéuticas lo justifiquen, la financiación pública de una especialidad farmacéutica más cara. Bien es cierto que el funcionamiento de este mecanismo depende en buena medida de la naturaleza del órgano administrativo llamado a aprobar o no el gasto. Si el criterio de aprobación es económico, el mecanismo encubre un control injustificado de la libertad de prescripción por un órgano incompetente. Si, en cambio, el juicio es técnico, su función de contrapeso queda garantizada. La remisión de esta decisión a una disposición reglamentaria puede determinar la invalidez de esta regulación por infracción de la libertad de prescripción. En todo caso, este precepto se encuentra en suspenso como consecuencia de la interposición por el Presidente del Gobierno de un recurso de inconstitucionalidad contra el mismo al amparo del art. 161.2 de la Constitución -suspensión ratificada en septiembre de 1997-.

Aunque es pronto para conocer la eficacia real de los precios de referencia y de los genéricos, como medidas de racionalización del gasto farmacéutico, su implantación en otros países permite aventurar cuál será su funcionamiento.

A finales de los ochenta, el país europeo con un mayor gasto farmacéutico era Alemania, por encima incluso de los Estados Unidos. Con el fin de controlar ese gasto, en 1989, fue adoptado el sistema de precios de referencia, el cual permitió una pequeña reducción de los porcentajes de crecimiento del gasto, pero no cumplió los objetivos perseguidos. Los médicos no cambiaron sus hábitos de prescripción y la factura farmacéutica continuó creciendo. La reforma sanitaria emprendida en 1992 introdujo cambios sustanciales en este mecanismo: la legislación impuso un presupuesto anual máximo de gasto farmacéutico por galeno, manteniendo o reduciendo sus retribuciones en función del grado de cumplimiento de este objetivo y, en su caso, de la cuantía en que lo superase. No obstante, esta consecuencia no es automática. Su aplicación depende de una evaluación previa por un órgano técnico en el que se estudia si ese incremento es explicable por razones terapéuticas; sólo entonces, si carece de justificación, se procederá a la reducción proporcional de reducciones. La eficacia de esta medida es indudable: sólo en el primer semestre del 1993, el gasto se había reducido en un 30% respecto al mismo período del año anterior. Los profesionales acudieron a la prescripción de genéricos y de las especialidades equivalentes más baratas con el fin de cumplir sus respectivos límites de gasto[4]. El riesgo denunciado es que la prescripción puede dejar responder a la utilidad terapéutica del paciente, lo que necesita, para atender al precio del medicamento, lo que el Estado financia y aquello de lo que dependen los ingresos del facultativo. Están en juego la libertad de prescripción de los profesionales y el derecho a la asistencia farmacéutica de los usuarios.

3.2 La libertad de prescripción: apunte sobresu contenido y límites

No existe, en el ordenamiento español, una definición legal de libertad de prescripción. Ninguna norma establece cuáles son las funciones y las responsabilidades de los médicos, ni tampoco cuáles son sus límites. Por mandato constitucional, la regulación de esas funciones está sujeta a reserva de Ley (art. 36 de la Constitución); ley que debe ser estatal (STC. 386/93, f.j. 6°). Por esta exigencia, cuantas veces la Administración ha pretendido ordenar o limitar el ejercicio de la medicina en los centros sanitarios públicos por vía reglamentaria, el Tribunal Supremo ha anulado esas medidas[5]. No es admisible limitación reglamentaria, pero sí limitación legal. El alcance de la facultad reguladora del legislador es cuestión compleja. El Tribunal Constitucional tiene declarado que *"no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial"* (STC. 83/84, f.j. 3°), si bien ello no significa que el legislador cuente con libertad absoluta para conformar cada profesión titulada. En este sentido, el Tribunal, igualmente, ha afirmado que *"puede el legislador crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, teniendo en cuenta que la regulación del ejercicio de una profesión titulada debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional"*, identificando este contenido con la imagen social de cada profesión (STc. 42/86, f.j. 1°)[6]. Es esa imagen social de la profesión médica, más próxima a la idea de garantía institucional que a la de contenido esencial de los derechos[7], la que ha permitido a la jurisprudencia y a la doctrina científica acotar la libertad de prescripción en defecto de regulación legal.

---

[4] Para una amplia exposición de las reformas sanitarias en Alemania, White, *Competing Solutions*, ob. cit. págs. 72 a 88.

[5] Dan cuenta de los numerosos pronunciamientos judiciales en este sentido Penacho Martínez, E., *"El ordenamiento sanitario como factor de organización jerárquica atenuada"*, Documentación Administrativa, n° 229, 1992, págs. 224 a 232, y Beato Espejo, ob. cit. págs. 75 a 77.

[6] .Sobre esta cuestión, To1ivar Alas, L., *"La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio"*, y Villar Pa1así, J.L. y Villar Ezcurra, J.L., *"La libertad constitucional del ejercicio profesional"*, ambos trabajos recogidos en el Libro Homenaje al Prof. García de Enterría, vol. !l, Civitas, Madrid, 1991. U1timamente, Herrero de Miñón, M. y Fernández del Vallado, J., *Especialización y profesión médica*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 39 a 51.

[7] Sobre esta distinción, por todos, Gallego Anabitarte, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994.

