

LA CONFIGURACIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS PÚBLICAS: CUESTIONES ABIERTAS Y RETOS PENDIENTES*

Juan Pemán Gavín
Catedrático de Derecho Administrativo

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.

II. SOBRE LOS RASGOS GENERALES QUE CARACTERIZAN A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO OBJETO DE PRESTACIONES PÚBLICAS.

III. LAS OPCIONES MÁS RELEVANTES QUE INCORPORA EL DERECHO POSITIVO VIGENTE EN LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS PÚBLICAS.

1. La determinación del contenido de las prestaciones.

2. La configuración del acceso a las prestaciones como derecho subjetivo.

3. Los sujetos con derecho a la asistencia sanitaria pública.

4. Las opciones fundamentales en las que descansa la organización del sistema público de asistencia sanitaria.

IV. SOBRE LOS RETOS PENDIENTES Y LAS CUESTIONES ABIERTAS QUE SE PLANTEAN EN EL MOMENTO PRESENTE.

1. Preliminar.

2. La determinación del *quantum* prestacional: el carácter abierto y evolutivo del catálogo de prestaciones.

3. La extensión subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria pública. El difícil e incompleto camino hacia la universalización de las prestaciones sanitarias.

4. La dimensión temporal de la asistencia sanitaria: el problema de las listas de espera.

5. Sobre los aspectos cualitativos de las prestaciones sanitarias: el reto de la calidad asistencial.

V. OBSERVACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Es bien sabido que el sistema público de asistencia sanitaria ha vivido en España un importante proceso de desarrollo y consolidación durante la segunda mitad del siglo XX, etapa durante la cual ha adquirido los perfiles que hoy tiene y que lo sitúan en una posición central y emblemática dentro del conjunto de prestaciones que ofrece el modelo de Estado social hoy existente entre nosotros.

* Ponencia elaborada con ocasión del IX Congreso "Derecho y Salud", organizado por la Asociación "Derecho y salud" en Sevilla los días 15 a 17 de noviembre de 2000 en torno al tema Cambios en el Derecho sanitario: ¿la respuesta adecuada? La versión definitiva del trabajo se cierra en junio de 2001.

La abreviaturas que utilizo en el texto son las siguientes: ADS: "Actualidad del Derecho Sanitario"; Ar.: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi del Tribunal Supremo; BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales; CE: Constitución Española de 1978; DyS: Revista "Derecho y Salud"; LAP: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; LGS: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; LGSS-1974: Ley General de Seguridad Social de 1974 (Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo); LGSS-1994: Ley General de Seguridad Social de 1994 (Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio); LJ: Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio); RAP: Revista de Administración Pública; RArAP: Revista Aragonesa de Administración Pública; ROPS: Reglamento de ordenación de las prestaciones sanitarias (RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud); TS: Tribunal Supremo; TSJ: Tribunal Superior de Justicia; SNS: Sistema Nacional de Salud; STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

Surgido en los años 40 sobre la base del esquema institucional propio de los Seguros Sociales –fue la Ley de 14 de diciembre de 1942 la que creó el Seguro Obligatorio de Enfermedad con el objetivo de otorgar una protección sanitaria efectiva a los trabajadores y sus familias-, dicha fórmula institucional arraigaría y experimentaría en las décadas posteriores un proceso de progresiva expansión, tanto en términos de prestaciones otorgadas como de volumen de población protegida, con una transformación paulatina de lo que habían sido sus postulados iniciales hasta llegar al modelo hoy existente. Modelo éste caracterizado por una cobertura virtualmente universalizada, por una financiación pública a través del sistema tributario estatal y por una gestión descentralizada a través de las Comunidades Autónomas; una gestión descentralizada que es la consecuencia de un amplio proceso de descentralización que se ha ido materializando en las dos últimas décadas y que todavía hoy está incompleto, pero cuya culminación se anuncia para un horizonte próximo.

