

# RETOS INMEDIATOS EN SANIDAD: LA ATENCIÓN SOCIOSANITARIA

*Emilio Herrera Molina*

Director General de Atención Sociosanitaria y Salud.  
Servicio Extremeño de Salud

## **INTRODUCCIÓN, LEY DE COHESIÓN Y CALIDAD DEL SNS.**

La realidad actual obliga a la de definición legislativa de competencias en el ámbito socio-sanitario de los diferentes sectores, así como al diseño del modelo de coordinación que permita abordar las necesidades de atención de manera sostenible.

El actual debate, siendo muy complejo por sus múltiples variables, resulta una muestra evidente de la madurez que los sistemas sanitario y social han alcanzado en nuestro país, y anteceden, a una de las grandes conquistas de los últimos años en lo respectivo a las garantías del Estado, en el avance hacia el estado del bienestar.

La Ley 16/ 2003, de 28 de Mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, viene a marcar un antes y un después dentro del sistema sanitario, definiendo en su artículo 14, la prestación de atención socio-sanitaria, como “el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social”. A su vez específica, que “ en el ámbito sanitario, la atención socio-sanitaria se llevará a cabo en los niveles de atención que cada comunidad autónoma determine y en cualquier caso comprenderá: los cuidados sanitarios de larga duración, la atención sanitaria a la convalecencia, y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable”. Y amplía haciendo referencia a la coordinación intersectorial: “ la continuidad del servicio será garantizada por los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las Administraciones públicas correspondientes”.

El diseño de la futura Ley de la Dependencia deberá responder a múltiples cuestiones en el debate sobre la financiación de ciertas prestaciones, el nivel de cobertura de los cuidados a la dependencia por parte del sector público, o la responsabilidad del sistema sanitario sobre prestaciones sanitarias que se vienen desarrollando en centros de atención a la dependencia, así como la financiación de las mismas.

Entre las incógnitas básicas, continúan la definición de un modelo de atención sanitaria a la dependencia que responda a la mencionada Ley de Cohesión y Calidad, con la integración y normalización efectiva dentro del Sistema Nacional de Salud de las prestaciones descritas como socio-sanitarias, y el diseño de un sistema lógico que ayude a coordinar la oferta de servicios que deben atender las necesidades de atención socio-sanitaria: la atención del sector social a la dependencia, y la atención sanitaria de personas dependientes por parte del sector sanitario.

## **EL MODELO DE ATENCIÓN SOCIO-SANITARIA**

### **CONCEPTOS: ATENCIÓN SOCIOSANITARIA Y CENTROS SOCIOSANITARIOS.**

El concepto de **atención socio-sanitaria** ha ido evolucionando, pero ha permanecido asociado al concepto que se refiere a la prestación de cuidados continuados o de larga duración, dispensados a personas que presenten simultáneamente dependencia y patologías generalmente crónicas ( y a veces causantes propiamente de la dependencia), y que tengan necesidad de cuidados personales y de cuidados sanitarios al mismo tiempo.

La sociedad en su conjunto, ha ido viviendo cómo en los recursos residenciales habitualmente dentro del siste-

ma social, las personas dependientes presentaban cada vez una mayor prevalencia de patologías crónicas, que hacían necesaria la oferta de servicios sanitarios dentro de los propios centros. Esto llevó al necesario desarrollo de asistencia sanitaria en los centros residenciales, bajo la responsabilidad del sistema social. De esta forma, generalmente, se conocen como **centros socio-sanitarios**, aquellos que inicialmente fueron concebidos como centros residenciales de atención a la dependencia dentro del entorno de bienestar social, y que han ido desarrollando servicios sanitarios en su seno, por las propias necesidades de sus residentes, de manera que actualmente ofrecen cuidados personales destinados a la atención a la dependencia y cuidados sanitarios destinados a atender la enfermedad. La necesidad cada vez mayor de atención sanitaria en los mismos, ha hecho cada vez más difícil encuadrarlos dentro del ámbito social exclusivamente, siendo a menudo sus ratios de personal y capacidad de oferta sanitaria, limitada y por tanto, los profesionales y recursos sobrecargados.

De otra parte, el sistema sanitario con una buena infraestructura para la atención curativa en Hospitales de Agudos, pero con una deficitaria red de recursos de atención a patologías crónicas, o bien ha ido reutilizando antiguos centros hospitalarios como centros de cuidados de larga duración, o ha buscado soluciones en las residencias previamente mencionadas que pudieran ofrecer cierta prestación sanitaria en régimen de internamiento.

## INTERROGANTES OBLIGADOS

1º) ¿Qué prestaciones exactamente debe ofrecer el sistema público?.

2º) ¿Qué prestaciones son competencia de Bienestar Social y cuáles de sanidad?

3º) ¿Cómo integrarlas en nuestros sistemas actuales?:

- ¿Es necesario separar este espacio común socio-sanitario, determinar los ciudadanos que en él se encuentren, y preparar un sistema de atención que les atienda con un régimen contributivo intermedio pero independiente de los sistemas sanitario y el social actuales?,
- ¿O es mejor definirlo, y mantenerlo sólo dentro de uno de ellos?,
- ¿O por el contrario sería conveniente definir adecuadamente las necesidades a ser atendidas, los servicios sociales de atención a la dependencia y los sanitarios adecuados para atender la

patología de las personas dependientes, cada uno desde sus sectores actuales, pero creando un espacio funcional común de coordinación?.

## DEFINIENDO EL MODELO

Dadas las graves amenazas del término socio-sanitario como espacio independiente, se debe plantear una acción conjunta desde los sectores social y sanitario, en la que cada sector ayude a delimitar sus competencias, y desarrolle todos los servicios necesarios para aportar una respuesta integral a las necesidades de nuestros ciudadanos, organizando un sistema de servicios coordinado, con procesos bien definidos de intervención intersectorial.

## DETERMINANDO EL ESPACIO SOCIOSANITARIO

El “**espacio socio-sanitario**” por tanto, está compuesto por las necesidades de prestaciones sociales ( de prevención y atención a la dependencia) y sanitarias ( de atención a la patología) de forma simultánea y continuada, de personas con enfermedades crónicas y discapacidades que conlleven dependencia.

El espacio socio-sanitario puede ser analizado desde diferentes puntos de vista, lo que nos da una descripción diferente de la misma realidad, según se describa en función de:

A). **Tipo de pacientes o usuarios:** (no se trata de restringir las prestaciones sólo a estos grupos, sino de agrupar en función de características similares, para dibujar y cuantificar las necesidades de nuestra población).

a. Enfermedades crónicas progresivas:

b. Enfermedades en situación terminal: Enfermedad convaleciente y recuperación funcional:

d. Enfermedad mental:

e. Discapacidades físicas y sensoriales:

- Enfermedades neurodegenerativas con déficit funcional
- Déficits funcionales por otras patologías
- Lesionados medulares, déficits físicos postraumáticos y grandes discapacitados

- Déficits sensoriales severos

f. Psicogeriatría y discapacidades psíquicas o intelectuales:

**B) Tipo de recursos en los que se dispensan los servicios necesarios:**

- Régimen de internamiento: Hospital de agudos, Centros de media estancia, Centros de larga estancia.
- Residencias.
- Régimen de tratamiento diurno: Hospital de día, Centros de día.
- -Régimen domiciliario.
- -Medidas de apoyo al cuidador.

**C). Perfiles de intensidad y continuidad de cuidados sanitarios:**

1) Necesidad de Cuidados sanitarios intensos continuados: personas que requieren cuidados sanitarios continuos e intensos, no curativos, (revisión diaria de médicos, y atención continuada de enfermeras y auxiliares), y/ o en situación de alto nivel de sufrimiento que requieren cuidados complejos para el alivio sintomático destinado a mejorar la calidad de vida. Requieren un entorno sanitario. Es referenciado en adelante como perfil Tipo 1.

2) Necesidad de Atención sanitaria continuada a personas dependientes: cuidados sanitarios continuados, no curativos ni intensos, en personas altamente dependientes, que poseen un bajo nivel de autonomía y requieren cuidados o supervisión prolongados dentro de un entorno sanitizado. (revisión médica periódica no diaria, puntual o a demanda, revisión diaria de enfermería, y cuidados continuados de auxiliares). Es referenciado en adelante como Tipo 2.

3) Necesidad de Atención a la dependencia: recursos residenciales (referenciado en adelante como Tipo 3) y domiciliarios de atención y rehabilitación de la dependencia y a la patología.

4) Necesidad de Medidas de apoyo a la red social de cuidados : económicas, fiscales, laborales. **VARIABLES DETERMINANTES DEL TIPO DE SERVICIOS Y RECURSOS NECESARIOS**

- 1). El grado de dependencia: y por tanto la necesidad de cuidados personales.
- 2). La necesidad de cuidados sanitarios: debido a la patología

- 3). La red de apoyo de la que disponga la persona: familiares, cuidadores, posibilidades económicas.

**RESPUESTAS ORGANIZATIVAS NECESARIAS**

- 1). El resultado final debe ser un Sistema Integral de Cuidados Continuados, para lo cual, se hace necesario:
- 2). Delimitar las competencias de Bienestar Social y de Sanidad.
- 3). Establecer equivalencias territoriales de ambos sectores.
- 4). Conectar los sistemas de información social y sanitario.
- 5). Diseñar procesos intersectoriales.
- 6). Establecer mecanismos de evaluación integrada para evaluar los resultados de la atención integral y la coordinación intersectorial.
- 7). Establecer un plan de acción coordinado de ambos sectores.

**ACCIONES ESPECÍFICAS NECESARIAS DESDE LOS SECTORES SOCIAL Y SANITARIO.**

a) **COMUNES**: Establecer mecanismos de coordinación ( Consejos, Comisiones Funcionales ), protocolos comunes, y puertas de entrada.

b) **Sector sanitario**: desarrollo de convalecencia, desarrollo adecuado de la atención domiciliaria, y rehabilitación comunitaria, plazas de cuidados continuados intensos, y refuerzo de la atención sanitaria en centros de atención a la dependencia.

c) **Sector social**: atención de la dependencia en función a la intensidad y no sólo a la edad, adecuada atención de la dependencia psiquiátrica, desarrollo de centros de día y terapia ocupacional, programa adecuado de ayuda a domicilio, desarrollo del voluntariado y sistemas de implicación ciudadana, y sistemas de ayudas familiares ( ayudas económicas, exenciones fiscales, permisos laborales para cuidados de familiares, etc).

## **CLAVES ESTRATÉGICAS**

La atención sanitaria a la dependencia, debe ser prestada en su conjunto de la misma manera que la atención curativa de agudos: con el mayor desarrollo tecnológico, el mejor desarrollo científico ( Medicina Basada en la Evidencia) y sobre la base del trato humanitario, de los principios bioéticos, y del mayor confort del entorno.

Los principios básicos del sistema integral de cuidados deben adaptarse a un modelo de atención que persiga:

- Una atención informada y debatida, diferente a los cuidados paternalistas previamente desarrollados, que ofrezca respeto a la Autonomía del Paciente y desarrolle además Responsabilidad ciudadana.

- Una atención integral a las necesidades de la persona, fruto de la acción coordinada de diferentes profesionales ( interdisciplinar), y de los diferentes sectores (intersectorial).
- Un diseño de la oferta de servicios como fruto de la evaluación de las necesidades de cada población y de los resultados y el impacto en salud de la oferta previa, frente a un desarrollo competitivo y esnobista de las prestaciones.

## **RETOS Y DIFICULTADES DEL SISTEMA ACTUAL**

Las respuestas organizativas del sistema requerirán el afrontamiento de diversos retos, dificultado por diferentes características de nuestro sistema actual:

<b>R e t o s</b>	<b>D i f i c u l t a d e s</b>
Adaptación al cambio de necesidades	Rigidez de estructuras creadas.
Compromiso con el avance del sistema	Falta ética de las organizaciones.
Planificación de objetivos a medio plazo	Cortoplacismo de las planificaciones en salud.
Coaliciones e intersectorialidad	Colisión de normas y defensa de fronteras.
Ampliación constante del escenario que implica mayor dinamismo, variedad y necesidad ágil de cambio.	Mantenimiento de cohesión en el avance.

## **INTERROGANTES A RESPONDER EN EL MARCO DE LA ATENCIÓN SOCIO-SANITARIA**

Existen múltiples puntos a debatir sin una clara respuesta normativa en nuestro Sistema Nacional de Salud:

### **-Centros socio-sanitarios:**

- Definición legal de Centros socio-sanitarios.
- Acreditación de centros :¿Según competencias?.
- La evaluación de prestaciones sanitarias en centros sociales: ¿Qué órgano es competente?
- Concierto de centros y prestaciones: ¿Por “módulos” sanitario y social?.
- ¿Responsabilidad Farmacéutica?, Y ¿En centros privados ( Perfil tipo 1,2 y 3)?

### **-El personal:**

- Adscripción, homogeneización de categorías, homologación salarial.
- Profesiones sanitarias: ¿Ser una profesión sanitaria implica la competencia sanitaria de las prestaciones que desarrolla?

### **-Los servicios:**

- ¿Necesidad de financiación para las prestaciones sanitarias?
- Evitar la segregación : la sombra del “etaísmo” y del “causalismo”.

### **Definición de procesos:**

- Definición de procesos intersectoriales y vinculación.

- Normas intersectoriales: ¿Quién legisla?
- Sistema de Gestión: ¿Hacia dónde enfocar la evaluación y financiación?

#### **-El sistema de información:**

- Conexión de los sistemas social y sanitario: ¿CMBD y Sistema integrado? (¿Confidencialidad por capas?)

**-Competencias de la diputación y corporaciones locales.**, en el nuevo marco de reparto de competencias.

#### **-Implicación ciudadana:**

- ¿Es la financiación una herramienta de responsabilización?
  - Co-financiación de todos los servicios “socio-sanitarios”, vs, Co-financiación en la dependencia y “gratuidad” sanitaria, vs, la descarga social: universalidad de la atención a la dependencia.
- Acción y responsabilización:
  - Del modelo paternalista al social participativo: responsabilidad social de prevención y dispensación de cuidados.
  - Derechos y deberes sobre el patrimonio personal.
- Autonomía: Voluntades anticipadas, Inhabilitación y deterioro.