De acuerdo con esa construcción, la libertad de prescripción (o terapéutica) es la aptitud del médico para elegir aquél tratamiento que, conforme a su leal saber y entender, considera más idóneo y eficaz para el paciente[8]. En cuanto que libertad, el médico no puede ser objeto de restricciones de clase alguna: ni reglamentarias cuando ejerce la medicina para una administración pública, ni contractuales cuando ejerce la medicina privada. No obstante, doctrina y jurisprudencia han establecido tres límites en el ejercicio de esta facultad: 1) la necesidad, idoneidad y eficacia del tratamiento para enfrentar la enfermedad, 2) el respeto a las prohibiciones legales -uso de sustancias prohibidas o intervenidas- y 3) la sujeción del tratamiento a las normas ordenadas por la *lex artis* y acomodo al estado de la ciencia. Por estos límites, la mejor doctrina[9] sostiene que en lugar de libertad de diagnóstico, tratamiento y prescripción debe hablarse de una obligación de diagnóstico, tratamiento y prescripción. Con independencia del inevitable margen de error y sin dejar de ser una obligación de medios (cuyo contenido se describe en la STS. la, de 25 de abril de 1994), el médico está obligado a seguir la terapéutica que sea necesaria, idónea y preferente para el caso en cuestión. De no hacerlo, infringirá su deber de cuidado, incurriendo en responsabilidad.

A tenor de lo expuesto, la libertad de prescripción garantiza la facultad del profesional de decidir, dentro de los parámetros de la *[ex artis,* entre especialidades farmacéuticas con distintos efectos terapéuticos; en cambio, esa libertad no alcanza la elección entre dos especialidades farmacéuticas bioequivalentes y mucho menos determina el deber del asegurador, público o privado, de financiarlo, siempre y cuando esa limitación se establezca por norma con rango de ley. Financiar, entre especialidades bioequivalentes, la más barata, no limita la libertad de prescripción. Tampoco, en su caso, el presupuesto cerrado por médico. En uno y otro caso, la libertad queda asegurada siempre que el facultativo pueda prescribir una especialidad más cara por razones terapéuticas, lo pague o no el asegurador público, habida cuenta que la bioequivalencia es un valor estadístico y cada paciente evoluciona individualmente.

Estos criterios permiten ya enjuiciar la reciente regulación de los precios de referencia en España. El art. 94.6 de la Ley del Medicamento, en principio, parece que no grava, ni limita la libertad de prescripción. Se trata de un mandato que establece el límite máximo de financiación pública de cada especialidad farmacéutica. Afecta, por tanto, al catálogo de prestaciones, no en el número, sino en el alcance de su cobertura. Pero, pese a su construcción formal, lo cierto es que esta clase de medidas pueden condicionar la libertad de prescripción. La experiencia alemana lo demuestra. El mecanismo de los precios de referencia puede influir en la actuación profesional que, en lugar de prescribir lo necesario para la recuperación o conservación de la salud, puede pasar a prescribir lo más barato, sobre todo si se impone con carácter imperativo, pudiendo incurrir en responsabilidad por infracción de su obligación de prescripción. Es preciso, por tanto, contar con un mecanismo de contrapeso que admita las excepciones con base terapéutica.

Ese mecanismo -entre otros posibles- se recoge en el art. 51 de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Canarias para 1997. Se impone, al médico que prescriba una especialidad más cara que el precio de referencia, la carga de informar de los motivos de esa decisión médica. Esta carga, en si misma, no supone una limitación irrazonable de la libertad de prescripción, siempre que la valoración de esas razones se realice con criterios terapéuticos, no económicos, ni administrativos. Se trata de una medida que permite controlar el gasto farmacéutico sin perjuicio ni del usuario, en la medida que, de ser aprobado, obtendrá la financiación pública de la especialidad prescrita, ni del profesional, que podrá actuar conforme a su leal saber y entender. La validez de este precepto depende de otras cuestiones: si la remisión a la potestad reglamentaria para decidir cuál es el órgano llamado a evaluar la prescripción médica, y cuál su naturaleza, vulnera la reserva de ley estatal en esta materia (art. 36 Constitución), o si la Comunidad Autónoma tiene competencias para abordar esta regulación o es legislación básica (art. 149.1.16, 17 Y 30 de la Constitución); pero ninguna de ellas tiene que ver con la razonabilidad de esta medida y del mecanismo de contrapeso que establece.

4.- CONCLUSIONES: SOBRE LOS LIMITES DE LAS MEDIDAS DE RACIONALIZACION

Las medidas de racionalización del gasto farmacéutico son siempre necesarias. Los recursos, públicos y privados, siempre serán limitados para atender las necesidades asistenciales de todos. Es preciso establecer un equilibrio entre el control del gasto y la garantía de que cada uno recibe la asistencia que necesita. En consecuencia, en la adopción de esas medidas, en particular aquellas que inciden sobre la prescripción y el consumo de los medicamentos, es preciso ponderar siempre dos principios: el primero, cada ciudadano debe recibir la asistencia farmacéutica que necesita, ni más, ni menos, de ahí el riesgo de que mecanismos como los precios de referencia sean un recorte del catálogo de prestaciones farmacéuticas en términos de utilidad terapéutica, y, el segundo, debe existir siempre margen para la libertad de prescripción: no existe el hombre normal, lo estandar es algo conceptual, concretado en cada momento y cambiante, como no existe la enfermedad standard más que

---

[8] Entre otros muchos, véase Fernández Costales, J., *"El contrato de servicios médicos"*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 168 a 174. En 1ajurisprudencia, entre otras también, STS. de 5 de julio de 1992, Ar. 6030

[9] Silva Sánchez, J., *"Libertad de diagnóstico, tratamiento y prescripción versus responsabilidad"*, ponencia presentada en el V Congreso Derecho y Salud, Lanzarote, 1996, en particular págs. 4 y 9 del texto repartido entre los asistentes.

el los libros, cada enfermo evoluciona con su patología de modo diferente[10], de ahí que las medidas de racionalización, para no vulnerar la libertad de prescripción, requieran siempre de un mecanismo que permita la excepción por razones terapéuticas.