Su germen histórico se encuentra así en la legislación social protectora de los trabajadores y sus familias –de modo que en su origen responde a la idea del aseguramiento de las distintas situaciones de riesgo que inciden sobre la población trabajadora, entre las cuales se encuentra el riesgo de enfermar-, pero el proceso de transformación aludido ha ido borrando de forma progresiva lo que fueron sus perfiles iniciales hasta llegar a configurar un servicio público abierto a todos los ciudadanos de responsabilidad compartida entre el Estado y las Comu-

nidades Autónomas². Uno de los servicios públicos más importantes y característicos del Estado social de nuestros días que encaja con naturalidad dentro de los esquemas y principios propios de la “Administración prestacional” (universalidad, igualdad, continuidad, financiación pública, etc), y ello tanto si se califica como una prestación no contributiva de cobertura universal de la Seguridad Social (en los términos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social) como si se considera un conjunto articulado de servicios a cargo del denominado “Sistema Nacional de Salud” (en los términos establecidos en la Ley General de Sanidad y en el RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias).

A través por tanto de un recorrido histórico singular, la asistencia sanitaria pública ha venido a instalarse en el corazón mismo de la ya tradicional Administración prestacional –qué duda cabe de que constituye uno de los exponentes más claros de la idea de “procura existencial” (*Daseinsvorsorge*) que en su día pusiera en circulación Ernst FORSTHOFF -, y ha mostrado por lo demás una

¹ Los hitos más significativos que habría que destacar en este proceso de transformación son quizás los siguientes: a) la reforma de la Seguridad Social de 1963-1966 (Ley 193/1963, de 28 de diciembre y Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Seguridad Social), b) la reforma organizativa de la Seguridad Social de 1978 (por Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, se suprimió el Instituto Nacional de Previsión y se crearon distintas entidades gestoras de la Seguridad Social, entre ellas el INSALUD), c) las opciones sobre la materia incorporadas a la Constitución de 1978 (afirmación del derecho a la protección de la salud y su tratamiento separado respecto a la Seguridad Social [art. 43] e inclusión de la Sanidad dentro de las competencias asumibles por las CCAA); d) la reordenación general del sistema sanitario acometida por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y e) el tránsito hacia una financiación no contributiva de la asistencia sanitaria pública (cuestión abordada inicialmente en la Ley de Presupuestos para 1989 y culminada en virtud de las Leyes de Presupuestos de la segunda mitad de la década de los 90). Mayores indicaciones al respecto pueden encontrarse en mi trabajo *Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante la segunda mitad del siglo XX*, RArAP 13 (1998), pp. 61 y ss.

² Son las Comunidades Autónomas, como ha quedado apuntado, las Administraciones llamadas a asumir la responsabilidad de gestión de los servicios de salud, pero el Estado mantiene una competencia para la regulación básica y para la coordinación del conjunto del Sistema, así como para su financiación. Para un estudio sobre el reparto de competencias en la materia véase mi libro *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1989, pp. 161 y ss., 171 y ss. y 214 y ss.

³ Sobre las ideas de FORSTHOFF y su amplia recepción en la doctrina alemana dio amplia cuenta entre nosotros Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, primero en su reseña al libro de FORSTHOFF *Rechtsformen der lesitenden Verwaltung* publicada en RAP 37 (1962), pp. 357 y ss., y posteriormente en su trabajo *La configuración de la Administración pública y el concepto de “Daseinsvorsorge”*, en el n° 38 de la misma revista (1962), pp. 35 y ss. En la búsqueda del equivalente castellano de la expresión *Daseinsvorsorge* el Prof. MARTÍN-RETORTILLO señalaba en este segundo trabajo (p. 38) que equivale a “la idea de preocupación por la existencia humana, de procuración de los presupuestos vitales o, mejor aún, superando la traducción estrictamente literal para referir su contenido ideológico, la idea de asistencia vital o de prestaciones vitales” (subrayado mío). Añadiendo a continuación que la expresión *leistende Verwaltung* -Administración prestacional- alude a “una Administración que abastece, que proporciona, que actúa directamente para poder abastecer y proporcionar bienes y servicios a los administrados”.