## **MARCO LEGAL BÁSICO**

### **CON CARÁCTER GENERAL**

- LEY 16/2003, DE 28 DE MAYO, COHESIÓN Y CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.
- PONENCIA DE CONRAD ENSENYAT I SACRISTÁN, PRESIDENTE DE FEDERACIÓ D'ORGANITZACIONS CATALANES DE GENT GRAN-FOCCAG: LEGISLACIÓN Y PLANES DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.
- LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
- LEY 51/2003, DE 2 DE DICIEMBRE, DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO

DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

- II PLAN DE ACCIÓN PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 2003-2007.
- REAL DECRETO 63/1995, DE 20 DE ENERO, ORDENACIÓN DE PRESTACIONES SANITARIAS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.
- REAL DECRETO 496/2003, DE 2 DE MAYO, POR EL QUE SE ESTABLECE EL TÍTULO DE TÉCNICO EN LA ATENCIÓN SOCIO-SANITARIA Y EN LAS CORRESPONDIENTES ENSEÑANZAS COMUNES.
- LEY 41/2002 DE 14 DE NOVIEMBRE, BÁSICA, REGULADORA, DE LA AUTONOMIA DEL PACIENTE Y DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA.
- LEY 44/2003, DE 21 DE NOVIEMBRE DE ORDENACION DE LAS PROFESIONES SANITARIAS.
- LEY 55/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DEL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD
- R(98) 9 DE SEPTIEMBRE DE 1998 DEL CONSEJO DE EUROPA
- LEY 5/1987, DE 23 DE ABRIL DE SERVICIOS SOCIALES.

### **DE CARÁCTER LOCAL**

- LEY 2/2002, DE 17 DE ABRIL DE SALUD DE LA RIOJA
- DECRETO 24/2004, DE 16 DE ABRIL, POR EL QUE SE REGULA LOS CENTROS SOCIO-SANITARIOS DE CONVALECENCIA EN LA COMUNIDAD AUTONOMA DE LA RIOJA
- LEY 6/2001, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CANTABRIA
- LEY 6/2002, DE 15 DE ABRIL DE SALUD DE ARAGON

- II PLAN SOCIOSANITARIO DE CASTILLA Y LEON. DECRETO 59/2003, DE 15 DE MAYO.
- DECRETO 92/2002, DE 5 DE MARZO POR EL QUE SE ESTABLECEN LA TIPOLOGIA Y LAS CONDICIONES FUNCIONALES DE LOS CENTROS Y SERVICIOS SOCIOSANITARIOS Y SE FIJAN LAS NORMAS DE AUTORIZACIÓN.
- ORDEN DE 6 DE MAYO DE 2002 DE LA CONSEJERIA DE ASUNTOS SOCIALES, POR LA QUE SE REGULA EL ACCESO Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS PROGRAMAS DE ESTANCIA DIURNA Y RESPIRO FAMILIAR.
- ORDEN DE 7 DE MAYO DE 2002, DE LA CONSEJERIA DE ASUNTOS SOCIALES, POR LA QUE SE REGULA LA FINANCIACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE ESTANCIA DIURNA Y RESPIRO FAMILIAR.
- CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE INGRESOS EN PROGRAMA DE ESTANCIA DIURNA Y RESPIRO FAMILIAR. ANEXO I, ANEXO II. BOJA N° 55.
- LEY 10/2003, DE 19 DE DICIEMBRE, DEL PARLAMENTO DE LA RIOJA. ORDENACIÓN ECONÓMICA.
- DECRETO 246/2003 DE 2 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE REGULAN LOS INGRESOS Y TRASLADOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CENTROS RESIDENCIALES Y CENTROS DE DIA.
- LEY 10/2001, DE 28 DE JUNIO, DE SALUD DE EXTREMADURA

# LA OBJECION DE CONCIENCIA DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

*Juan Luis Beltrán Aguirre*

## **1. Concepto y encuadramiento.**

Desde la óptica del Derecho Constitucional, del Eclesiástico y de la Filosofía del Derecho los tratadistas se inclinan por incluir la objeción de conciencia dentro de la libertad ideológica y religiosa y, concretamente, dentro de la libertad de conciencia, que es parte de la libertad ideológica. Y desde esta posición entienden por objeción de conciencia el derecho a comportarse de acuerdo con el dictamen de la conciencia, cuando este dictamen entra en conflicto con un deber jurídico. Así pues, en lo que aquí nos importa, la objeción de conciencia del profesional sanitario consistiría en la negativa a realizar, por motivos éticos o religiosos, determinados actos -prestaciones sanitarias- que le son jurídicamente exigibles<sup>1</sup>.

Actualmente está bastante extendida la creencia entre los profesionales sanitarios de que se trata de un derecho fundamental amparado en el artículo 16.1 de la Constitución. Sin embargo, la Constitución no reconoce un derecho general a la objeción de conciencia. Como veremos más adelante, el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 161/1987, de 27 de octubre, así lo declara, añadiendo que tampoco puede deducirse sin más de la libertad de conciencia consagrada en el referido artículo 16.1. Lo contrario implicaría la quiebra de la imperatividad de la norma jurídica, haciéndola subjetivamente disponible, algo que chocaría frontalmente con el artículo 9.1 CE, que proclama la sujeción de los ciudadanos al ordenamiento jurídico. De ahí que el Tribunal Constitucional en los sucesivos pronunciamientos hechos en torno a esta cuestión renuncie decididamente al propósito o tentación de configurar el derecho a la objeción de conciencia como un derecho fundamental o deducirlo directamente de la li-

bertad de conciencia, ello por el peligro de acabar construyendo un derecho general que la Constitución no quiso reconocer por riesgo de destruir la fuerza de todo el sistema normativo. A este respecto el máximo interprete de la Constitución ha dicho reiteradamente que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales (STC 321/1994 y otras posteriores). En definitiva, la Constitución ha configurado la objeción de conciencia como una excepcional dispensa de un deber jurídico concreto, que ha de ser expresamente declarada, no como un derecho general resultante de la pura y simple aplicación de la libertad de conciencia sancionada en el artículo 16.1 (STC 161/1987).

Encuadrada en lo que realmente es -excepcional dispensa del cumplimiento de un deber concreto-, se ha definido la objeción de conciencia (Talavera Fernández) como la negativa del individuo a someterse, por razones de conciencia, a una conducta que, en principio, le sería jurídicamente exigible, bien porque la obligación proviene de una norma, bien porque deriva de un contrato, de una resolución judicial o administrativa.

## **2. Regulación jurídica.**

### **A. Legislación europea.**

El artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (DOC, núm. 364, de 18 de diciembre de 2000), con la rúbrica "Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión" declara en su apartado 2º que "*Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.*" En idénticos términos se recoge en el artículo II-10 del proyecto de Constitución Europea.

---

<sup>1</sup> *Sobre este tema puede consultarse, entre otra bibliografía, SIEIRA MUCIENTES, S., La objeción de conciencia sanitaria, Dykinson, 2000 y LOPEZ GUZMÁN, J., Objeción de conciencia farmacéutica, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997.*

## **B. Legislación estatal y autonómica: constatación del vacío normativo existente.**

Ya sabemos que la Constitución no reconoce un derecho general a la objeción de conciencia. Sólo contempla la objeción de conciencia en el servicio militar (artículo 30.2), que está regulada mediante la Ley Orgánica 22/1998, de 6 de julio, y la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (artículo 20.1.d), regulada, a su vez por la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio. En lo que hace al ámbito sanitario no hay ninguna referencia a la objeción de conciencia.

Tampoco ha sido regulada por normativa estatal o autonómica alguna. Algunas leyes autonómicas contienen una mera referencia a la objeción de conciencia del personal sanitario, pero sin regularla en absoluto. Así, la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente en la Comunidad Valenciana, en el artículo 17.2 admite expresamente la objeción de conciencia respecto de las voluntades anticipadas, pero sin más, esto es, sin delimitar su contenido y regular su ejercicio, lo que implica de alguna manera condicionar o supeditar las voluntades anticipadas formalmente declaradas a la decisión personal del médico de respetarlas o no según su visión de las cosas. Por su parte, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, en su artículo 28 dispone que las instrucciones previas no serán atendibles cuando contravengan la ética profesional. Por tanto, hoy por hoy, la única fuente a la que acudir para intentar delimitar en lo posible su contenido y alcance, es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los Tribunales de Justicia ordinarios.

## **C. Códigos Deontológicos.**

Actualmente, los médicos, farmacéuticos, personal de enfermería, etc., disponen de Códigos Deontológicos aprobados por los respectivos Colegios Profesionales. En todos ellos se contempla la objeción de conciencia como un derecho de los profesionales sanitarios, si bien, como es lógico, no se regulan ni sus contenidos ni los procedimientos para ejercerla en los distintos ámbitos y centros sanitarios públicos o privados.

El Código Deontológico Médico de 1999, en su artículo 25.1 señala que *“No es deontológico admitir la existencia de un periodo en que la vida humana carece de valor. En consecuencia, el médico está obligado a respetarla desde su comienzo. No obstante, no se sancionará al médico que, dentro de la legalidad, actúe de forma contraria a este principio.”* Seguidamente, el artículo 27.1

declara que: *“Es conforme a la deontología que el médico, por razón de sus convicciones éticas o científicas, se abstenga de la práctica del aborto o en cuestiones de reproducción humana o de trasplantes de órganos.”* Se añade en el apartado 3 de este artículo que *“El médico no debe estar condicionado por acciones u omisiones ajenas a su propia libertad de declararse objetor de conciencia.”* A su vez, en el artículo 28.1 prescribe que *“La eutanasia u <<homicidio por compasión>> es contraria a la ética médica.”*

El Código de Ética y Deontología de la Profesión Farmacéutica, aprobado el 14 de diciembre de 2000, en su artículo 28 declara que *“La responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia respetando la libertad y el derecho a la vida y a la salud del paciente.”*

Ahora bien, debe tenerse presente que estos Códigos no poseen rango legal. Se trata de simples códigos éticos carentes de la juridicidad propia de las normas estatales y autonómicas. No son leyes ni reglamentos, ni tienen un reconocimiento expreso estatal o autonómico. En definitiva, son “normas” ajenas al cuadro formal de fuentes del Derecho. Por tanto, no garantizan al profesional sanitario la cobertura jurídica del efectivo ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, algo que sólo puede hacerlo la legislación estatal o autonómica específica.

No obstante, ello no impide que sean aptos para que el Colegio profesional respectivo ejerza su potestad disciplinaria sobre aquellos profesionales que vulneren los respectivos Códigos Éticos, sin que por ello se vulnere el principio de reserva de ley en materia sancionadora. Así lo ha declarado expresamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 219/1989, de 21 de diciembre.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Dice en sus fundamentos jurídicos tercero y quinto que: *“No hay duda, en tal sentido, de que las sanciones impugnadas no han conculcado la garantía formal de reserva de ley deducible del art. 25.1 de la Constitución. Es cierto que la única cobertura legal que las normas sancionadoras aplicadas poseen viene determinada por el art. 5 i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de los Colegios Profesionales, que faculta a los mismos para «ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la potestad disciplinaria en el orden profesional y colegial». Esta norma legal contiene una simple remisión a la autoridad colegial o corporativa, vacía de todo contenido sancionador material propio. Ahora bien, si tal tipo de remisión resulta manifiestamente contrario a las exigencias del art. 25.1 de la Constitución, cuando se trata de las relaciones de sujeción general (SSTC 42/1987 y 29/1989 mencionadas), no puede decirse lo mismo por referencia a las relaciones de sujeción especial -SSTC 2/1987, de 21 de enero y 69/1989, de 20 de abril-. Es más, en el presente caso nos hallamos ante una muy característica relación constituida sobre la base de la delegación de potestades públicas en entes corpora-*

### 3. Naturaleza y alcance del derecho según la legislación europea y la doctrina jurisprudencial.

#### A. conformación legal y jurisprudencial.

Al vista del tratamiento dado a la objeción de conciencia por la vigente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el proyecto de Constitución Europea, reconociéndolo pero remitiendo su ejercicio a la regulación legal que haga cada Estado miembro, dos cuestiones cabe deducir:

a) La objeción de conciencia no se conforma como un derecho fundamental, sino como un derecho de configuración legal;

b) Su ejercicio requiere, por tanto, de la oportuna y previa regulación legal.

En lo que hace a la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales, la situación es la siguiente:

El Tribunal Constitucional, en su temprana sentencia 15/1983, de 23 de abril, efectuó una primera aproximación al concepto y contenido de la objeción de conciencia, que aun hecha en el marco de la objeción de conciencia al servicio militar, por hacer algunas consideraciones generales sobre la propia institución, sirve a otro tipo de manifestaciones de la objeción de conciencia. Señala al respecto que:

---

*tivos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales, que tiene fundamento expreso en el art. 36 de en el ámbito específico de las relaciones especiales de sujeción de orden profesional y colegial, que la remisión a los Acuerdos de las Juntas definidores de los «deberes sociales, profesionales o legales relacionados con la profesión» debe entenderse referida, muy especialmente, a las Normas Deontológicas que dichas Juntas pueden aprobar y se hallen vigentes en cada momento.*

En efecto, frente a lo que el recurrente sostiene, las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para «ordenar ... la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares» [art. 5 i) de la Ley de Colegios Profesionales], potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de «ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial». Es generalmente sabido, por lo demás, y, por tanto, genera una más que razonable certeza en cuanto a los efectos sancionadores, que las transgresiones de las normas de deontología profesional, constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios profesionales. Y, en último extremo, este mismo criterio por el que se considera el incumplimiento de dichas normas como merecedor de las sanciones previstas en el ordenamiento corporativo es el que viene manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo.”

*“Tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma. (...) Y puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española, ...”*

Más adelante (fundamento jurídico séptimo) también afirma que la objeción de conciencia entraña una excepcional exención a un deber, esto es, que introduce una excepción a un deber y que por ello ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso, de manera que el derecho a la objeción de conciencia no garantiza en rigor la abstención del objetor, sino su derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción. Desde estos parámetros, concluye que la objeción de conciencia exige para su realización de la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador.