Sr. D. FEDERICO PLAZA

Subdirector General de Planificación Farmacéutica.
Ministerio de Sanidad y Consumo

Los gobiernos -eso no es nada nuevo- tienen la obligación de gestionar, de la forma más eficiente, los limitados recursos procedentes de los ciudadanos para mantener una prestación farmacéutica de primer nivel que dé respuesta a todas las necesidades y dé la máxima cobertura. Para ello, y este no es un hecho aislado que se presenta en España sino en todo el mundo desarrollado, y especialmente en los países de la Europa Occidental, donde existen hace mucho tiempo y están ya consolidados sistemas avanzados de protección social, ha sido preciso adoptar diferentes medidas que afectan a todos y a cada uno de los eslabones de la cadena terapéutica de los medicamentos, tanto a nivel de industria farmacéutica, de distribución mayorista, de facultativos prescriptores, de oficinas de farmacia y, finalmente, de usuarios. Lógicamente, esta amalgama de medidas que se han de adoptar a todos los niveles, precisamente están encaminadas a conseguir una prestación farmacéutica de calidad eficiente, pero, por otra parte, tienen que ser lo suficientemente equilibradas para no afectar, la industria farmacéutica, en el mantenimiento del tejido industrial y del fomento de la inversión en 1 + D de estas compañías; a nivel de distribución mayorista, en cuanto a la existencia de una red de distribución que alcance, con prontitud y con eficacia, todos los rincones del territorio del Estado; por otra parte, a un modelo de oficina de farmacia con un alto componente profesional que no se limite a la entrega de medicamentos, sino que esté orientada a la atención farmacéutica del paciente; y, sobre todo, desde el punto de vista ya financiero, que suponga la mínima carga para el usuario, para el ciudadano, que al fin y a la postre es el financiador.

Si revisáramos los sistemas de financiación pública de medicamentos en todos los países de la Comunidad Económica Europea, podríamos comprobar que en todos ellos ya se han articulado sistemas o mecanismos de separación de la autorización de medicamentos de su inclusión en los sistemas de seguridad social, a través de sistemas de financiación selectiva o preferencial -no todos los medicamentos que se autorizan necesariamente son financiados por fondos públicos- y a través de la participación económica del paciente. Todos conocemos, y ya dentro del contexto europeo, que la única prestación sanitaria en la que todos los países coinciden desde el punto de vista de contribución económica del usuario es precisamente en la prestación farmacéutica.

La financiación selectiva se ha articulado con diferentes modelos en los distintos estados miembros. Hay algunos que han elegido la línea de la lista positiva, que en principio es más restrictiva, puesto que únicamente se financian los medicamentos recogidos expresamente en esa lista. Ese ha sido el modelo típico, a partir de los años 70, de los países del sur de Europa, Portugal, Grecia, Italia, Francia, e incluso el modelo belga o el modelo danés. Otros países han adoptado el sistema de las listas negativas, que es un sistema más generoso en cuanto a cobertura de prestación farmacéutica, puesto que parte de que en principio todos los medicamentos que se autorizan son financiados excepto aquellos recogidos expresamente en dicha lista. Ese ha sido el modelo de los países anglosajones, del Reino Unido, de Irlanda, de Alemania, Holanda o Suecia.

España fue el último país europeo que se incorporó a este sistema de financiación selectiva de medicamentos, y optó precisamente por el modelo que corresponde a los países más desarrollados, por el modelo más generoso en cuanto a cobertura de prestación farmacéutica, que es el de la lista negativa, o sea, el de la financiación indiscriminada de todos los medicamentos a no ser que se incorporen expresamente en dicha lista o tengan la condición de especialidades farmacéuticas publicitarias.

A lo largo de mi intervención, fundamentalmente me vaya centrar en las reformas que se han introducido recientemente en la Ley del medicamento relativas a la financiación pública de medicamentos, reformas que todavía no se han puesto en marcha desde el punto de vista práctico, pero de los que en un intervalo prudente de tiempo comenzaremos a ver los resultados.

Como ya se ha comentado aquí -y no vaya insistir en ello-, a través de la Ley de acompañamiento a los *Presupuestos Generales del Estado* de 1997, se introdujeron modificaciones en la Ley del Medicamento fundamentalmente encaminadas al desarrollo y consolidación de una política de medicamentos genéricos, en línea con lo que ha venido sucediendo, especialmente en los últimos años, en países como Alemania, Holanda, Dinamarca o el Reino Unido. De hecho, estos cuatro países concentran en estos momentos más del 90% del mercado de genéricos de la Comunidad Económica Europea.