Véase también el influyente trabajo de M. GARCIA PELAYO *El Estado social y sus implicaciones*, incluido en su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Madrid, 1977, en cuyas pp. 26-30 se hacía eco de los planteamientos de E. FORSTHOFF.

Sobre los principios y modalidades de la Administración prestacional en Alemania véase el tratamiento que incorpora la

fuerte capacidad de resistencia frente a los aires de crisis y cuestionamiento de los postulados tradicionales del Estado social que han venido presidiendo el debate ideológico y el escenario político y económico en el que nos movemos en los últimos años⁴.

Como corresponde a la extraordinaria relevancia que tiene el sistema público de asistencia sanitaria –tanto desde perspectivas cuantitativas como cualitativas–, ha sucedido en los últimos años que los temas vinculados al mismo no han dejado de estar presentes tanto en la opinión pública y los medios de comunicación como en las contribuciones doctrinales que han ido apareciendo.

Han suscitado así una gran atención las cuestiones relativas a los derechos de los ciudadanos como usuarios de los servicios sanitarios (derecho de los pacientes a la información sobre su estado de salud, acceso a la historia

obra de Hans J. WOLF y Otto BACHOF *Verwaltungsrecht*, III, 4ª ed. C-H. Beck, Munich, 1978, pp. 179-216. En la doctrina italiana me parece destacable la monografía de R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milán, 1956, cuyas ideas fundamentales se incorporaron a la obra del mismo autor, *Principi di Diritto Amministrativo*, I, 4ª ed., Giuffrè, Milán, 1978, pp. 469-504.

La doctrina administrativista española ha abordado tradicionalmente esta materia desde la perspectiva del concepto de servicio público (véanse por ejemplo las exposiciones de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en las sucesivas ediciones del *Curso de Derecho Administrativo*, II –por ejemplo, 6ª ed., Madrid, 1999, pp. 69-82–, o las de L. MORELL OCAÑA en las distintas ediciones de su *Curso de Derecho Administrativo*, vol 2º –por ejemplo, pp. 119 y ss de la 1ª ed. Aranzadi, Pamplona, 1996–, o también la monografía de L. MIGUEZ MACHO, *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, CEDECS, Barcelona, 1999), si bien parece afirmarse últimamente la tendencia a realizar un tratamiento del tema de la Administración prestacional al margen de la noción de servicio público (véase en este sentido la exposición de L. PAREJO ALFONSO en L. PAREJO, L. ORTEGA y A. JIMÉNEZ BLANCO, *Manual de Derecho Administrativo*, I, 5ª ed. Ariel Barcelona 1998, pp. 511-516 o la obra dirigida por J. BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo. Parte especial*, 4ª ed. Civitas, Madrid, 1999, que dedica su parte II, pp. 145 y ss., a la “Administración de las prestaciones públicas”, redactada en sus epígrafes generales por A. GARCÉS SANAGUSTÍN).

⁴ Véanse al respecto en la bibliografía reciente, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, los trabajos de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *La Administración Pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho*, incluido en su obra *Fragmentos de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2.000, pp. 203 y ss., José Manuel CASTELLS ARTECHE, *La actual coyuntura de la Administración prestadora de los servicios públicos*, en el vol. col. *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, y Luciano PAREJO ALFONSO, *El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos*, en RAP 153, 2000.

clínica, derecho a la libre prestación del consentimiento en las intervenciones sanitarias, derecho a la intimidad, etc.), o también las relativas a las nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios públicos (como es bien sabido, ha aflorado últimamente una clara tendencia a la personificación de los establecimientos públicos sanitarios –con utilización en ocasiones del Derecho privado–, así como el ensayo de nuevas formas de gestión indirecta de los servicios de asistencia sanitaria) y por supuesto las cuestiones vinculadas a la responsabilidad por daños causados con ocasión de la prestación de la asistencia sanitaria (cuestión ésta que ha venido suscitando últimamente una gran atención desde distintos puntos de vista al hilo de los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que se han producido y al hilo también de las novedades legislativas introducidas).