Es en la sentencia 53/1985, de 11 de abril, donde el Tribunal Constitucional, por primera y única vez, aborda la objeción de conciencia de los facultativos sanitarios, y lo hace con ocasión de la regulación de los tres supuestos de aborto legales. En su fundamento jurídico catorce se limitó a decir que:

*“(...) por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.”*

No obstante, esta sentencia incorpora un voto particular, que muy raramente se alude a él en los estudios doctrinales sobre el tema, que complementa en algo la doctrina desarrollada en la sentencia manifestando lo siguiente:

*“Prescindiendo por razones de brevedad de detallar otros puntos de discrepancia o de asentimiento con la Sentencia, debemos, sin embargo, po-*

*ner de manifiesto la escasa precisión utilizada en ella respecto a la conocida como «cláusula de conciencia», cuya derivación directa del artículo 16, número 1, de la CE compartimos, y que puede ser utilizada como es lógico por el Médico del que se solicite la práctica abortiva para negarse a realizarla. Dicha cláusula, basada en razones ideológicas o religiosas, es un derecho constitucional solamente del Médico y demás personal sanitario al que se pretenda que actúe de una manera directa en la realización del acto abortivo.»*

Posteriormente, y nuevamente en el ámbito del servicio militar, en la Sentencia 161/1987, de 27 de octubre, el Tribunal Constitucional, da un importante giro a la doctrina sentada en la sentencia sobre el aborto y opta por considerar la objeción de conciencia como un derecho no fundamental y como excepcional su reconocimiento respecto de un deber concreto. Afirma al respecto lo siguiente:

*“Se trata, ciertamente, como se acaba de decir, de un derecho que supone la concreción de la libertad ideológica reconocida en el art. 16 de la Norma suprema. Pero de ello no puede deducirse que nos encontremos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad. La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto.”*

Más tarde, en Sentencia 321/1994, de 28 de noviembre, nuevamente en el ámbito del servicio militar, también declaró el Alto Tribunal que

*“Como en varias ocasiones ha declarado este Tribunal [SSTC 15/1982, 101/1983 y 160/1987], el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales.”<sup>3</sup>*

<sup>3</sup> Esta afirmación es reiterada posteriormente en los siguientes pronunciamientos: Sentencias 55/1996, 88/1996 y Autos 270/1999 y 135/2000.

Puede observarse que la doctrina del Tribunal Constitucional es parca al respecto e imprecisa por evolutiva y, desde luego, insuficiente (Talavera Fernández incluso la tilda de contradictoria). Al objeto de intentar modelar esta institución jurídica no nos da muchas pistas. No obstante, se puede completar algo con lo dicho, a su vez, por el Tribunal Supremo y algún Tribunal Superior de Justicia autonómico. Veámoslo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1998 -RJ 566-, analizando el Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, en lo que hace a la objeción de conciencia razona lo siguiente en el fundamento jurídico decimocuarto:

*“Por último, la demanda del Recurso 7/1987 opone al Reglamento impugnado la ausencia de una regulación de la objeción de conciencia respecto de las prácticas contempladas en las indicaciones de abortos no punibles. Pero si ello constituye, sin duda, un indudable derecho de los médicos, como tuvo ocasión de señalar el Tribunal Constitucional en la reiterada Sentencia 53/1985 (F. 14), su existencia y ejercicio no resulta condicionada por el hecho de que se haya dictado o no tal regulación, por otra parte difícilmente encuadrable en el ámbito propio de una normativa reglamentaria, sino que, al formar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, resulta directamente aplicable.”*

A su vez, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1998 -RJ 1261- respecto a la demanda interpuesta por el Consejo General de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados de Enfermería, en su fundamento jurídico décimo añade:

*“Desde luego, ni el artículo 1.1.1 ni ningún otro precepto del Reglamento imponen una obligación legal de practicar determinados abortos no punibles al personal de enfermería (tampoco al médico o de asistencia social), respecto de la cual pudiera siquiera plantearse la posibilidad de esgrimir una exención a su cumplimiento por razón de las propias convicciones religiosas, éticas, morales o filosóficas, en que se traduce la objeción de conciencia. Pero además, en todo caso, tal exención constituiría, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985 (F. 14) y esta misma Sala (STS 16 enero 1998), una indudable facultad de enfermeros y médi-*

cos que formaría parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 CE, directamente aplicable, por tanto, y cuya existencia y ejercicio no está condicionado por la regulación en el Real Decreto; por otra parte de imposible utilización, por su naturaleza reglamentaria, para una auténtica regulación o desarrollo de tal derecho (art. 81 CE).”

Finalmente, en este recorrido jurisprudencia ha de citarse la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 13 de febrero de 1998 -AS 393-, que para el ámbito de las matronas declara lo siguiente:

“Esto sentado y ya en otro aspecto conviene recordar que la objeción de conciencia al aborto, aun sin consagración y regulación explícitas en la Constitución ni en la legislación ordinaria, es un derecho fundamental que forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución, según doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia de 11 abril 1985. Por consiguiente, se trata de derecho que vincula a todos los poderes públicos, a tenor del art. 53.1 de la Constitución, de modo que éstos, no sólo tienen el deber de respetarlo en la plenitud de su contenido, sin merma ni menoscabo, sino, incluso y si fuere menester, la de adoptar cuantas medidas positivas resultaren necesarias para procurar su efectividad. Pues bien, el efecto jurídico específico que produce la objeción de conciencia reside en exonerar al sujeto de realizar un determinado acto o conducta que, de otra suerte, tendría la obligación de efectuar. La satisfacción del derecho fundamental, por lo tanto, comporta que no cabe exigir del profesional sanitario que por razones de conciencia objeta al aborto que en el proceso de interrupción del embarazo tenga la intervención que corresponde a la esfera de sus competencias propias; intervención que por hipótesis se endereza causalmente a conseguir, sea con actos de eficacia directa, sea de colaboración finalista, según el cometido asignado a cada cual, el resultado que la conciencia del objetor rechaza, cual es la expulsión del feto sin vida. Las funciones que la Dirección del Hospital pretende encargar a los hoy recurrentes - instauración de vía venosa y analgesia, control de dosis de oxitocina, control de dilatación del cuello del útero, y control de las constantes vitales durante todo el proceso- entrañan todas actos de asistencia que contribuyen de manera positiva y eficiente a que

la gestación se interrumpa sin daño para la salud de la embarazada, y aun cabría catalogarlos de imprescindibles para que la operación culmine, pues de no ser así es de presumir que el conflicto ni siquiera se habría planteado. En consecuencia, son también actos sanitarios de cuya ejecución se encuentran jurídicamente exentos quienes ejercen frente al aborto voluntario el derecho fundamental a la objeción de conciencia, cual es el caso de los demandantes; sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad que incumbe al centro sanitario de procurar los medios humanos necesarios para que el servicio se preste, lo que nunca puede hacer empero a costa de sacrificar derechos fundamentales que la Constitución garantiza.”

## **B. Aproximación a la naturaleza del derecho.**

De la Carta de la Unión Europea y de los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos pueden extraerse las siguientes notas informadoras de la objeción de conciencia:

a) Es un derecho constitucional no fundamental de configuración legal. Es una concreción implícita del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, pero necesitado de regulación legal para su ejercicio. De ahí que no sea propiamente un derecho fundamental<sup>4</sup>.

b) El derecho a la objeción de conciencia no garantiza en rigor la abstención del objetor, sino su derecho a excepcionalmente ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción. Por tanto, no es pura y simple aplicación de la libertad ideológica. De ahí que, como dice el Tribunal Constitucional, no esté reconocido como tal en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado. Lo que sí es factible en términos constitucionales es que la objeción de conciencia sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto. No es, en definitiva, una regla, un valor en sí mismo, sino una excepción. Así pues, en función de estos pronunciamien-

---

<sup>4</sup> Es cierto que las citadas sentencias del Tribunal Supremo y la del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, apoyándose exclusivamente en la STC 53/1985 tildan el derecho de fundamental. Parece que no han considerado o matizado su posición en función de los posteriores pronunciamientos del TC. Quizás sea debido a la relativa ambigüedad de los mismos. De todos modos, que la objeción de conciencia no sea un derecho fundamental no es algo pácifico en la doctrina. Buena parte de ella sigue defendiendo que es un derecho fundamental.

tos cabe entender que la objeción de conciencia no es estrictamente un derecho fundamental, aunque sí una especificación del derecho a la libertad ideológica. Sólo desde esta posición pueden entenderse los reiterados y posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional de que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 CE no resulta suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, con el riesgo aparejado de relativizar los mandatos legales.

c) El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, en cuanto excepción a un deber, requiere manifestación previa al respecto y expresa declaración de exención. De ahí que como postula la jurisprudencia citada y se deriva de la legislación europea, sin perjuicio de que, al menos en el ámbito del aborto, no sea hoy por hoy un requisito imprescindible, precisa para su ejercicio de una regulación jurídica que delimite su contenido y diseñe un procedimiento para encauzarlo.

d) Es un derecho predicable exclusivamente del personal sanitario del que se pretenda que actúe de una manera directa en la realización del acto respecto del que se objeta.<sup>5</sup>

e) El legítimo ejercicio de la objeción de conciencia ampara frente a decisiones administrativas e incluso frente a una decisión judicial.<sup>6</sup>

#### **4. Ámbitos de la práctica e investigación clínica sensibles a la objeción de conciencia.**

El ámbito clínico en el que con mayor intensidad se ha manifestado hasta ahora la objeción de conciencia y el único en el que de momento existe alguna jurisprudencia es el del aborto terapéutico. En los últimos años y en la Comunidad Autónoma de Andalucía también se ha manifestado virulentamente la objeción de conciencia por al-

---

<sup>5</sup> La sentencia del TSJ de Baleares habla de intervención enderezada causalmente a conseguir, sea con actos de eficacia directa, sea de colaboración finalista, según el cometido asignado a cada cual, el resultado que la conciencia del objetor rechaza. Sin embargo, por lo que razonaré más adelante, no comparto esta extensión.

<sup>6</sup> Es bien conocido que empiezan a aparecer decisiones judiciales (Gran Bretaña, Florida, etc.) que, en casos extremos, autorizan el suicidio asistido o la muerte asistida de un enfermo terminal. Pues bien, en estos casos, la decisión judicial implica una mera autorización, no una obligación, de tal forma que el médico no estaría obligado a ejecutarla. No se trata de un mandato judicial de actuar, sino de la aceptación de una petición cursada por el paciente afectado. En suma, el médico puede hacer objeción de conciencia.

gún sector farmacéutico en torno a la píldora postcoital. Por lo demás, no se han aireado otros supuestos en los que se haya ejercido la objeción de conciencia, posiblemente por haber carecido de mayor conflictividad. Ciertamente, se han producido episodios concretos en diversos ámbitos y centros sanitarios, pero han sido resueltos puntualmente sin conflictividad alguna, por lo que no han trascendido a los medios de comunicación o a los tribunales de justicia.

Actualmente son frecuentes en diversos foros las disquisiciones ético-filosóficas, morales e, incluso, jurídicas, en torno a la eutanasia, la utilización de células embrionarias para la investigación terapéutica, etc., pero de momento se mantienen exclusivamente en un nivel dogmático o doctrinal. Por tanto, son ámbitos sin trascendencia práctica, todavía no judicializados.

En cualquier caso, el enorme y constante avance científico y tecnológico de la biomedicina ha hecho posibles intervenciones sobre el ser humano hace muy poco tiempo impensables (ingeniería genética, biotecnología, etc.), respecto de las cuales no es fácil mantener o reclamar de la comunidad sanitaria una neutralidad ética. Ante los avances de la biomedicina, de sus serias y trascendentes implicaciones, cada vez son más amplios los campos en los que el profesional sanitario se plantea la objeción de conciencia. Hoy están en constante crecimiento los episodios en los que el personal sanitario presenta o piensa presentar objeción de conciencia.

A título meramente indicativo pueden enumerarse actualmente los siguientes:

- El aborto, en las tres modalidades legalizadas.

- Utilización para la investigación de células troncales obtenidas de preembriones crioconservados sobrantes. Particularmente con la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y el Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre.

- Eutanasia activa directa, que se concreta en la ayuda al suicidio, e indirecta consistente en la aplicación de analgésicos o lenitivos a una persona próxima a la muerte patológica o traumática con la finalidad exclusiva de eliminar o paliar los graves sufrimientos físicos que padece, sin perjuicio de que aquéllos puedan producir un claro acortamiento de su vida. La Conferencia Episcopal Española parece que postula su extensión incluso a la eutanasia pasiva.

---

<sup>7</sup> Son en nuestro país cada vez más frecuentes los intentos de despenalizar la eutanasia activa en supuestos extremos.

-Píldora postcoital o del día después, cuya consideración como prestación sanitaria, e incluso su facilitación gratuita, se está aprobando en diversas Comunidades Autónomas.

- Producción de fármacos con finalidades abortivas, etc.

- Clonaciones de embriones humanos con los que obtener células madre con finalidades terapéuticas o de investigación.

- Esterilización de personas incapacitadas que adolezcan de grave deficiencia psíquica.

- Voluntades anticipadas o instrucciones previas, entendidas como el documento en el que una persona legitimada para ello plasma sus designios en relación con los cuidados sanitarios que desea recibir en momentos cercanos al final de su vida, y el correspondiente derecho-deber de que, llegado el momento, éstos sean respetados y cumplidos por los responsables de su asistencia.<sup>8</sup>

- Fertilización in vitro y procreación asistida.

- Algunos trasplantes de órganos.

-Tratamientos coactivos a enfermos psiquiátricos (aislamiento y contención, tratamientos no convencionales, minoría de edad, sujetos de investigación, implicaciones en el sistema penitenciario, discriminación, quiebra del principio de proporcionalidad, etc.).

- Otras prácticas clínicas (intervenciones sobre personas por procedimientos mecánicos, farmacológicos o de otra índole, que les causen trastornos o menoscabos orgánicos, funcionales, psicológicos o de conducta).

- Órdenes de contenido económico, administrativo, etc., cuyo cumplimiento por el personal sanitario pudiera perjudicar al enfermo.