En primer lugar, voy a detenerme a explicar la singularidad española en relación con los medicamentos genéricos con referencia a nuestro contexto internacional, haciendo especial hincapié en la política de incentivos que es imprescindible abordar para garantizar un funcionamiento adecuado del mercado de genéricos en nuestro país.

Como todos conocen, desde el punto de vista internacional, un medicamento genérico es aquel que se comercializa bajo denominación común o científica, una vez que ha expirado

[10] Villar Palasí, J.L., *"Prestaciones Sanitarias: catálogos, problemas de su configuración normativa"*, en *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*, ramplona, 1994, págs. 177 y 178.

la patente de producto y que, siendo intercambiable con la marca de fantasía original, compite con ella a precios más bajos.

Por lo tanto, para definir una especialidad farmacéutica genérica hay que tener en cuenta tres tipos de factores: aspectos sanitarios, aspectos económicos y aspectos jurídicos o jurídico-industriales.

Las condiciones sanitarias que han de cumplir los medicamentos genéricos se recogen expresamente en la nueva redacción de la Ley del medicamento, y serían las siguientes: en primer lugar, se han de presentar con la misma composición cualitativa y cuantitativa y la misma forma farmacéutica que la especialidad farmacéutica de referencia; en segundo lugar, se exige a la especialidad farmacéutica de referencia que tenga un perfil de eficacia y seguridad suficientemente establecido por su continuado uso clínico; en tercer lugar, es imprescindible la equivalencia terapéutica con la especialidad de referencia mediante los correspondientes estudios cuando éstos sean necesarios, y, finalmente, como parte correspondiente a la identificación de los genéricos, que su designación se efectúe con denominación común o científica, que en el caso español, como ocurre en el resto de Europa, y por exigencia de la normativa comunitaria, tiene que estar acompañada del nombre o de la marca del titular o fabricante.

Además, como he indicado en la definición, desde el punto de vista económico, la característica básica de los genéricos es el diferencial de precio que existe en relación con el producto de marca. Esta diferencia, y aquí depende mucho del país que utilicemos como patrón, puede oscilar entre el 25 y el 50%. En España, por ejemplo, teniendo en cuenta el nivel de precios de medicamentos existente en España, esta reducción podría alcanzar entre el 20 y el 30%.

La justificación del menor precio de los medicamentos genéricos que no hace falta enfatizarla demasiado. Todos conocemos que las compañías fabricantes de genéricos no incurren en los elevados gastos de investigación necesarios para el descubrimiento de una molécula con actividad terapéutica, y de todos es conocido que la recuperación de esta inversión tiene, desde el punto de vista práctico, una tremenda incidencia en el precio final de los medicamentos.

Por otra parte, otra cuestión que he comentado en la definición de genéricos es aquella por la cual para que un medicamento exista en el mercado como genérico, internacionalmente se tiene en cuenta un aspecto jurídico-industrial, que es la patente de producto. De hecho, en la práctica, en aquellos países donde existe la protección de la propiedad industrial, un medicamento sólo se comercializa como genérico si se ha producido la caducidad de la patente del principio activo que protege al laboratorio innovador. Esta condición para la comercialización de un medicamento genérico tiene la misma justificación que he comentado antes, precisamente la necesidad de preservar y estimular actividades de 1 + D estableciendo un período de tiempo en que la exclusiva de comercialización corresponda a la compañía innovadora.

En la mayoría de los países desarrollados, en general, está vigente hace mucho tiempo la patente de producto. Su período de duración en los países europeos es de 20 años. En Estados Unidos, por ejemplo, si bien tiene reglas ligeramente distintas, alcanza 25 años. Y éste no ha sido el caso de algunos países del sur de Europa, como España, Portugal o Grecia.

España, concretamente, en el momento que se incorporó a la Comunidad Económica Europea sólo tenía reconocida en su legislación la patente de procedimiento -y no la de producto-, con lo cual, de acuerdo con las condiciones de nuestro ingreso en la Comunidad, la patente de producto, en la práctica, entró en vigor a partir del 7 de octubre de 1992. Esto significa que, en nuestro país, únicamente pueden ser patentados los productos descubiertos con posterioridad a la citada fecha. Hasta entonces, hasta el año 1992, cuando se descubría en el ámbito internacional una sustancia medicinal, en España únicamente era posible la protección de la propiedad industrial a través de la patente de procedimiento y no de la patente de producto. Esto, lógicamente, no garantizaba en ningún modo la exclusividad en los derechos sobre el producto, y es la explicación de que se multiplicara la comercialización de copias por parte de las compañías farmacéuticas establecidas en España que no participaban en modo alguno en esas actividades de I + D.

Al tener la patente de producto española, al igual que en el resto de Europa, una validez de 20 años, la caducidad de este derecho de patente de los primeros productos con protección industrial España se produciría el año 2012. Si tenemos en cuenta que el período de tiempo medio que transcurre entre el descubrimiento de un principio activo y su comercialización es, normalmente, entre 8 y 10 años, (ya que en ese período de tiempo se produce toda la investigación preclínica, la investigación clínica y los trámites para la autorización del medicamento), hasta el año 2000-2002 no se comercializarán en España de forma generalizada medicamentos amparados por patente de producto, tal y como sucede en el resto de Europa.