Pero no puede decirse lo mismo en lo relativo a la configuración misma de las prestaciones sanitarias, esto es, a la asistencia sanitaria como objeto de prestaciones públicas, en sus aspectos conceptuales y de régimen jurídico, perspectiva ésta que ha suscitado una atención mucho menor, quizás, entre otras razones, porque se ha venido desenvolviendo en los últimos años en un terreno fronterizo entre el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho Administrativo.

Como contribución en la línea apuntada se presentan las reflexiones que a continuación se exponen, que se articulan en los tres bloques siguientes. En primer lugar, se ofrecen algunos apuntes sobre lo que a mi juicio son los rasgos más significativos de la asistencia sanitaria como objeto de prestaciones públicas (epígrafe II). En segundo lugar, se exponen las opciones más relevantes que incorpora nuestro Derecho positivo en la regulación de las prestaciones sanitarias, apuntando también algunos de sus defectos y lagunas (epígrafe III). Y por último se realiza una aproximación a distintas cuestiones que se encuentran pendientes de ser abordadas en la actualidad, o que son objeto de polémica o controversia en el debate técnico y político sobre la Sanidad. Expongo por tanto en primer lugar algunos datos sobre la caracterización de la asistencia sanitaria como prestación asumida por las Administraciones públicas.

II. SOBRE LOS RASGOS GENERALES QUE CARACTERIZAN A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO OBJETO DE PRESTACIONES PÚBLICAS.

Cualquier intento de caracterizar a la asistencia sanitaria pública desde un punto de vista jurídico no puede dejar de poner de relieve algunas notas o rasgos generales que las singularizan frente a otros servicios o prestaciones que las Administraciones proporcionan a los ciudadanos. Entre ellas se encuentran las que a continuación se exponen.

A) El primer dato a destacar viene dado a mi juicio por la gran *amplitud y heterogeneidad* de las prestaciones sanitarias desde el punto de vista de su contenido.

En los casos más característicos y prototípicos constituyen un *facere* cualificado o técnico a cargo de los correspondientes servicios asistenciales: el tratamiento médico con todo su amplio abanico de variantes y modalidades, que van desde el simple reconocimiento o revisión hasta las intervenciones quirúrgicas más complejas o los tratamientos con aparatos altamente sofisticados. Las prestaciones sanitarias constituyen en efecto muy frecuentemente un servicio desarrollado sobre las personas atendidas con aplicación de los conocimientos y técnicas que proporcionan las ciencias médicas con finalidades preventivas, curativas o rehabilitadoras.

Pero en otras ocasiones, las prestaciones no consisten en hacer algo sino en un *dare*, esto es, la entrega de algún objeto o cosa que requiere la personal atendida (medicamentos y efectos sanitarios, prótesis, vehículos para inválidos, etc)⁵. O incluso hay supuestos en los que la prestación viene dada por la entrega de *dinero*: es el caso de las ayudas económicas⁶ que se otorgan para adquirir determinados productos, o de la posibilidad ex-

cepcionalmente admitida de una devolución o reintegro de los gastos abonados por el paciente como consecuencia de la atención recibida al margen del sistema asistencial público.

En el amplio elenco de las prestaciones sanitarias encaja también el simple transporte de enfermos o de personas inválidas –el *transporte sanitario* constituye también una de las prestaciones que se contempla en situaciones de urgencia o de imposibilidad física de desplazamiento con los medios ordinarios de transporte hasta el centro sanitario o desde el mismo una vez producida el alta-. O incluso hay supuestos en fin en los que las prestaciones a cargo de los Servicios de Salud se traducen en una actividad formalizada a través de documentos escritos calificables como verdaderos *actos administrativos* (así, los certificados médicos emitidos por los Servicios públicos de salud)⁸.