---

<sup>8</sup> *La ley básica estatal y diversas leyes autonómicas regulan como límite a las voluntades anticipadas la circunstancia de que sus previsiones sean contrarias a “la buena práctica clínica” o a la “lex artis”. Según la jurisprudencia (por toda, SSTs de 11 de mayo de 2001 -RJ 6197- y de 18 de octubre de 2001-RJ 8645-) “la llamada lex artis ad hoc es como actualmente se denomina a lo que tradicionalmente se ha conocido como técnicas, procedimientos y saberes de la profesión” de manera que la intervención médica debe ser exigida con la diligencia propia de las obligaciones del mayor esfuerzo. Aunque sean conceptos cercanos, al menos en sus efectos o consecuencias, a la objeción de conciencia, es evidente que, al menos explícitamente, no se establece la objeción de conciencia como límite. Sólo la citada ley valenciana la ha contemplado explícitamente. La ley 12/2001, de 21 de diciembre de Madrid, impone como límite la ética médica, concepto más cercano a la objeción de conciencia, para cuya concreción ha de acudir a los Códigos de Ética y Deontología Médica.*

## **5. Profesionales legitimados para hacer objeción de conciencia: aproximación.**

### **A. Profesionales sanitarios.**

Obviamente, nos encontramos ante un problema de no fácil resolución. Como hemos comprobado anteriormente, la jurisprudencia ha sentado unas mínimas pautas al respecto, pero que, desde luego, no son suficientes a efectos de perfilar suficientemente y con seguridad los profesionales respecto de los que, en función de su intervención en el proceso de que se trate, es admisible que se declaren objetores de conciencia.

De un lado, el voto particular emitido a la STC 53/1985, complementa la doctrina sentada por ésta manifestando que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho constitucional predicable exclusivamente del personal sanitario al que se pretenda que actúe de una manera directa en la realización del acto respecto del que se objeta. Así pues, dos importantes pautas nos da: a) ha de tratarse de personal sanitario (no cabe duda de que en este grupo entran los médicos, matronas y personal de enfermería); b) ha de tener una actuación directa en el proceso.

De otro lado, la sentencia 13 de febrero de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares habla de intervención enderezada causalmente a conseguir, sea con actos de eficacia directa, sea de colaboración finalista, según el cometido asignado a cada cual, el resultado que la conciencia del objetor rechaza. Así pues, parece que añade a la actuación directa, una colaboración finalista.

Las expresiones “actuación directa” y “colaboración finalista” entiendo deben ser interpretadas y aplicadas siguiendo las pautas del derecho penal en lo que hace a las instituciones “cooperación ejecutiva”, “cooperación necesaria” y/o “complicidad”, es decir, con una interpretación más estricta que la derivada sin más del propio significado lingüístico de los términos empleados.

Desde los parámetros constitucionales, no parece haber duda de que, por ejemplo, no cabe admitir la objeción de conciencia respecto de un celador encargado de transportar a una paciente al quirófano en el que se le practicará el aborto. Tampoco sería admisible la objeción de conciencia respecto de profesionales de laboratorio, radiología, etc., por hacer análisis, placas y demás, a pacientes a las que se les va a practicar un aborto y por motivo precisamente del aborto, u otro tipo de intervención susceptible de ser objetada. La actuación no es directa, sino claramente indirecta. ¿Cabe encajar estos supuestos en una

colaboración finalista? Desde los parámetros del derecho penal entiendo que no. Desde una acepción amplia, laxa o vulgar de los términos empleados por el Tribunal de Baleares comprendería una enorme variedad de actuaciones. Por ejemplo, acogería al personal que limpia y esteriliza un quirófano que se va a utilizar inmediatamente para practicar un aborto. Incluso podría abarcar hasta el celador que lleva la camilla. Esto no es razonable pues aquí empezaría a estar en quiebra el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Creo que es más acertada la posición del Tribunal Constitucional al delimitar el derecho exclusivamente al personal sanitario que tiene una actuación directa en el proceso.

Apartado propio se merece el problema de los farmacéuticos con respecto a la píldora postcoital. Es bien conocida la Orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, que entró en vigor el 1 de junio de 2001, por la que se obligaba a las oficinas de farmacia a incluir y, por tanto, a dispensar, con el carácter de “existencias mínimas de medicamentos” la píldora postcoital, así como preservativos. Esta Orden fue objeto de dos recursos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Considera el sector de farmacéuticos recurrente que supone un atentado a los derechos fundamentales a la vida y a la objeción de conciencia de los farmacéuticos. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada en un primer momento suspendió la ejecución de la Orden, pero posteriormente levantó la suspensión. En el momento de escribir estas líneas (noviembre de 2004), todavía no ha recaído sentencia sobre esta cuestión.

Pues bien, en este contexto, cabe preguntarse si el farmacéutico titular o al frente de una oficina de farmacia puede hacer objeción de conciencia respecto de la píldora postcoital por implicar, a su entender, una acción abortiva. Es un profesional sanitario, pero no presta sus servicios en un centro sanitario-asistencial y no es clínica su intervención. Se limita a expedir un medicamento previa receta médica que lo indica, pues la dispensación de la píldora constituye una acción médica que debe ser expresamente decretada por un facultativo para que sea legal. En suma, la responsabilidad directa es del facultativo que la receta; la intervención y responsabilidad del farmacéutico, en mi criterio, es totalmente indirecta. De donde se deriva que no le alcanzaría la objeción de conciencia en cuanto derecho a que se excepcione su deber de dispensación (artículo 3.1 de la Ley del Medicamento).

Creo que con respecto a la dispensación de preservativos existe consenso general en la doctrina científica de

que resulta inaceptable aceptar la objeción de conciencia, ni tan siquiera plantearse su estudio.

En otro orden de cosas, señalar que también parece que existe consenso general en aceptar la obligación de todo el personal sanitario sin excepción alguna, sobre todo en caso de urgencia, a prestar cualquier otra atención médica o de enfermería, antecedente o subsiguiente, al paciente sometido a una intervención respecto de la que se ha objetado. E, incluso, del deber de informar a los interesados sobre este tipo de tratamientos aun cuando el informante no los practique por ser objetor.

## **B. Administraciones sanitarias.**

Finalmente, significar que, al menos en el ámbito de la sanidad pública, la objeción de conciencia es exclusivamente predicable de las personas físicas, nunca de las instituciones o servicios sanitarios. Sin embargo, de todos es conocido algunos casos en que es la propia Administración sanitaria la que de facto, sin declaración pública al respecto como es lógico, hace una objeción de conciencia encubierta impidiendo que en sus centros y servicios se practiquen determinadas intervenciones, remitiendo en estos casos los o las pacientes a servicios sanitarios de otras Comunidades Autónomas.

Entiendo que esta posición es muy poco defendible. Ello porque, de un lado, nuestra Constitución declara al Estado no confesional, lo que implica por parte de los poderes públicos una exquisita neutralidad en los aspectos ideológicos o religiosos, y, de otro, porque la Carta Magna somete especialmente a las Administraciones al principio de legalidad, lo que conlleva el particular sometimiento a la legislación vigente y, en concreto, en lo que aquí nos interesa, al deber de todas las Administraciones sanitarias de hacer efectivo *in situ* el derecho de los ciudadanos a acceder a los servicios sanitarios públicos asegurando y facilitando las prestaciones sanitarias legalmente establecidas, pues así lo manda la legislación sanitaria.

Entonces, a falta de personal sanitario de los propios centros o servicios dispuesto a practicar la intervención, antes de enviar los o las pacientes a otras Comunidades Autónomas, la Administración sanitaria debe contratar personal sanitario ajeno a sus instituciones dispuesto a practicar la intervención en los propios centros de esa Administración sanitaria.

## **6. La necesaria regulación jurídica de la objeción de conciencia.**

### **A. Panorama actual.**

Ya hemos constatado la total ausencia de regulación jurídica de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario. En estos momentos, no disponemos de norma estatal<sup>9</sup> o autonómica alguna que aborde la regulación de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, ni tan siquiera de manera parcial. Como hemos visto, alguna ley autonómica hace una sucinta y esporádica alusión a la objeción de conciencia en el concreto ámbito de las voluntades anticipadas, pero nada más.<sup>10</sup> De otro lado, tenemos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce la objeción de conciencia, pero remite a legislador ordinario de cada Estado miembro la regulación de su ejercicio.

Esta situación de total vacío normativo ciertamente no es deseable pues la objeción de conciencia, como hemos constatado, se está extendiendo a muchos otros ámbitos clínicos y de investigación<sup>11</sup>, por lo que se hace muy conveniente la existencia de una regulación que la delimite convenientemente y la encauce estableciendo los procedimientos para hacerla efectiva. No se me oculta la dificultad de abordar globalmente tal regulación, pero es necesaria. Así lo ha declarado el propio Tribunal Constitucional. Disponer de esa regulación aportará la seguridad jurídica de que tan necesitada está su ejercicio.

### **B. Rango normativo.**

Atendiendo a la jurisprudencia citada, parece indudable que es la ley ordinaria, no la orgánica, la norma adecuada para regular el ejercicio de la objeción de conciencia. Entiendo que, sin perjuicio de que pueda promulgarse

<sup>9</sup> Parece que en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de la autonomía del paciente, debió haberse regulado, en sus aspectos esenciales, la objeción de conciencia. Sin embargo, no se hizo, perdiéndose así una muy buena oportunidad.

<sup>10</sup> En Boletín Oficial del Parlamento Foral de Navarra, núm. 40, de 10 de mayo de 2004, aparece una pregunta formulada por un parlamentario foral al Gobierno en la que se pregunta sobre los profesionales y áreas sanitarias a los que puede afectar la objeción de conciencia y cuáles son las normas establecidas para encauzar estas cuestiones. La respuesta, publicada en el Boletín de la Cámara, núm. 87, de 21 de octubre de 2004, se limita a decir que la Administración garantiza el derecho a la objeción de conciencia y que pone los medios adecuados para garantizar la prestación sanitaria solicitada. No hace referencia a normativa alguna, ni concreta ámbitos, límites, procedimientos, etc. Esta realidad creo que es extensible a todas las Comunidades Autónomas.

<sup>11</sup> El actual posicionamiento activo de la Conferencia Episcopal en estos temas, indudablemente va a fomentar enormemente el ejercicio por profesionales sanitarios practicantes de la objeción de conciencia.

una ley estatal de carácter básico con apoyo en el artículo 149.1.1 CE, los Parlamentos Autonómicos pueden y deben abordar la elaboración de una ley estableciendo el régimen jurídico de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, científico, etc. A su vez, la ley podrá remitir al reglamento la regulación del procedimiento y de las alternativas dirigidas a garantizar la prestación de que se trate.

### **C. Contenidos mínimos de la regulación.**

La legislación que regule la objeción de conciencia deberá abordar, al menos, los siguientes aspectos:

1. Conceptuación de la objeción de conciencia.

2. Requisitos de ejercicio (sinceridad, convicción, reiteración, etc. en la objeción de conciencia. Se trata de evitar la “objeción de conveniencia”).

3. Creación de un Consejo o Comité de Objeción de Conciencia, determinando su composición, competencia y funcionamiento.

4. Delimitación de los ámbitos clínicos y de investigación sensibles a la objeción de conciencia.

5. Delimitación en lo posible y sin perjuicio de admitir otros supuestos no contemplados en la ley, del personal sanitario legitimado para declararse y ejercer la objeción de conciencia.

6. Procedimiento.

7. Renuncias, incumplimientos, etc.

8. Procedimientos alternativos dirigidos a garantizar en el propio centro o, en su caso, en la propia área sanitaria la efectividad de la prestación solicitada y objetada.

## **CONCLUSIONES SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA**

1. La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios carece actualmente de una regulación legal estatal o autonómica que perfile, siquiera en sus elementos esenciales, su régimen jurídico. La jurisprudencia habida al respecto es muy poca, excesivamente parca y, además, difusa y evolutiva. Es, pues, totalmente insuficiente a efectos de poder perfilar con seguridad y garantías el régimen jurídico en el que debe desenvolverse su ejercicio. No obstante, lo que sí ha reclamado esta jurisprudencia es su regulación mediante ley ordinaria.

2. Debido a los avances de la biomedicina y a sus trascendentes implicaciones en el ámbito asistencial e investigador, respecto de las que no es fácil mantener una

neutralidad ética, cada vez son más amplios los campos y más frecuentes los episodios en los que los profesionales sanitarios, ya no sólo el médico sino también otros colectivos de la sanidad, se plantean ejercer la objeción de conciencia.

3. Ante la constatación de esta realidad y del vacío normativo existente al respecto, resulta aconsejable que por los legisladores autonómicos, incluso por el estatal también, se elaboren, aprueben y promulguen respectivas leyes ordinarias estableciendo suficientemente el régimen jurídico de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario.

4. La legislación reguladora la objeción de conciencia deberá abordar, al menos, los siguientes aspectos:

- Conceptuación de la objeción de conciencia.
- Requisitos de ejercicio (sinceridad, convicción, reiteración, etc. en la objeción de conciencia. Se trata de evitar la “objeción de conveniencia”).

- Creación de Consejos o Comités de Objeción de Conciencia, determinando su composición, competencia y funcionamiento.

- Delimitación de los ámbitos clínicos y de investigación sensibles a la objeción de conciencia.

- Delimitación en lo posible y sin perjuicio de admitir otros supuestos no contemplados en la ley, del personal sanitario legitimado para declararse y ejercer la objeción de conciencia.

- Procedimiento para su ejercicio.

- Renuncias, incumplimientos, etc.

- Procedimientos alternativos dirigidos a garantizar en el propio centro o, en su caso, en la propia área sanitaria la efectividad de la prestación solicitada y objetada.