O sea, en definitiva, de aquí podemos concluir que sólo a partir del año 2012 se darán en España las condiciones de existencia previa de protección de patentes y exclusividad para que funcione un mercado de genéricos exactamente en las mismas circunstancias que sucede en la mayor parte de Europa y en Estados Unidos.

La Ley del medicamento, al ser una norma de carácter sanitario, no ha entrado -como ustedes conocen-, a la hora de introducir estas reformas legislativas y definir lo que es una especialidad farmacéutica genérica, en cuestiones de propiedad industrial, si bien ese aspecto que he comentado antes de la exigencia, para la especialidad de referencia, de un perfil de eficacia y seguridad suficientemente establecido, lleva consigo necesariamente que haya transcurrido un

período de tiempo desde que se comercializa la especialidad innovadora -la especialidad farmacéutica de referencia- hasta que se introduce el correspondiente genérico.

En definitiva, este elemento es el que permite introducir en España una situación de equilibrio, o sea, un lapso de tiempo desde que se comercializa el medicamento innovador hasta que lo hace el genérico, que será, lógicamente, transitorio hasta que en España entre en vigor la patente de producto. Concretamente, la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, a través de su circular 3/97 ha establecido lo que se entiende por que "una especialidad de referencia tenga ya consolidado el perfil de eficacia y seguridad a través de su continuado uso clínico". Y se ha establecido exigiendo que hayan transcurrido 10 años desde que fue autorizada en España la especialidad farmacéutica de referencia o bien cuando se dé otra condición alternativa, que es que dicha especialidad genérica esté ya comercializada como tal genérico en algún país europeo en el que esté reconocida la patente del producto para el principio activo. En España, en definitiva, las reglas para la comercialización de genéricos van a exigir, hasta que entre en vigor plenamente la patente de producto (hasta que empiecen a vencer las patentes de los medicamentos que se han descubierto a partir de 1992), aparte de las condiciones sanitarias que ya he indicado, que hayan transcurrido 10 años desde que se ha comercializado en España la especialidad farmacéutica innovadora o bien que se dé el hecho de que dicha especialidad farmacéutica genérica ya exista como tal en algún país europeo que tenga reconocida la patente de producto.

La Unión Europea ha considerado incluso insuficiente la protección jurídico-industrial otorgada a los laboratorios investigadores por la patente de producto. De hecho, ha tenido ya dos iniciativas para intentar, de alguna forma, prolongar ese periodo de exclusividad. La primera ha sido la directiva 87/21, que lo que establece es una limitación en la posibilidad de la presentación, por parte de las empresas farmacéuticas, de solicitudes abreviadas para la autorización de medicamentos genéricos. Concretamente, la norma que traspone esta directiva en España establece que únicamente se admitirá a trámite para la solicitud por el procedimiento abreviado, que es como se autorizan los genéricos. Cuando hayan transcurrido al menos 6 años desde la primera autorización comunitaria. Y por si esto fuera poco, además, el año 1992 el Consejo de Ministros de la Unión Europea, considerando el papel decisivo de la investigación del sector farmacéutico en la mejora de la salud pública y la necesidad de que se sigan desarrollando en Europa medicamentos innovadores, obtenidos muchos de ellos tras una investigación larga y costosa, lo que adoptó fue un reglamento, por el que se crea la figura denominada "Certificado Complementario de Protección de los Medicamentos", que permite para alargar todavía más la vigencia de la patente hasta 5 años más en el caso en que se demore mucho, en algún país determinado, la fase correspondiente a la evaluación y a la autorización del medicamento por la correspondiente administración sanitaria.

Siento haberme entretenido demasiado con la parte correspondiente a las patentes, pero yo creo que es importante conocer, aunque sea por encima, la complejidad jurídica de esta materia, que está inexorablemente ligada a una política de genéricos en cualquier país.

Ya entrando directamente en lo que es la política de genéricos, una primera reflexión que podríamos hacer es que en aquellos países donde la industria farmacéutica más invierte en investigación y en desarrollo, que son precisamente, además, donde existe más actividad exportadora en materia de medicamentos, y además donde existe una política de precios más flexible -precios libres o casi libres-, es precisamente donde se han dado las condiciones para que los genéricos alcancen cuotas más altas de mercado. De hecho, podemos ver por ejemplo que países como Dinamarca, Alemania, Reino Unido u Holanda fundamentalmente son los líderes en Europa en materia de genéricos.

¿Qué posibilidades tienen los genéricos no a medio sino ya a largo plazo? Aquí, en función de las fuentes consultadas, las posibilidades varían bastante. Por ejemplo, según estimaciones del Dr. Duke, un consultor de la OMS Europa, el mercado potencial de genéricos a largo plazo se estima en un 63% del mercado total francés, un 64% del mercado total alemán, un 63% del mercado británico y hasta un 49% del mercado español. Insisto en que él lo comentaba como posibilidades a largo plazo. De hecho, también podemos hacemos una idea de las posibilidades del mercado de genéricos si comprobamos que en el inicio de la década de los 90, en promedio -y me refiero al promedio europeo-, únicamente la tercera parte de la factura pública de medicamentos de países europeos corresponde a medicamentos protegidos por patente en vigor. Es decir, casi el 70% del gasto farmacéutico público en Europa se realiza con fárrnacos genéricos que, en principio, potencialmente podrían ser susceptibles de competencia genérica.