Pero esta aproximación inicial todavía debería ser objeto de observaciones y matizaciones complementarias si se quiere llegar a reflejar cabalmente toda la rica variedad de supuestos que ofrece la realidad asistencial sanitaria.

a) Habría que tener en cuenta así que normalmente las prestaciones sanitarias son de carácter *complejo*: consisten, por ejemplo, tanto un hacer como un dar, bien de forma simultánea (transfusiones de sangre, implantación de prótesis, trasplante de órganos) o de forma sucesiva (intervención quirúrgica con posterior tratamiento farmacológico), o están integrados por un conjunto de “actos médicos” y de servicios que se complementan entre sí. Es obvio así que en cualquier hospitalización se llevan a cabo una serie de actos médicos de diversa índole (pruebas diagnósticas, intervenciones o tratamientos terapéuticos, cuidados de enfermería, etc) junto con otros servicios de carácter instrumental como son las atenciones del personal auxiliar de clínica y los servicios “hoteleros” –alimentación, limpieza, etc.–, lo que da lugar a un complejo de atenciones y servicios de cuya correcta articulación y coordinación depende el logro de una buena asistencia hospitalaria.

se especifican en los Anexos IV y V de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, de regulación de la prestación ortoprotésica.

⁷ El denominado “reintegro de gastos” se contempla como una posibilidad excepcionalmente prevista para los supuestos de “asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital” que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, previa comprobación de que no se pudieron utilizar los servicios de éste (art. 5.3 ROPS).

⁸ Vid. art. 10.8 LGS y apartado 5 del Anexo I ROPS.

⁵ En ocasiones se contempla simplemente el uso de cosas por el beneficiario que luego son susceptibles de utilización por otras personas: así lo prevé el RD 383/1984, de 1 de febrero, sobre sistema de prestaciones a minusválidos, cuyo art. 9.4 contempla la utilización por los beneficiarios de aparatos, sillas de ruedas y elementos auxiliares en los supuestos en que los mismos “sean susceptibles de uso posterior por otras personas”, exigiendo en tales casos “una utilización cuidadosa y adecuada de los mismos” (de usufructo habla –impropiamente en realidad– el art. 9.4 del RD 383/1984 al aludir al uso de objetos que posteriormente pueden volver a ser utilizados por otras personas).

⁶ Es el caso de las órtesis y de las prótesis dentarias y especiales a que se refiere el apartado 4º.1 del Anexo I del ROPS y que

b) Pero sería necesario tener en cuenta también la extraordinaria importancia que tiene la información a los usuarios en el ámbito sanitario y la diversidad de proyecciones que tiene y de funciones que cumple.

Hay así una *información general* sobre los servicios y prestaciones que se ofrecen, sobre los requisitos exigidos y los modos de utilización de tales servicios, los derechos y obligaciones de los usuarios, etc, que es del todo análoga a la que tiene lugar en otros servicios públicos o ámbitos de la actividad administrativa⁹; hay también una *información terapéutica* a los pacientes, que es complementaria de cualquier tratamiento médico o farmacéutico (pautas de conducta a observar por los pacientes, contraindicaciones de los medicamentos, etc) formalmente accesoria respecto a dicho tratamiento, pero de gran importancia en la práctica para su éxito; la información es también un *presupuesto necesario para la prestación del consentimiento* de las intervenciones que hayan de realizarse sobre la persona del paciente –para las que se exige como es bien sabido el denominado “consentimiento informado”-¹⁰. Pero sucede en ocasiones que la información verbal o escrita constituye *el contenido mismo* –y único- *de la prestación sanitaria*, lo que sucede por ejemplo en las actuaciones asistenciales de carácter meramente diagnóstico, y será del todo habitual en el ámbito de la atención primaria, de cuyo contenido forma parte de manera muy principal todo lo relativo a la información y educación sanitarias,¹¹ la prevención y el diagnóstico precoz de enfermedades¹¹. Atención primaria que se traduce en un *continuum* o relación continuada entre el usuario y los Servicios de Salud con predominio frecuentemente de lo que son meras informaciones, re-

comendaciones y sugerencias, sobre los tratamientos médicos en sentido propio.

c) Y por otro lado hay que considerar también los aspectos relacionados con la documentación y archivo por parte de los centros sanitarios de la información sobre los pacientes a través de la confección de las denominadas *historias clínicas*.