# PENUMBRA NORMATIVA PARA EL CONOCIMIENTO DE LA SEGURIDAD OBLIGADA EN LA PRESTACION FARMACEUTICA.

*Subdirección de Gestión Farmacéutica  
Dirección General de Asistencia Sanitaria  
del Servicio Extremeño de Salud.*

Esquema, en forma de sorites:

- 1) La prestación farmacéutica, para ser de verdad, debe cumplir con los cuatro criterios del URM. Uno es la seguridad de los medicamentos (adjunto normativa estatal), que no acaba con la fase III de investigación, que es la exigida para el registro y comercialización. Los fármacos salen en libertad condicional y para conocerlos bien hay que vigilarlos en la fase IV (farmacovigilancia), después de su registro y comercialización.
- 2) El conocimiento de la seguridad de los medicamentos es un derecho de los ciudadanos (adjunto normativa derechos de los usuarios).
- 3) Ese derecho del conocimiento de la seguridad de los medicamentos se exige por la normativa estatal sobre sanidad y medicamentos, y los requisitos legales para llevar a cabo ese conocimiento están en las normas de desarrollo estatal y sus efectos autonómicos (adjunto normativa estatal).
- 4) En este escenario de búsqueda de conocimiento, muchas abejas acuden a un panal que puede dar pingües beneficios económicos. El promotor mayoritario del conocimiento de la seguridad de medicamentos es la Industria Farmacéutica, cuyos fines de conocimiento se confunden con los comerciales, por lo que sus solicitudes pueden equivocar las expectativas y decisiones de las autoridades y gestores sanitarios (adjunto un ejemplos).
- 5) Aunque es un asunto difícil, los Servicios de Salud hemos formado a expertos que saben diferenciar las solicitudes éticas de las que faltan a la ética que inducen la prescripción (adjunto justificación técnica de los tres supuestos en los que es necesario un estudio observacional).
- 6) Hay estudios éticos cuyos resultados interesan a los usuarios porque verdaderamente aumentan el conocimiento científico. Otros, incluso, son obligatorios desde la AEM o la EMEA (adjunto tres ejemplos).
- 8) Los profesionales sanitarios tienen entre sus funciones obligatorias la de investigación (adjunto normativa estatal).
- 9) La normativa actual no aclara el mecanismo de cobro de los investigadores (ni siquiera a través de las Fundaciones), lo cual supone una penumbra, retroceso o desistimiento de llevar a cabo estudios observacionales de verdadero interés (adjunto normativa estatal)
- 10) ¿Alguien conoce algún sendero interpretativo que elimine la penumbra y que puedan fluir los estudios de verdadero interés?

## I. INTRODUCCIÓN.

Cualquier clínico intuye que la seguridad de los medicamentos forma parte de las aspiraciones de la “prestación farmacéutica”, pero, ¿es verdad que es una necesidad clínica?

Y si ello fuere verdad, ¿sería un derecho de los usuarios el mayor conocimiento de esa seguridad?

Y si ello también fuere cierto, ¿la normativa vigente lo facilita y fomenta?

Como un “*amateur*” que se mueve en la periferia del Derecho, haré un viaje circular imaginario visitando los puntos básicos más significativos que responden a esos interrogantes.

Y, finalmente, si mi imaginario viaje me detiene en un punto que yo concibo incompatible en sus expectativas con el normal fluir de la conducta humana común, pediré músculo e ideas a los contertulios para remover los obstá-

culos que me apunten un sendero por el que pueda concluir el círculo de una actividad humana.

## **II. LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA SE FUNDAMENTA EN LOS CUATRO PRINCIPIOS DEL USO RACIONAL DEL MEDICAMENTO.**

### **A) EL CONOCIMIENTO DE LA SEGURIDAD DE LOS MEDICAMENTOS ES FUNDAMENTO DE LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA.**

Según el artículo 16° de la Ley 16/2003, de 18 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, “La prestación farmacéutica comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad. Esta prestación se regirá por lo dispuesto en la *Ley 25/1990, de 20 de diciembre*, del Medicamento, y por la normativa en materia de productos sanitarios y demás disposiciones aplicables”.

Si acudimos a la citada Ley del Medicamento, efectivamente encontramos que obliga a respetar cuatro los principios de Uso Racional del Medicamento; a saber: eficacia (o efectividad), seguridad, adecuación y coste (este cuarto principio, citado de forma tácita en la Ley, pero de forma expresa en la Ley General de Sanidad).

Veamos algunos textos entresacados del articulado, en los que yo subrayo lo que más interesa en esta charla.

### **B) ESCORZOS DE LA NORMATIVA ESTATAL RELACIONADOS CON LA SEGURIDAD DE LOS MEDICAMENTOS.**

#### **Ley 26/1984, General para la defensa de los consumidores y usuarios. Artículo 2.**

1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.

b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.

#### **Ley 14/1986, General de Sanidad. Artículo 7.**

Los servicios sanitarios, así como los administrativos, económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad.

#### **Ley 25/1990, del Medicamento. Artículo 1 (ámbito de aplicación de la Ley).**

1. La Ley regula, en el ámbito de competencias que corresponden al Estado, la fabricación, elaboración, control de calidad, circulación, distribución, régimen de precios, comercialización, información y publicidad, importación, exportación, almacenamiento, prescripción, dispensación, evaluación, autorización y registro de los medicamentos de uso humano y veterinario, así como la ordenación de su uso racional y la intervención de estupefacientes y psicótropos. La regulación también se extiende a las sustancias, excipientes y materiales utilizados para su fabricación, preparación o envasado.

(../..)

3. Igualmente y dentro del ámbito de competencias que corresponden al Estado, la presente Ley regula los principios, normas, criterios y exigencias básicas sobre la eficacia, seguridad y calidad de los productos sanitarios y de higiene personal.

#### **Ley 25/1990, del Medicamento. Artículo 3 (obligación de suministro y dispensación).**

(../..) 3. La prescripción y dispensación de medicamentos deberá realizarse de acuerdo con los criterios básicos de uso racional que se establecen en esta Ley.

#### **Ley 25/1990, del Medicamento. Artículo 10 (condiciones para la autorización de especialidades farmacéuticas).**

1°. Se otorgará autorización sanitaria a una especialidad farmacéutica si satisface las siguientes condiciones:

a) Ser segura, es decir, cuando en condiciones normales de utilización no produce efectos tóxicos o indeseables desproporcionados al beneficio que procura.

#### **Ley 25/1990, del Medicamento. Artículo 12 (garantías de seguridad, no toxicidad o tolerancia).**

1. Las especialidades farmacéuticas y sustancias medicinales que las compongan serán objeto de estudios toxicológicos que permitan garantizar su seguridad en

condiciones normales de uso y que estarán en relación con la duración prevista del tratamiento.

2. Estos estudios comprenderán ensayos de toxicidad aguda y crónica, ensayos de teratogenia, embriotoxicidad, fertilidad, ensayos de mutagénesis y, cuando sean necesarios, de carcinogénesis y, en general, aquellos otros que se consideren necesarios para una correcta evaluación de la seguridad y tolerancia de un medicamento en condiciones normales de uso y en función de la duración del tratamiento.

#### **Ley 25/1990, del Medicamento. Título III (de los ensayos clínicos). Artículo 59 (definición).**

1. A los efectos de esta Ley, se entiende por ensayo clínico toda investigación efectuada en seres humanos, con el fin de determinar o confirmar los efectos clínicos, farmacológicos, y/o demás efectos farmacodinámicos, y/o de detectar las reacciones adversas, y/o de estudiar la absorción, distribución, metabolismo y eliminación de uno o varios medicamentos en investigación con el fin de determinar su inocuidad y/o su eficacia.

2. No estarán sometidos a lo dispuesto en el presente capítulo los estudios observacionales. A los efectos de esta Ley, se entiende por estudio observacional el estudio en el que los medicamentos se prescriben de la manera habitual, de acuerdo con las condiciones normales de la práctica clínica. La asignación de un paciente a una estrategia terapéutica concreta no estará decidida de antemano por un protocolo de ensayo, sino que estará determinada por la práctica habitual de la medicina, y la decisión de prescribir un medicamento determinado estará claramente dissociada de la decisión de incluir al paciente en el estudio. No se aplicará a los pacientes ninguna intervención, ya sea diagnóstica o de seguimiento, que no sea la habitual de la práctica clínica, y se utilizarán métodos epidemiológicos para el análisis de los datos recogidos.

**Ley 25/1990, del Medicamento. Artículo 87 (funciones para garantizar el uso racional del medicamento en la atención primaria).**

Se consideran funciones que garantizan el uso racional de los medicamentos en la atención primaria a la salud las siguientes: (...)

c) Información sobre la medicación a los pacientes, seguimiento de los tratamientos y farmacovigilancia.

#### **Ley 25/1990, del Medicamento. Artículo 93 (principio de igualdad territorial y procedimiento coordinado).**

1. Se reconoce el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio

nacional dentro del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias.

#### **Real Decreto 711/2002, de 19 de julio, de farmacovigilancia de medicamentos de uso humano. Capítulo V (de los estudios post-autorización). Artículo 18 (régimen aplicable).**

1. Los estudios post-autorización deberán tener como finalidad el complementar la información obtenida durante el desarrollo clínico de los medicamentos previo a su autorización. No se planificarán, realizarán o financiarán estudios post-autorización con la finalidad de promover la prescripción de los medicamentos.

2. Los estudios post-autorización de tipo observacional se llevarán a cabo de acuerdo con las condiciones que establezcan las Administraciones sanitarias en el ámbito de sus competencias.

#### **Circular N° 12/2002, de la Agencia Española del Medicamento, para organizar determinados aspectos del Real Decreto 711/2002.**

5. Estudios post-autorización de tipo observacional. La normativa por la que se rige el control administrativo de este tipo de estudios viene dada por lo dispuesto el artículo 18 del Real Decreto 711/2002 y por el desarrollo reglamentario que del mismo realicen las autoridades sanitarias autonómicas.

### **III. CUÁNDO SON NECESARIOS LOS ESTUDIOS OBSERVACIONALES.**

Los estudios observacionales son necesarios en los casos en los que la ensayo clínico (aleatorizado y controlado) tiene limitaciones de factibilidad, bien por ser *innecesario, inapropiado o imposible.*

#### **A) ENSAYO CLÍNICO INNECESARIO.**

Ensayo clínico es innecesario cuando se quiere evaluar el efecto de una intervención o dicho efecto es muy grande. En este caso, la posibilidad de que exista algún factor de confusión que justifique las diferencias entre los grupos de estudio es tan pequeña que se puede ignorar. Así, por ejemplo, si se pretende evaluar el efecto de la penicilina en las infecciones bacterianas en dos grupos de personas, o el efecto de tiroxina en dos grupos de pacientes con hipotiroidismo, o la insulina en dos grupos de pacientes diabéticos insulínodpendientes, o la anestesia

en intervenciones quirúrgicas o la inmovilización de fracturas óseas, en todos estos casos ensayo clínico puede ser innecesario, siendo suficiente un estudio observacional.

### **B) ENSAYO CLÍNICO INAPROPIADO.**

1) Ensayo clínico puede ser inapropiado en distintas situaciones. Si el objetivo de un estudio es evaluar la presencia de efectos adversos poco frecuentes, el uso de un ensayo clínico, en los que habitualmente se incluyen un número muy reducido de pacientes, únicamente permite evaluar con suficiente precisión los efectos adversos muy frecuentes. Los estudios observacionales de farmacovigilancia son los únicos estudios que permiten evaluar con precisión la seguridad de las intervenciones en condiciones de práctica clínica habitual. A modo de ejemplo, a pesar de los ensayos clínicos realizados con benoxaprofeno (Opren®) en los que se incluyeron alrededor de 3.000 pacientes, el fármaco fue excluido del Reino Unido dos años después de su comercialización por la presencia de efectos adversos con resultados de muerte. Otro ejemplo actual es el de la cerivastatina y el del rofecoxib

2) En segundo lugar, ensayo clínico es inapropiada cuando las intervenciones a evaluar van destinadas a prevenir casos que se presentan con baja frecuencia. El uso de un ensayo clínico requeriría la inclusión de un gran número de pacientes, lo que aumenta de forma exponencial el coste y las limitaciones éticas de la investigación. Así por ejemplo, si el objetivo de un estudio es evaluar el efecto de la posición en la que duerme un bebé sobre la aparición de muerte súbita, planificar un ensayo clínico convertiría el objetivo en no evaluable, en este caso el diseño óptimo sería un estudio observacional de casos y controles.

3) Por otro lado, ensayo clínico es inapropiado cuando el efecto de la intervención no se puede evaluar a corto o medio plazo y es necesario realizar un seguimiento muy largo de los pacientes del estudio. Así, por ejemplo, el ensayo clínico puede no ser apropiado cuando lo que se pretende es valorar las consecuencias o efectos adversos a largo plazo de los contraceptivos orales o el efecto del tratamiento hormonal sustitutivo en la prevención de fractura de fémur.

4) En último lugar, ensayo clínico es también inapropiado cuando la aleatorización de la intervención sanitaria reduce la efectividad de la misma. Esto ocurre cuando la efectividad depende de la participación activa de los sujetos, que está relacionada con sus creencias o con sus preferencias. La psicoterapia, por ejemplo, requiere una par-

ticipación activa del paciente. En el caso de que el tratamiento sea aleatorizado, puede que algunos pacientes que prefieran no recibir psicoterapia sean asignados al grupo de tratamiento sin que éstos participen activamente, por lo que el efecto de la intervención se infravalora. Lo mismo ocurre en intervenciones en las que el médico tiene preferencias y estas pueden afectar a la evaluación de los resultados.

### **C) ENSAYO CLÍNICO IMPOSIBLE.**

1) Ensayo clínico es imposible de realizar cuando existe una alta renuencia por parte de los médicos o de los pacientes a participar en el estudio por el hecho de que la intervención a recibir sea asignada de forma aleatoria. Así, por ejemplo, cuando una intervención puede provocar efectos adversos graves, los pacientes pueden no estar dispuestos a que se les prescriba dicha intervención de forma aleatoria. En cuanto a la renuencia por parte de los médicos, un ejemplo podría ser la realización de una nueva técnica quirúrgica para la incontinencia urinaria, dado que tiene poca aceptación por parte de los médicos.

2) Ensayo clínico es también imposible de realizar cuando existen limitaciones éticas, políticas o legales, en cuyo caso es necesario buscar diseños alternativos en estudios observacionales que no presenten dichas limitaciones.

## **IV. EJEMPLOS DE ESTUDIOS OBSERVACIONALES AUTORIZABLES Y DENEGABLES EN EL SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD.**

### **A) CRITERIOS PARA LA AUTORIZACIÓN O DENEGACIÓN DE ESTUDIOS OBSERVACIONALES POR UN SERVICIO DE SALUD.**

Para la autorización o denegación por el Servicio de Salud de la solicitud de estudios observacionales se tendrá en cuenta:

1) Que la realización del estudio pueda resultar adecuada o inadecuada en función de la carga asistencial de los profesionales propuestos.

2) Que por causas distintas a la anteriormente mencionada, en los centros sanitarios propuestos se reúnan o no las condiciones adecuadas para la realización del estudio.

3) Que el medicamento que interviene en el Estudio se encuentre o no incluido en las Guías Farmacoterapéuticas de los centros sanitarios en los cuales se solicita llevarlo a cabo.

4) Que el medicamento que interviene en el Estudio, aun encontrándose incluido en las mencionadas Guías Farmacoterapéuticas, tenga en ellas restringida su inclusión para indicaciones que no coincidan con las del estudio.