Evidentemente, la situación en el contexto de cada país es muy distinta. Por ejemplo, en el caso del Reino Unido, existen medidas promovidas por el Gobierno destinadas a convencer a los médicos de familia para que prescriban indiscriminadamente todos los medicamentos utilizando la denominación genérica, con independencia de que el producto exista ya en el mercado como genérico o no exista como tal. De hecho, en este país, a primeros de 1995 se han alcanzado cuotas de prescripción genérica que han sobrepasado el 55% en el total de las recetas cumplimentadas por los médicos de familia.

¿ Cuáles son las medidas eficaces para promover el uso de genéricos? Lo primero que hay que tener en cuenta es que una política sólida de genéricos sólo se cimenta, como bien se ha dicho aquí, sobre estímulos e incentivos simultáneos a los diferentes agentes que he comentado antes y que participan en la prestación farmacéutica. O sea, estímulos o incentivos tanto a nivel de industria como distribución, oficina de farmacia, prescriptores y, desde luego, de pa-

cientes. Sin esos estímulos de por medio, una política de genéricos, puede resultar bastante estéril.

En el primer nivel - industria farmacéutica-, lógicamente no existen genéricos si no hay ningún estímulo para que las compañías farmacéuticas presenten solicitudes de registro de dichos medicamentos. O sea, la Administración no puede obligar a las compañías farmacéuticas a que presenten solicitudes de genéricos. Tiene que ser un mercado atractivo para las empresas. Ya hay dos tipos de estímulo que se han introducido en nuestro contexto europeo. En primer lugar, la simplificación, que he comentado antes, en la tramitación de expedientes de registro, reduciendo la documentación a presentar por las compañías farmacéuticas. Los requisitos técnicos exigidos para comercialización, sobre todo, de nuevos medicamentos son muy complejos y costosos y representan, simplemente desde el punto de vista económico, una barrera a la entrada en este mercado de gran relevancia. Al tratarse los medicamentos genéricos de productos suficientemente conocidos y experimentados durante un largo período de tiempo, es posible evitar que los estudios farmacológicos, toxicológicos y clínicos que garantizan la seguridad y la eficacia se vuelvan a repetir, puesto que ya están suficientemente demostrados. Aquí, por ejemplo, la iniciativa inicial se produjo en Estados Unidos, concretamente el año 1984 mediante W atchmanhach-Hatch.

Esta simplificación en la documentación a presentar por los fabricantes también se ha introducido a través de normativa comunitaria, concretamente la directiva que he comentado antes -la 87/21, modificaba la inicial del año 1965-, y se ha incorporado al ordenamiento jurídico español en 1993 y, posteriormente, a través del Real Decreto 2096. De esta manera, los medicamentos genéricos, no únicamente en Estados Unidos sino en toda Europa,(tanto por la vía de las autorizaciones nacionales como por la de reconocimiento mutuo), se pueden autorizar por el procedimiento abreviado, y dicha autorización de comercialización gira en torno a la calidad de fabricación y a la estricta demostración de bioequivalencia del producto genérico respecto del producto original.

Un segundo estímulo que es común a diferentes agentes -no únicamente a la industria farmacéutica-, es garantizar una cuota de mercado relevante de estos productos en el ámbito de los sistemas de seguridad social. Esto se consigue fácilmente mediante la implantación de los precios de referencia, mecanismo que ya se ha comentado aquí, por el cual para determinados medicamentos o clases de medicamentos se establece un precio máximo de financiación que suele estar ligeramente por encima, de los precios correspondientes a medicamentos genéricos. Si el medicamento dispensado corresponde a una marca con precio más elevado que el de referencia -y éste es el sentido de la modificación que se ha introducido en el artículo 94 de la Ley del medicamento-, el usuario tendrá que pagar íntegramente la diferencia entre el precio de referencia y el precio del producto dispensado.

Este sistema se introdujo por primera vez en el mundo en un país lejano, pero muy innovador -no en esta medida, sino en otras muchas relacionadas con la gestión de la asistencia sanitaria pública- como es Nueva Zelanda, y fue iniciado en Europa por Alemania, en el año 1989, y posteriormente incorporado en los Países Bajos (1991), en Dinamarca (1993), y hace menos tiempo en Noruega y en Suecia.

El sistema se aplica en general a productos intercambiables entre sí. Y aquí me voy a entretener un poco porque el futuro sistema de aplicación en España no será exactamente el mismo que el sistema alemán o que el sistema holandés. ¿Por qué motivo? En Alemania, por ejemplo, se establecieron hasta tres fases de implantación: la primera fase es la que corresponde con el sistema español, y es intercambiar entre síexclusivamente especialidades farmacéuticas que sean absolutamente idénticas, o sea, con la misma composición cualitativa y cuantitativa, forma farmacéutica, vía de administración, dosificación y bioequivalentes.

Sin embargo, en Alemania esta política fue mucho más agresiva, y de hecho han iniciado ya una segunda fase -y estáprevista una tercera- , que pretendía incluso introducir en el sistema de precios de referencia no medicamentos idénticos entre sí, sino medicamentos afines. La segunda fase se refiere concretamente a medicamentos relacionados, de alguna forma, desde el punto de vista de su estructura química, pero no idénticos, e incluso la tercera fase pretendía amparar, bajo el mismo precio de referencia, medicamentos diferentes entre sí, e incluso con distinto mecanismo de acción, pero con efecto terapéutico equivalente.