5) Que por el medicamento que intervenga en el Estudio, por el estudio en sí o por los objetivos perseguidos, se pueda inducir la prescripción de los médicos o producir innecesarios aumentos de la demanda de los usuarios una vez finalizado el estudio.

6) Que por el medicamento que intervenga en el Estudio, por el estudio en sí o por los objetivos perseguidos, se pueda generar la obligación a nuevas compras para los Servicios de Farmacia, o provocar aumentos de su estocaje.

7) Que los objetivos del estudio puedan cumplirse o no en función del número de pacientes susceptibles de ser captados, o por un inadecuado diseño del protocolo.

8) Que pueda estimarse que los objetivos perseguidos por el Estudio sean nulos o irrelevantes para el aumento del conocimiento científico.

9) Que los medicamentos que intervienen en el Estudio o los objetivos perseguidos se ajusten o no a las estrategias de Uso Racional del Medicamento contenidos en el Plan de Salud de la Comunidad Autónoma, en la normativa vigente autonómica en o en la planificación organizativa del Servicio de Salud.

### **A) EJEMPLO DE ESTUDIO DENEGABLE A LA SOLICITUD DE UN PROMOTOR DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA<sup>1</sup>**

Por varias causas, entre otras por el riesgo de inducir un desplazamiento de la buena prescripción de medicamentos genéricos, sería denegable por el SES el *“Estudio de seguridad y adherencia al tratamiento con fluoxetina en su nueva presentación de 90 mg de administración semanal en cápsulas duras frente fluoxetina 20 mg/día en pacientes con depresión mayor en fase de remisión”*.

<sup>1</sup> *Farmaindustria ocupa el segundo puesto en I+D de toda España, llegando al 10% del total español.*

### **B) EJEMPLO DE ESTUDIO AUTORIZABLE A LA SOLICITUD DE UN PROMOTOR DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA.**

1) Por estimarse la necesidad de aumentar el conocimiento de la farmacogenética, sería autorizable por el SES el *“Estudio de la relación de perfiles genéticos y la respuesta al tratamiento con fluvastatina de pacientes en prevención primaria de la enfermedad cardiovascular”*.

2) Por estimarse la necesidad de aumentar el conocimiento de la inhibición de la fase M de la mitosis (el irinotecán inhibe la topoisomerasa I) en combinación con la inhibición de la fase S de la mitosis (el 5-fluorouracilo inhibe la formación del ácido ribonucleico), sería autorizable el *“Estudio de irinotecán en combinación con 5-fluorouracilo en infusión continua de 48 horas como tratamiento de primera línea de carcinoma colorrectal avanzado o metastásico”*.

### **C) EJEMPLO DE ESTUDIO DE OBLIGATORIA AUTORIZACIÓN POR MANDATO DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DEL MEDICAMENTO.**

**De:** Jefe de la División de Farmacoepidemiología y Farmacovigilancia. Agencia Española de Medicamento.

**A:** Responsables de Comunidades Autónomas de Estudios Observacionales

**Asunto:** Ruego remoción de obstáculos para la autorización de un Estudio observacional post-autorización por mandato de la Agencia Europea de Evaluación de Medicamentos (EMA).

Estudio SITS-MOST (BOE-ALT-2003-01), cuyo promotor es Boehringer Ingelheim España S.A. Este estudio multicéntrico y de ámbito europeo pretende determinar la seguridad del tratamiento con *alteplasa* (Actilyse®) en condiciones clínicas rutinarias en forma de perfusión IV dentro de las tres primeras horas posteriores al inicio de un Ictus isquémico agudo. El fármaco en estudio ha sido aprobado por la EMA para el tratamiento fibrinolítico del infarto isquémico agudo dentro de las tres horas siguientes a la aparición de los síntomas del ataque, y tras descartar previamente una hemorragia intracraneal. Esta aprobación, sin embargo, ha tenido como condición por parte de la EMA, la realización de dos estudios, el SITS-MOST, el estudio observacional, antes mencionado, y el ECASS-III, un ensayo clínico.

## **V. SOBRE EL PERSONAL ESTATUTARIO O FUNCIONARIO QUE PARTICIPA EN LA INVESTIGACIÓN.**

### **A) LOS PROFESIONALES SANITARIOS TIENEN OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA, DOCENCIA E INVESTIGACIÓN<sup>2</sup>.**

La Ley General de Sanidad (en su Título V) y la Ley del Medicamento (Títulos III y VII) aluden a la investigación como una de las funciones para la mejora de la calidad sanitaria y del conocimiento del medicamento, respectivamente. Pero destaco dos párrafos de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre. Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, en cuyo artículo 4 (principios generales) dice así: “3. Los profesionales sanitarios desarrollan, entre otras, funciones en los ámbitos asistencial, investigador, docente, de gestión clínica, de prevención y de información y educación sanitarias. 4. Corresponde a todas las profesiones sanitarias participar activamente en proyectos que puedan beneficiar la salud y el bienestar de las personas en situaciones de salud y enfermedad, especialmente en el campo de la prevención de enfermedades, de la educación sanitaria, de la investigación y del intercambio de información con otros profesionales y con las autoridades sanitarias, para mejor garantía de dichas finalidades”.

### **B) LA NORMATIVA ACTUAL OBSTACULIZA INVESTIGACIONES PORQUE EL NORMAL COBRO POR LOS PROFESIONALES SANITARIOS NO ESTÁ RESUELTO.**

Es habitual que la investigación y la labor asistencial se fundan y confundan en el mismo acto sanitario. En muchas ocasiones los profesionales sanitarios participan en determinadas investigaciones sin esperar (ni exigir) ninguna remuneración económica. Sin embargo, en otras muchas, la magnitud de la investigación exige una importante cantidad y calidad de tiempo.

Supongamos que un promotor externo al Servicio de Salud (o la misma Agencia Española del Medicamento)

---

<sup>2</sup> Como dato, la Comunidad de Madrid tiene 20.000 investigadores, 4.000 de ellos son de ciencias biomédicas. Esta Comunidad invierte el 1,9% de su PIB en investigación (lo que supone el 34% de toda España), frente a la media española que es del 0,97% del PIB y frente a la media comunitaria que es del 1,93%. La Unión Europea quiere que este porcentaje llegue al 3% del PIB en el año 2010.

propone a un Servicio Clínico una investigación necesaria a través de la participación de personal sanitario en un estudio observacional post-autorización. Una de los obstáculos para que esta labor pueda llevarse a feliz término es la duda de cómo van a cobrar por su participación en el mencionado estudio, cuando previamente éste ha sido autorizado legalmente por al Gerencia?

Podría concebirse como que el investigador, con su participación, podría estar realizando una actividad profesional ajena a su actividad pública como personal estatutario o funcionario, por lo que su remuneración estaría previamente sujeta a obtener la compatibilidad para hacer una actividad privada compatible con el ejercicio público de su plaza. Tal interpretación proviene de seguir la veta de la Ley 53/1984<sup>3</sup> de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que en su artículo 14º señala que: “*el ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las administraciones públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad*”. Los artículos 6º y 16º.3, puestos en relación, concluyen que “*(...) excepcionalmente se podrá autorizar la compatibilidad para el ejercicio de actividades de investigación de carácter no permanente o de asesoramiento, que no correspondan a las funciones del personal adscrito (...)*”.

Sin embargo, esta veta interpretativa entra en conflicto con la ubérrima, aunque imprecisa, normativa citada anteriormente que interpreta la investigación como una función más de los profesionales sanitarios, tan función como la asistencial o la preventiva.

Las Fundaciones relacionadas con la investigación son un modelo de gestión y estiran la legislación hasta sus límites, porque en su ética es un valor superior la investigación en salud (dinámica e imparable) a las de la función pública, la de incompatibilidades y la del estatuto marco (todas ellas más estáticas, y probablemente periclitadas en determinados aspectos). Pero la elasticidad a la que se han acogido las Fundaciones no ha resuelto el interrogante de la antinomia legal.

Si el viaje imaginario por el que les ha llevado este *amateur* es correcto, ¿qué proponen los asistentes de esta sala para aclarar el sendero a seguir?

---

<sup>3</sup> El RD 598/1985 desarrolla aspectos de la Ley 53/1984.

## VI. CONCLUSIONES.

Dado que la conducta humana está controlada por el medio, si se quiere modificar deben dirigirse los esfuerzos a cambiar el medio que la controla, en lugar de dirigirse a modificar posibles “aspectos internos” de la persona.

La realización de las conductas operantes está controlada por sus consecuencias; por lo tanto, se volverán a repetir si el resultado que se obtiene es positivo (el medio cambia en la dirección deseada) y no lo harán si los resultados no producen los cambios deseados en el medio. Para controlar esas conductas en el futuro (en el presente no es posible, pues la conducta ya se ha producido) se necesita cierto control sobre sus consecuencias. Si se desea que aumente: refuerzo positivo, refuerzo negativo y recuperación. Si se desea que disminuya: castigo positivo, castigo negativo y extinción. No obstante, los efectos de estos procedimientos no son iguales, y aunque en general se puede controlar una conducta operante con estímulos positivos (premios) y con estímulos aversivos (castigos), el control es mucho más seguro si se utilizan los primeros. Por ello, para aumentar una conducta, es mejor utilizar un refuerzo positivo, y, además, dejando pasar el menor tiempo posible entre las consecuencias y el refuerzo positivo.

Para el interrogante suscitado, la entrega de una *productividad variable* es la mejor solución que puede encontrarse en la normativa actualmente vigente. La productividad variable iría como un concepto más, junto con el grado de logros en el control de la “incapacidad temporal”, en el “gasto farmacéutico”, etc. Sin embargo, el co-

bro iría en la nómina dos veces por año, lo que aleja mucho en el tiempo el estímulo positivo de la conducta operante que desea reforzarse (corre el riesgo de extinción). Y, además, la consecución de una productividad variable por un gestor sanitario, para reforzar conductas que se dirijan a cumplir objetivos que exceden de la práctica habitual del medio circundante, le supone un previo camino muy tortuoso, ya que este gestor: a) debe vencer la contumaz tendencia de los sindicatos a que se distingán y premien las conductas más ejemplarizantes; y b) tiene que persuadir a la Consejería de Hacienda para que, una vez cobradas las aportaciones de promotores externos por la Dirección General de Ingresos, una parte pueda revertir para la disponibilidad de su gestión.

El aparentemente mejor camino que permite la normativa actual contiene demasiados obstáculos para que los profesionales de los Servicios de Salud lleven a cabo investigaciones que puedan aportar a la sociedad nuevos, útiles y rentables conocimientos. El conocimiento que consigan otros con derechos de patente supondrá una pérdida de coste-oportunidad para la sociedad que se mantenga al margen de la búsqueda de conocimiento a través de la investigación.

Es necesario, y va siendo urgente, que administradores y gestores sanitarios unan sus esfuerzos eliminar los obstáculos anteriormente resumidos bien sea esforzándose en buscar nuevas vetas interpretativas contenidas en la normativa actual, bien sea proyectando y elaborando nuevas normas autonómicas y estatales.



# EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS. LA ACCION DIRECTA

*Manuel Pérez Piñas.*

## **1. Introducción.**

Los análisis jurídicos sobre el contrato de seguro concertado por las Administraciones Públicas Sanitarias para hacer frente a las indemnizaciones que puedan proceder como consecuencia de la existencia o declaración judicial de responsabilidad patrimonial de las mismas, suelen conceder escaso interés al debate de las ideas, referido éste a las diversas concepciones de lo que es, o debe ser, una Administración Pública, los principios político-constitucionales que dan sentido a su existencia y que fundamentan su actuación.

El panorama actual del tema que nos ocupa, tras las sucesivas reformas emprendidas por el legislador –la última de ellas, la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003, de reforma de la LOPJ-, es confuso. Las previsiones contenidas en los artículos 9.4 de la LOPJ, 2 e) y 21.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras la reforma citada, parecen más bien un correctivo del Parlamento a los devaneos jurisdiccionales de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo, por sus planteamientos reflejados en los Autos de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002.

## **2. La posibilidad de asegurar la responsabilidad patrimonial de la Administración.**

Es evidente que el ordenamiento jurídico siempre va a la retaguardia de la realidad social que viene a regular, y que la pujanza del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración no admite discusiones en cuanto a su existencia. Otra cuestión es el grado de

satisfacción que nos pueda producir tal realidad y si esa posibilidad socialmente arraigada tiene un fundamento jurídico coherente y sólido.

La primera cuestión que surge, ineludiblemente, es si tiene justificación que la Administración asegure su responsabilidad patrimonial, dada la presunción de solvencia económica de aquélla. Si hablamos de justificación económica, creo que no es un buen negocio para la Administración, dadas las primas exigidas por las compañías, sobre todo en los seguros que conciertan las administraciones públicas sanitarias.

No obstante, la naturaleza de la razón que pesa sobre la decisión de la Administración al suscribir un contrato que asegure su responsabilidad patrimonial es, como acertadamente sostiene BUSTO LAGO<sup>1</sup>, de gestión presupuestaria, “...y ello porque las primas de seguros de responsabilidad civil, por elevadas que éstas puedan ser, son presupuestariamente previsibles, mientras que asumir el riesgo que supone el soportar directamente el pago de las indemnizaciones a las que haya de hacerse frente en virtud de los daños que resulten imputables a la Administración de que se trate introduce factores imprevisibles sólo cuantificables estadísticamente”.

Siendo esa justificación comprensible desde esa perspectiva, creo, no obstante, que la posibilidad de asegurar la responsabilidad patrimonial de la Administración carece, con el marco normativo actual, de mejor fundamento, por falta de una regulación normativa específica, adaptada a los principios del Derecho Administrativo, a

---

<sup>1</sup> Busto Lago, José Manuel, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones públicas: la acción directa contra la compañía aseguradora*, Aranzadi Civil n° 22/2001

las reglas de los contratos administrativos y a los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial.<sup>2</sup>

Precisamente, hemos asistido como espectadores a esta consolidada realidad, observando cómo se ha producido un inadecuado trasvase del esquema de la responsabilidad civil extracontractual<sup>3</sup> (y del contrato de seguro que viene a cubrir el citado riesgo) a la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando ambos institutos, aunque tengan una razón filosófica coincidente, se inspiran en principios y se regulan en regímenes jurídicos bien distintos, no siendo indiferente, a mi juicio, el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por mucho que gran parte de la doctrina civil siga insistiendo en que responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad patrimonial son una misma cosa.

En definitiva, la cuestión que se plantea no es si es posible el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino si es solvente, en términos jurídicos, llevarlo a efecto bajo los imperantes esquemas actuales, diseñados para la responsabilidad civil, de naturaleza privada, lo que choca no sólo con la regulación adjetiva de la responsabilidad administrativa, sino que también interfiere el ejercicio de potestades reconocidas por la Constitución Española a la Administración.

En este sentido el artículo 106.2 CE, consagra el derecho de los particulares a ser indemnizados, en los términos que la ley establezca, por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y el artículo 149.1.18 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

Ello ha tenido su plasmación en el Título X de la Ley 30/1992, que en su art. 142.2 establece que corresponde resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los órganos correspondientes de las CC.AA, por lo que se trata de una competencia administrativa evidente, y la Administración no puede renunciar a ella, conforme al artículo 12 de la Ley 30/92.

---

<sup>2</sup> Una buena oportunidad puede venir con la publicación de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (D.O.C.E. 30-4-2004), que alude en el art. 1.2. d) a los contratos públicos de servicios, refiriéndose expresamente a servicios de seguros y servicios bancarios o de inversión (Anexo II)

<sup>3</sup> Nada objetable si nos referimos a la responsabilidad civil derivada del delito de autoridades o funcionarios al servicio de la Administración

Desde esta perspectiva, y como ya puso de manifiesto el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 2/2001, la actuación de un particular –en este caso, una compañía de seguros- en un procedimiento de responsabilidad patrimonial puede suponer una merma fundamental de las garantías de los ciudadanos, así como la vulneración flagrante de algunos de sus derechos, que entroncan con el derecho constitucional a la intimidad y que también se recogen en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad y en la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.<sup>4</sup>

Por último, nos resta decir que la Administración está obligada -art.42.1 Ley 30/92- a dictar resolución expresa y la importancia de esta obligación determina que el mismo precepto invocado en su apartado 7 disponga la responsabilidad de los funcionarios y de los titulares de los órganos administrativos en los casos de incumplimiento de aquélla.

Resulta claramente perturbador las interferencias que las compañías de seguros producen en la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. La legítima obtención de beneficios comerciales no justifica ni el ofrecimiento directo de indemnizaciones por parte de las citadas compañías ni la oficialización de las llamadas “comisiones de seguimiento”, en las que la posición de las aseguradoras puede bloquear el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial por la propia Administración, o el quantum indemnizatorio que ésta ha considerado adecuado para reparar la integridad del daño causado por el funcionamiento del servicio público.

Como conclusión, se hace necesaria una regulación jurídica específica de los contratos de seguro a celebrar por las administraciones públicas para cubrir la responsabilidad patrimonial, atendiendo, en la medida de lo posible, al giro o tráfico de aquéllas o estableciendo, como expone GAMERO CASADO<sup>5</sup> diferentes regímenes jurídicos, según la materia, regulación que debe contemplar la regulación jurídica adjetiva y sustancial de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

---

<sup>4</sup> Confróntese con el tratamiento del acceso a la historia clínica que se regula en esta última

<sup>5</sup> Gamero Casado, Eduardo, Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, REDA, nº 103, julio/septiembre de 1999

### **3. Acción directa contra el asegurador (art.76 de la Ley 50/80 de 8 de octubre)**

Se trata de un derecho que el ordenamiento jurídico ofrece a los ciudadanos, el de demandar directamente a la compañía aseguradora que, en principio, no debería quedar sin contenido por el hecho de que la causante del daño sea una Administración Pública.

No obstante, tras la reforma operada por la L.O. de 23 de diciembre de 2003, la redacción del artículo 21.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sufrido un añadido que contiene la siguiente redacción:

*“c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.*

Como expusimos antes, la reforma parece dirigida, junto con la operada en los artículos 9.4 de la LOPJ y 2 e) LRJCA, a atajar la doctrina de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo que decidió la competencia de la Jurisdicción Civil para el enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando se demandaba a la compañía de seguros, con el escaso fundamento de que la compañía no concurría a la producción de los daños, con lo que no operaba la previsión normativa de la LRJCA para atribuir su enjuiciamiento a esta Jurisdicción.

Como señala HUERGO<sup>6</sup>, la reforma era necesaria para corregir la doctrina de la Sala Especial de Conflictos, pero puede ser desproporcionada, pues ya existía la posibilidad de reunir en un mismo proceso contencioso-administrativo a la Administración y a su asegurador. No obstante, el mismo autor llega a la conclusión, que no comparto, de que la reforma no supone ni la creación de un litisconsorcio pasivo necesario, ni impide al particular demandar sólo al asegurador ante los Tribunales civiles.

En mi opinión, el instrumento previsto en el artículo 76 de la Ley 50/1980 no es que haya quedado derogado tácitamente, es que es inaplicable, dada la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, desde una perspectiva integral.

Precisamente esta conclusión es la que ha venido a sancionar la reforma contenida en la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003, que exige demandar a la Administración y a su aseguradora, con la extraña redacción que consigna que *“Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva”*, lo que viene a privar a la acción directa de su esencia, pues aunque se puede entender que la citada disposición da la opción de accionar directamente contra la aseguradora y la Administración, por un lado, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y por otro, la opción de acudir a la Jurisdicción Civil sólo contra la aseguradora, esta conclusión es errónea, pues sólo hay una vía para el particular: acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así lo ha señalado algún pronunciamiento judicial, y así lo ha querido el legislador, al atribuir a las aseguradoras la ineludible posición procesal de codemandadas.

Para concluir, queremos resaltar que, con independencia de la defectuosa técnica legislativa de la reforma, lo cierto es que pocas interpretaciones caben acerca de la figura procesal de la aseguradora como codemandada, que debe limitarse, como tal, a sostener la adecuación a derecho de la resolución administrativa impugnada, por cuanto su posición secundaria a la de la Administración viene dada por ministerio de la ley, que quizá sin habérselo propuesto, por pretender sólo acabar con el famoso peregrinaje jurisdiccional, ha venido a zanjar otra discusión, estableciendo indirectamente que la vía para la solución de las divergencias que puedan surgir entre la compañía de seguros y la respectiva Administración en la ejecución e interpretación del contrato, deberá encontrarse en la órbita de lo pactado, o lo que es lo mismo, las relaciones contractuales entre la Administración y la compañía de seguros no sólo no justifican una posición de esta última en el proceso judicial de responsabilidad patrimonial que no sea la de codemandada, sino que, por ello mismo, es jurídicamente inadmisibles que la aseguradora pueda recurrir la resolución administrativa que pone fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

---

<sup>6</sup> Huerco, Alejandro, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y la doctrina de la vis atractiva*, REDA, n° 122, abril/junio de 2004.

---

<sup>7</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias n° 724/2004, 29-6-2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda

## CONCLUSIONES DE LA MESA DE TRABAJO

1ª Se ha discutido, desde una perspectiva amplia, la posibilidad y la conveniencia de que las Administraciones Públicas puedan celebrar contratos con compañías de seguros por los que aseguren su responsabilidad patrimonial.

Desde el punto de vista económico, la mayoría de los asistentes opina que se trata de un contrato demasiado caro para la Administración, por la cuantía excesiva de las primas que exigen las aseguradoras, lo que, sumado a los costes indirectos de gestión de las pólizas, y a las limitaciones y/o exclusiones de responsabilidad de las compañías que se contienen en las estipulaciones contractuales, hace aconsejable la asunción por la Administración de los propios riesgos que genera su funcionamiento. Si alguna duda cabe con respecto a determinadas corporaciones locales, temerosas de que sus presupuestos no puedan cubrir los daños que puedan provocar sus actuaciones, ninguna duda cabe con respecto a las grandes administraciones, entre las que se encuentran las sanitarias, dotadas de un abultado presupuesto.

Desde un plano estrictamente jurídico, los asistentes coinciden en que no existe ningún obstáculo a la posibilidad de contratación del seguro, no obstante lo cual, el régimen jurídico en el que se sustenta, actualmente, carece de solidez, si se pretende trasladar el mismo al ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, instituto con fundamento en la Constitución Española y con una naturaleza, regulación y consecuencias que impiden su asimilación y comparación con la responsabilidad civil extracontractual, en la que está esencialmente inspirada la normativa sobre el contrato de seguro.

Desde esta perspectiva, se pone de manifiesto la necesidad de la creación de un marco legal específico para el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

2ª Con respecto al papel de las compañías aseguradoras en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, los asistentes consideran que sólo les cabe una intervención pasiva, en el sentido de que no se puede negar su derecho a recibir información de todas las incidencias que se puedan generar (obligación esencial del

tomador del seguro) y de las decisiones que adopte la Administración que determinen su obligación de hacerse cargo del riesgo asegurado.

No obstante lo anterior, existe unanimidad en que las compañías de seguros no pueden adoptar decisiones de ningún tipo, tanto dentro como fuera del procedimiento, que obstaculicen o condicionen las potestades que corresponden a la Administración. A dicha conclusión se llega tras la valoración negativa por los participantes de la institucionalización de las llamadas “Comisiones de Seguimiento” de las pólizas, que, en muchas ocasiones, acaban decidiendo sobre la procedencia o improcedencia de la indemnización.

Igualmente, se valora negativamente por los participantes el ofrecimiento directo de indemnizaciones por parte de la compañía aseguradora, al margen del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial.

3ª Con respecto a la acción directa derivada del artículo 76 de la Ley 50/1980, se llega a la conclusión de que no es aplicable en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que se ha visto reforzado por la reforma efectuada por la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003 en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La acción directa está diseñada legalmente en el supuesto previo de un asegurado privado, pero no público y el instituto jurídico-público de la responsabilidad patrimonial de la Administración, previsto en la Constitución Española y desarrollado en la Ley 30/92, se integra con unos procedimientos establecidos en dicha ley y desarrollados reglamentariamente.

La acción directa que la Ley 50/1980 prevé en su artículo 76 pugna con el bloque normativo que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero es que, además, la configuración legal de la aseguradora de la Administración como codemandada en el recurso contencioso-administrativo, impide actualmente el ejercicio de la acción directa.

# DESARROLLO AUTONÓMICO DEL ESTATUTO MARCO

*José Luis Ruiz Ciruelos*

Subdirector de Personal y Relaciones Laborales.  
Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea

El Estatuto Marco, en los grupos de trabajo de la Comisión Ínter territorial, se consensuó, con un Marco que no encorsetara su acomodación a la situación particular de cada autonomía; sin embargo nos encontramos con artículos muy diferenciados. Por un lado aquel que están muy desarrollados y no necesitan nada para su aplicación inmediata, y otros que de forma expresa ya contemplan el desarrollo autonómico, bien en un proceso de coordinación, o sin que el mismo deba existir.

Una vez publicada la Ley 55/2003, de 16 de diciembre (BON 301 de 17 de diciembre de 2003), no han sido pocas las voces, que a pesar de lo que la misma señalaba se preguntaban por la necesidad o más bien conveniencia de efectuar el mencionado desarrollado y el grado o intensidad del mismo:

¿Hay que aprobar estatutos autonómicos?

Para responder a esta pregunta hay que tener en cuenta que en algunas autonomías ya existe una exigencia legal, tal es el caso del País Vasco, donde su Ley de Ordenación así lo prevé, y otros que han manifestado su intención de aprobarlos.

¿Estatuto único, según el modelo de la ley que analizamos, o por colectivos, tal y como demandan algunos profesionales?

Antes de seguir, debemos dar un pequeño repaso aquellos artículos que abren los procesos de desarrollo, hay que tener presente que el desarrollo puede conllevar a que existen 17 modelos de relaciones laborales (*este es el temor de la OMC y hace un par de meses pidió a las administraciones autonómicas y a los sindicatos que tienen que sentarse en las respectivas mesas de negociación que lleguen a un consenso en cuatro puntos que la organización estima esenciales: movilidad laboral, retribuciones, carrera profesional y jornada de trabajo*), por lo menos en lo no nuclear del sistema, y que ello teniendo en cuenta

el entorno sanitario y el principio de homogeneización de las relaciones sindicales puede llevar a las respectivas administraciones a un callejón sin salida.

Si a las peculiaridades, ¿Pero hasta que punto son tales, o simples concesiones a las presiones de colectivos?

**El artículo tres** en su primer párrafo, establece que las comunidades autónomas, *“aprobaran los estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud”*.

¿Es un imperativo legal, o puede cumplirse la previsión con normas parciales?:

- Cuerpos.
- Selección.
- Permisos.
- Etc.

**Artículo catorce**, *sistema de agrupamientos de puestos y plazas*.

**Artículo veinticinco**, *los órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos*.

**El capítulo sexto**, de la selección y promoción interna es otro en los que las Autonomías pueden decir algo. Artículo treinta y uno seis, de los sistemas excepcionales de acceso, *consistente en la evaluación no baremada de la competencia profesional de los aspirantes*. Si esto lo unimos a la movilidad estatal, pudiera suceder que alguna autonomía se encargara de hacer la selección para otras, con los inconvenientes que ello acarrearía.

**Artículo treinta y nueve** ¿Quién va a pagar las comisiones de servicios intraautonómicas?

**Artículo cuarenta**, la carrera profesional, previa negociación sindical, será establecida por las comunidades autónomas. No quiero reabrir el debate del pasado Congreso de Cuenca, pero me imagino que llegado el momento se volverá a reabrir, entre las diferencias que puedan existir entre el Desarrollo Profesional reconocido en la LOPS, que llega hasta el nivel B, y la Carrera Profesional que en la dicción de este artículo no es cerrada a ningún estamento.

¿Galones para uno, Dinero para todos?

**Artículo 47:** *“La jornada de trabajo en los centros sanitarios se determinara en las normas, pactos o acuerdos, según en cada caso resulte precedente”*

Que podemos decir de las **retribuciones**, va ser sin duda el elemento diferenciador de una a otra autonomía, como saben Vds. Solo el sueldo base y los trienios son comunes en todo el personal estatutario, pero los cinco complementos que contempla el estatuto dan mucho margen para generar grandes diferencias retributivas.

¿Serán el servicio regional capaz de aguantarlas? ¿O nos veremos inmersos en algo no deseado. El efecto domino?