En los Países Bajos, todo el sistema de financiación pública de medicamentos gravita en tomo a los precios de referencia. Allí tenían tradicionalmente un sistema de precios libre, que sin embargo está siendo objeto de revisión. No ha existido contribución ecómica hasta que se han incorporadao los precios de referencia. Concretamente, los precios de referencia, en los Países Bajos afectan al 70% del mercado farmacéutico. En ellos el esquema se corresponde bastante con el alemán, en el sentido que el precio de reembolso -el precio límite para el reembolso de una especialidad farmacéutica- afecta a subgrupos terapéuticos de especialidades que no son exactamente idénticas entre sí, (similares, de efecto terapéutico equivalente, pero no idénticas).

En Dinamarca, el sistema de precios de referencia también agrupa a medicamentos afines, siguiendo la clasificación internacional de la ATC y el sistema de medidas de los precios de las dosis diarias definidas, y sólo se aplica a formas farmacéuticas orales -han entrado hace menos tiempo- y se calcula, a partir de la media de los dos genéricos más baratos de cada grupo en el que se aplican los precios de referencia. En este país, los precios de referencia abarcan, hasta el momento, el 20% del mercado.

En España, conscientes de los resultados de los precios de referencia de cara al estímulo del mercado de medicamentos genéricos, se introdujo a finales del año 1996, esta reforma que también se ha comentado de la Ley del medicamento relativa al artículo 94.6, relativa a la posibilidad de que el Gobierno pueda limitar la financiación pública de medicamentos, estableciendo que de entre distintas alternativas bioequivalentes disponibles sólo sean objeto de financiación las especialidades cuyos precios no superen la cuantía que para cada principio activo se establezca reglamentariamente. Insisto en que la diferencia fundamental o básica de la situación española, es que únicamente se van a comparar especialidades farmacéuticas que tengan el mismo principio activo y que tengan exactamente la misma composición.

Tal y como sucede en los países europeos donde existen sistemas de financiación basados en los precios de referencia, el substrato fundamental de este sistema -el germen de este sistema- son los medicamentos genéricos. Los precios de referencia son un motor para el avance y la consolidación de los genéricos en el mercado, pero a su vez la presencia de un número mínimamente relevante de genéricos es condición *sine qua non* para que exista la competencia suficiente para que funcionen los precios de referencia. Por todo esto, en España se ha introducido una legislación específica sobre genéricos, clarificada especialmente al sector industrial farmacéutico, a través de la circular *3/97* de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, que ha permitido al sector conocer con transparencia los detalles técnicos correspondientes a la autorización de estos medicamentos. En este momento están en fase de evaluación numerosas solicitudes de registro de medicamentos genéricos, siendo previsible que a finales de 1997 se hayan resuelto favorablemente en torno a 80 de estas solicitudes.

El substrato inicial, por consiguiente, de genéricos que actúe como cebador, de los precios de referencia, estará disponible, probablemente, a finales de año. Tal y como sucede en los países europeos donde se aplica este sistema, parece razonable comenzar la aplicación de precios de referencia por aquellos medicamentos entre los que ya existan especialidades farmacéuticas muy consolidadas por su antigüedad en el mercado. Pensemos, por ejemplo, que en Alemania o en Holanda normalmente los precios de referencia no se aplican, en principio, a todos los genéricos simultáneamente, sino van entrando en vigor de forma progresiva, y normalmente lo que sucede en otros países es que cuando vence la patente de producto y se comienza la comercialización de genéricos, existe un lapso de tiempo, hasta que hay suficientes genéricos para introducir en ese principio activo los precios de referencia. Y aquí entendemos también como razonable este criterio, de manera que lo que se produciría, tal y como establece la Ley de Acompañamiento a lo Presupuestos Generales del Estado para 1997 y, por consiguiente, la modificación a la Ley del medicamento, es que el futuro Real Decreto que regule la aplicación en España de los precios de referencia, y que incorporará una relación de principios activos y de especialidades farmacéuticas a las que se aplican los precios de referencia, se referirá a principios activos muy consolidados en el mercado que, irán ampliando progresivamente en el curso de los próximos años.

Muy brevemente me vaya referir a incentivos al farmacéutico y a los restantes eslabones de la cadena terapéutica.

La regulación de la sustitución por el farmacéutico en el sentido de que un genérico sólo pueda ser reemplazado por otro producto indéntico con la misma denominación, tal y como sucede en distintos países, es una cuestión fundamental. De hecho, se ha modificado también, a través de la Ley de acompañamiento, el artículo 90 de la Ley del medicamento en el sentido de que si el médico prescriptor identifica en la receta una especialidad farmacéutica genérica se dispense una especialidad farmacéutica genérica. Podrá ser exactamente la que prescribe el médico o no, pero tiene que ser una idéntica amparada bajo tal denominación.

Así mismo, es importante que el farmacéutico esté facultado para sustituir un producto de marca por su genérico equivalente, al menos en el contexto de los precios de referencial, lo cual no sucede en toda Europa. Este hecho sucede en Dinamarca o Holanda, o sea en especial en aquellos países donde está desarrollado el sistema de precios de referencia.