A la **sección primera del capítulo diez**, no me voy a referir, puesto que la transposición de directiva sobre jornada y descanso, es de tal calado, que ella sola daría para más de una sesión, y además va a ser tratada específicamente esta tarde.

**Artículo sesenta y uno**, régimen de fiestas y permisos. *Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán conceder permisos no retribuidos o con retribución parcial, para la asistencia a cursos o seminarios de formación o para participar en programas acreditados de cooperación internacional o en activida-*

*des y tareas docentes o de investigación sobre materias relacionadas con la actividad de los servicios de salud”.*

**Artículo setenta y cuatro:** Aunque sometido a la Ley 30/1992, el procedimiento disciplinario se someterá a lo que se establezca en cada Servicio de Salud.

**Artículo setenta y siete dos:** Algo que ya en la actualidad esta ocasionando muchas disfunciones *“En el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario”*

La ley lo permite, no lo impone ¿Si este es el criterio porque no lo ha popularizado? ¿Lo puede o lo deben hacer los servicios de salud? O ¿Solo es bueno para unos pocos?

**Disposición adicional cuarta:** *“Los Servicios de salud podrán nombrar, con carácter excepcional, personal emérito entre licenciados sanitarios jubilados cuando los méritos relevantes de su currículo profesional así lo aconsejen”*

**Disposición adicional duodécima:** Nos encontramos ante un desarrollo bilateral, los Convenios de colaboración en materia de movilidad *“Las Administraciones sanitarias podrán formalizar convenios de colaboración para posibilitar que el personal funcionario de carrera y estatutario fijo de los servicios de salud pueda acceder, indistintamente, a los procedimientos de movilidad voluntaria establecidos para ambos tipos de personal”.*

Esta medida ya se aplica internamente en la Comunidad Foral de Navarra, donde incluso se amplía también a los laborales fijos, y en el porcentaje del 10% de las vacantes se oferta al personal de otros Servicios de Salud (funcionarios, estatutarios fijos y laborales fijos)

# DESARROLLO AUTONOMICO DEL ESTATUTO MARCO

*Lourdes Ruiz-Cabello Jiménez.*

Letrada Coordinadora de Asuntos Consultivos.

(Subdirección de Asesoría Jurídica del Servicio Andaluz de Salud)

El tema a debatir en esta mesa de trabajo exige con carácter previo analizar quién responde en los supuestos de asistencia sanitaria concertada: si la Administración o la entidad privada con la que aquélla ha suscrito el concierto correspondiente como modalidad del contrato administrativo de gestión de servicios públicos a que se refiere el artículo 156 c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP).

Del mismo modo, también habrá que analizar si, en los supuestos de pacientes remitidos por la Administración Sanitaria a un centro privado, la hipotética responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria prestada en este último es exigible de la Administración remitente o del centro privado prestador de la asistencia.

Este análisis previo resulta fundamental para abordar la cuestión relativa al aseguramiento de las posibles responsabilidades que puedan exigirse en tales supuestos, así como para valorar, desde la óptica administrativa, si es conveniente u oportuno dicho aseguramiento.

## **ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA EN CENTROS CONCERTADOS:**

Dicha asistencia se presta en virtud de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos cuya regulación se establece en los artículos 154 y siguientes de la LCAP.

En este sentido, deben tenerse en cuenta varios preceptos legales que inciden sobre esta materia concreta y cuya conjugación y ponderación en cada caso concreto ha dado lugar a soluciones distintas por los órganos consultivos y judiciales respecto a quién ha de responder :

Por un lado, el **artículo 97 de la LCAP** que, incardinado en libro I de la LCAP “De los contratos de las Administraciones Públicas en general”, establece que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de

las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo cuando los citados daños se hayan producido como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, en cuyo caso será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. Asimismo, **el artículo 161e) de la LCAP** establece específicamente, para el adjudicatario de un contrato de gestión de servicios públicos, la obligación de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

Por otro, **la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP-PAC) conforme a la cual la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de **los centros sanitarios concertados con ellas**, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.

Con base en la regulación expuesta, procede analizar si la responsabilidad por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la asistencia sanitaria en centro concertado es imputable a la Administración que contrata la prestación de la asistencia o al centro sanitario privado.

Anticipamos que no se impone una solución unívoca, común y general en todos los casos, apreciándose mayor grado de diversidad en las soluciones adoptadas por los órganos judiciales, que en las de los órganos consultivos, particularmente, el Consejo Consultivo de Andalucía.

El citado órgano consultivo autonómico parte de un dato clave para imputar la responsabilidad a la Administración o al centro concertado, a saber: que exista o no

orden o indicaciones de tratamiento por la Administración.

Así pues, **el dictamen 159/2002** de 13 de junio viene a sostener que el Servicio Andaluz de Salud remitió a la paciente al centro concertado donde se prestó la asistencia, sin que conste que dicho Organismo efectuase un diagnóstico o diese las oportunas indicaciones quirúrgicas al centro privado, por lo que, ante el silencio de la Administración sobre este punto, cabe entender que así fue, debiendo declararse **la imputabilidad de la Administración respecto de los hechos constitutivos de la reclamación, así como su responsabilidad directa.**

Por el contrario, **el dictamen 359/2003**, de 9 de octubre, considera que no existe en el supuesto analizado orden de tratamiento ni documento de derivación por parte de la Administración. El Servicio Andaluz de Salud no remitió a la paciente al hospital concertado. **Su ingreso en dicho hospital se produjo desde el servicio de urgencias del propio centro concertado.** Por lo tanto, cabe declarar la imputabilidad a la clínica concertada de los hechos constitutivos de la reclamación y su responsabilidad directa

Si la cuestión está meridianamente clara para el Consejo Consultivo de Andalucía, no ocurre lo mismo en sede judicial, donde los pronunciamientos son de lo más variados. Así pues, existen sentencias (v.g STS Sala de lo Civil núm. 339/2003 –RJ 2003\2800) que sostienen **la responsabilidad solidaria de Administración y contratista** en base a que aquélla ha incumplido sus obligaciones de dirección y vigilancia de la actuación de éste.

Sin embargo, otros pronunciamientos judiciales (los más numerosos) no se cuestionan que la responsabilidad sea exigible exclusivamente a la Administración. Así pues, la STSJA, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, núm 58/2003 (JUR 2003\122263) considera que, aún manteniéndose el principio general de que el contratista tiene el deber de indemnizar a terceros por daños en la ejecución del contrato, el Tribunal Supremo siempre ha tendido a hacer responsable directo a la Administración frente a terceros, sin perjuicio de que, en su caso, pueda repetir, si procede, contra el contratista.

En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco núm 108/1999 (RJCA 1999\838) entiende que la realización del acto médico quirúrgico en un establecimiento concertado dependiente del Servicio Vasco de Salud constituye una vinculación suficiente con la gestión pública de los servicios públicos para que pueda entenderse cumplido el

requisito previo de la relación entre el daño y la actuación administrativa por acción u omisión..

Finalmente, otras sentencias consideran que únicamente ha de responder el contratista, pues la responsabilidad de la Administración no puede ser tan amplia que alcance a los daños derivados de actos puramente personales de otros sujetos de derecho que no guardan relación alguna con el servicio (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 24 de abril de 2003 –RJ 2003\5409).

Del mismo modo, varias sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (JUR 2003\59910, JUR 2003\59903, JUR 2002\52317) estiman que el daño cuyo resarcimiento se pretende no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta que la actuación administrativa consiste en celebrar el concierto. La Administración (en los supuestos analizados por las Sentencias, el ISFAS) no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria. Ha sido la entidad concertada elegida por el mutualista la que lo ha hecho a través de sus médicos y servicios y en el ámbito de una relación libremente establecida con los recurrentes. Por tal razón, cuando la prestación de la asistencia sanitaria, como servicio público al que tiene derecho el demandante, se efectúa, por su exclusiva y libérrima voluntad, mediante la adscripción a una institución privada concertada con la Administración, los daños imputables a la prestación del servicio efectuado deben ser indemnizados por aquélla, al no acreditarse causa imputable a la Administración en la selección de la indicada institución privada. (Parece inferirse, a sensu contrario, que si el paciente hubiese sido remitido al centro privado por indicación de tratamiento realizada por la Administración, ésta sí respondería).

Una vez analizada la situación sobre la responsabilidad en los supuestos de asistencia sanitaria concertada, llego a la conclusión de que la Administración no tiene el deber de responder en todo caso cuando el daño inferido al paciente se ha producido en un centro sanitario concertado. Por aplicación de lo dispuesto en los artículos 97 y 161c) de la LCAP, su responsabilidad se circunscribe a los supuestos en que medie una orden de tratamiento o de derivación con indicaciones concretas dirigida al centro privado. Es cierto que los Tribunales de Justicia no comparten mayoritariamente esta posición. Ahora bien, si el expediente de responsabilidad patrimonial se tramita correctamente, motivando y justificando esta posición en la resolución administrativa, quizás se pudiera conseguir un cambio de criterio, pues, en muchos casos, los órganos

judiciales han llegado a otra solución, a la vista del silencio absoluto de la Administración frente a las reclamaciones de los particulares.

Asimismo, resulta fundamental que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que deben regir el contrato administrativo de gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto se prevea de modo expreso que el centro concertado será responsable del contenido y calidad de las prestaciones y servicios que ha de realizar, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o actuaciones incorrectas en la ejecución del objeto del contrato.

Una cláusula de tal tenor se contiene en los pliegos elaborados por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía para la concertación de la asistencia sanitaria con hospitales privados, resultando invocada la misma en los dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía que eximen de responsabilidad a la Administración autonómica.

En consecuencia, la cuestión relativa al aseguramiento por la Administración de la responsabilidad por la asistencia sanitaria prestada en centros concertados debe resolverse, a mi juicio, en sentido negativo. La inclusión de este riesgo en el contrato de seguro, aparte de aumentar lógicamente el importe de la prima, supone admitir de antemano que la Administración responde, en todo caso, cuando no es así.

Si ya plantea polémica el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial en centros públicos, a la vista de los montantes económicos de los contratos de seguro en comparación con los importes de las indemnizaciones acordadas administrativa o judicialmente, mucho más cuestionable y criticable es incluir un riesgo no imputable, en todo caso, a la actuación administrativa. Ello resulta, a mi juicio, no sólo antieconómico, sino, en muchos casos, falta de apoyo normativo.

Insisto, lo que hay que hacer es establecer cláusulas precisas en los pliegos sobre la responsabilidad del contratista y tramitar correctamente los expedientes de responsabilidad patrimonial que se inicien en virtud de las reclamaciones de particulares, dictando resoluciones administrativas expresas que analicen con detenimiento el supuesto objeto de reclamación.

Asimismo, otra posibilidad sería establecer en los pliegos, como obligación del contratista, la de suscribir póliza de responsabilidad que cubra las posibles indemnizaciones por daños causados a terceros como consecuen-

cia de la actuación sanitaria del centro o del personal a su servicio en el ámbito del concierto.

### **ASEGURAMIENTO DE LA ASISTENCIA PRESTADA A PACIENTES REMITIDOS A CENTROS PRIVADOS.**

Entiendo que la cuestión se refiere a la remisión por la Administración de pacientes a centros privados no concertados.

Dicha posibilidad ha de entenderse como excepcional, puntual y esporádica, cuando se acredite la imposibilidad de realizar la asistencia en un centro sanitario público o concertado. Además, debe tratarse lógicamente de una prestación sanitaria incluida en el marco de prestaciones facilitadas por el sistema sanitario público.

Partiendo de tales premisas, debo, asimismo, entender que la remisión al centro privado se hace con indicaciones concretas sobre prueba diagnóstica o tratamiento a realizar.

Pues bien, existe escasa jurisprudencia sobre la responsabilidad por asistencia sanitaria prestada en tales supuestos. Concretamente, la Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de junio de 2004 (JUR 2004\227003) analiza el supuesto de un paciente diagnosticado en un centro público dependiente del entonces Instituto Nacional de la Salud, en el que el tratamiento adecuado para su dolencia no pudo realizarse en España por falta de un servicio sanitario especializado al efecto en nuestro País. El INSALUD autorizó el tratamiento en una clínica italiana donde se le produjeron daños como consecuencia de la asistencia prestada.

La Sentencia referida considera en el caso expuesto que el INSALUD fue la entidad que aconsejó ese tratamiento como un componente más de la asistencia sanitaria que venía prestando al enfermo, por lo que no puede eximirse de toda responsabilidad. En la hipótesis de que el deber de informar pesara en exclusiva sobre el centro sanitario extranjero, la imputación al INSALUD podría exigirse a título de culpa in eligendo. Lo esencial es que la remisión a Italia del enfermo fue un modo indirecto de prestación de la asistencia sanitaria que desarrollaba el INSALUD, por lo que en última instancia son reprochables a este Instituto, desde la óptica de la responsabilidad patrimonial, la inadecuada dispensación de la asistencia o tratamiento, dejando a salvo su derecho de repetición contra los concretos autores del daño.

Entiendo que la remisión a un centro privado para la realización de un tratamiento incluido en el marco de las prestaciones sanitarias públicas implica necesariamente a la Administración remitente en el supuesto de que se origine un perjuicio al paciente como consecuencia de la asistencia recibida. Y ello es así, porque la Administración tiene el deber de satisfacer la prestación y si no puede hacerlo con sus propios medios, tiene que elegir el centro que más garantías ofrezca en orden a la asistencia demandada. Se trata de una asistencia pública prestada con medios ajenos al sistema, donde el centro privado actúa siguiendo las indicaciones dadas por la Administración, la cual, en última instancia, sería responsable frente al paciente, sin perjuicio de las vías de repetición que le asistan.

Este caso parece más claro que el anterior en orden a entender que existe responsabilidad administrativa, porque

el paciente no elige libremente la asistencia sanitaria recibida. Es la Administración la que decide que se preste la misma y acuerda con la entidad privada qué tipo de asistencia ha de darse al paciente.

Pese a ello, considero que el aseguramiento por la Administración de este riesgo –asistencia sanitaria en centro no concertado por indicación administrativa– resulta innecesario y antieconómico, por el carácter excepcional, extraordinario y esporádico de las remisiones de pacientes a centros privados, siendo así que la inclusión de un riesgo tan improbable en el contrato de seguro supondría un incremento de la prima que tan sólo beneficiaría a las Compañías aseguradoras.