Un caso especial, por ejemplo, es el danés, donde no es que exista la facultad, por parte del farmacéutico, de sustituir el producto de marca por el genérico equivalente, sino que en ciertos casos está obligado a dispensar el genérico cuando el precio del producto exceda de una determinada cantidad y el ahorro sea superior al 5%.

Por otra parte, y a nivel de oficina de farmacia, un sistema retributivo más competitivo para estos productos removería los obstáculos que plantea el margen porcentual fijo a la difusión de genéricos. Es evidente que un margen lineal único, idéntico para medicamentos con marca de fantasía y sus genéricos equivalentes, no incentiva al farmacéutico a dispensar el genérico, ya que le deja menores ingresos brutos.

Los márgenes basados en el pago de una cantidad fija por receta -por ejemplo, el margen británico, el irlandés o el holandés-, o en tramos con proporción inversa al precio -caso alemán, danés o francés-, pueden contribuir en alguna medida a incentivar la dispensación de genéricos, en más medida el margen fijo por receta, que el margen escalonado.

En Bélgica, por ejemplo, se ha regulado que los productos genéricos tengan el mismo margen absoluto que los equivalentes de marca, si bien no hay derecho de sustitución por parte del farmacéutico. Simplemente para compensar al farmacéutico cuando se prescribe, por parte del médico, el medicamento genérico. Es decir, si un medicamento de marca, por ejemplo, tiene un importe de 1.000 francos bel-

gas y el genérico, 850 francos belgas, si el margen fuera de un 30%, estos 300 francos belgas de margen para el medicamento de marca serían equivalentes al margen de 300 francos belgas para el medicamento genérico.

En Holanda, donde sí que existe la posibilidad de que el farmacéutico sustituya, el sistema de incentivos consiste en que el farmacéutico puede retener la tercera parte del ahorro producido como consecuencia de la dispensación del genérico.

A nivel de médicos prescriptores, como se ha comentado en esta mesa redonda, es fundamental animar a los médicos, tal y como ha sucedido en el Reino Unido, a prescribir todos los medicamentos monofármacos, utilizando la denominación común internacional, con independencia, como he dicho antes, de que el producto esté o no comercializado como medicamento genérico.

En otros países, también hay modelos de incentivos para estimular a los médicos a que prescriban fundamentalmente genéricos. Es el caso, por ejemplo, de Dinamarca, donde hay un acuerdo entre el sistema nacional de salud y la Asociación Danesa de Médicos Generales para que haya una lista positiva de principios activos -la que se denomina esquema G-, de manera que cuando el médico identifica con una "G" la receta el farmacéutico lo sustituya por el genérico más barato.

En Alemania -no vaya insistir porque se ha comentado antes con mucha profundidad-, el sistema de asignación de presupuestos limitativos a los médicos en materia de prescripción de medicamentos es una medida indirecta de estimular la prescripción de genéricos. En Alemania lo que sucedía es que existían en el mercado numerosos genéricos a precio más bajo que los medicamentos de marca, pero luego se producían efectos perversos por la falta de estímulos a los médicos. Si se combina la disponibilidad de medicamentos genéricos en el mercado con un estímulo a los médicos para su prescripción, los resultados, lógicamente, ya son mucho más alentadores.

Finalmente, a nivel de pacientes, un incentivo es, evidentemente, la aplicación del sistema de precios de referencia, que, de alguna forma, al financiarse con fondos públicos, preferentemente los medicamentos genéricos, el paciente tiene un incentivo si elige estos medicamentos en lugar del producto con marca, por el que tendría que abonar un importe adicional de aportación.

Para finalizar, simplemente para que tengan una idea de las dos líneas que hay en cuanto a políticas de genéricos en la Comunidad Europea, observamos que aquellos países en los que están muy desarrollados los genéricos -Alemania, Holanda, Dinamarca, Reino Unido-, recurren en gran medida a los precios de referencia, donde compiten marcas y genéricos. En el Reino Unido no hay precios de referencia, pero hay un sistema *"drug tariff"*, en que los efectos prácticos son equivalentes: una lista positiva que permite esa competencia.

Vemos que en todos ellos, en general, hay estímulos en la prescripción. En Holanda y en Dinamarca hay posibilidad de sustitución por parte del farmacéutico. No así en el Reino Unido, pero en este país, como ya he comentado antes, hay muchísima disciplina por parte de los médicos a prescribir siempre como DCI, con lo cual tampoco existe la necesidad de que sustituya el farmacéutico, puesto que la receta ya está cumplimentada en forma de denominación común internacional.

Y frente a este modelo tenemos el modelo en el que se halla todavía inmersa España y los países del sur, donde los medicamentos genéricos, también están sometidos al régimen de intervención de precios y en general, no existe el derecho de sustitución por parte del farmacéutico.

Quiero terminar diciendo que, desde luego, las políticas de genéricos no son ni mucho menos la vara mágica que, por sí sola, permite encauzar el crecimiento del gasto farmacéutico y ajustado a las disponibilidades presupuestarias. Es una herramienta más que hay que tener en cuenta en cualquier programa de contención del gasto farmacéutico, que también tiene efectos positivos desde el punto de vista del uso racional del medicamento, pero esta medida se ha de complementar con muchas más, efectuadas en todos los niveles de la cadena terapéutica y, desde luego, procurando, en la medida de lo posible, conseguir criterios de consenso con todos y cada uno de los agentes que participan en la misma.