Se trata de un aspecto en principio instrumental respecto a la actividad asistencial de los centros sanitarios que se manifiesta en la obtención, archivo, custodia y utilización de toda la información recabada con ocasión de la asistencia prestada a los pacientes, pero que en la práctica tiene una gran importancia como exigencia imprescindible para una correcta acción asistencial y que plantea una importante problemática tanto desde el punto de vista de la gestión sanitaria (dado el gran volumen que alcanza la documentación generada en los centros sanitarios) como desde el punto de vista del acceso a dicha información (habida cuenta del carácter confidencial de los datos que figuran en las historias clínicas)¹². Hay por tanto una importante labor de *gestión documental* en la prestación de la asistencia sanitaria –con una fuerte tendencia en la actualidad hacia la utilización de soportes electrónicos en dicha gestión documental- constituyendo por lo demás el *acceso a la historia clínica* una de las prestaciones que se reconocen a favor de los usuarios¹³.

B) Un segundo dato que no podría faltar en la caracterización de la asistencia sanitaria como objeto de prestaciones se refiere a su naturaleza esencialmente

⁹ Para ámbitos distintos del sanitario véase el RD 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los servicios de información administrativa y atención al ciudadano, aplicable a la Administración General del Estado. En la esfera sanitaria, véase, dentro de la normativa básica, lo dispuesto en los arts. 9 y 10.2 LGS y en los apartados 5.1º y 2º del Anexo I ROPS.

¹⁰ Recuérdese que el art. 10.6 LGS exige el previo consentimiento escrito del usuario para realizar “cualquier intervención”, salvo en determinados supuestos excepcionales que se especifican en dicho precepto. Por intervenciones cabe entender “todo acto médico que se realiza sobre el cuerpo de un paciente con el fin de diagnosticar o tratar un proceso patológico” según propone el Documento sobre información y documentación clínica de 26 de diciembre de 1997, elaborado por el grupo de expertos creado al efecto por el Ministerio de Sanidad.

¹¹ Repárese en el contenido que es propio de la atención primaria según la descripción que realiza el apartado 2 del Anexo I ROPS.

¹² Téngase en cuenta al respecto que el art. 10.11 LGS consagra el derecho de los usuarios “a que quede constancia por escrito de todo su proceso” y que el art. 61 del mismo texto legal establece algunas pautas normativas en relación con las historias clínicas; entre ellas el “principio de historia clínico-sanitaria única” por cada paciente “al menos” dentro de cada institución asistencial, la accesibilidad a la misma por parte del propio paciente y de los facultativos implicados en su asistencia, así como el carácter confidencial de la información contenida en las historias clínicas (aspecto este último que deriva también de lo dispuesto en el art. 10.3, en el que se consagra el derecho de los usuarios a la “confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público”).

En el ámbito de la legislación autonómica debe destacarse en relación con la materia la reciente Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, que contiene una regulación detallada de las historias clínicas.

¹³ El apartado 5.6º del Anexo I ROPS incluye en el catálogo de las prestaciones sanitarias “la comunicación o entrega, a petición del interesado, de un ejemplar de su historia clínica o de determinados datos contenidos en la misma, sin perjuicio de la obligación de su conservación por el centro sanitario”.

dinámica o evolutiva; naturaleza dinámica derivada en primer lugar del progreso técnico y científico, que abre incesantemente nuevas posibilidades asistenciales, pero también de los propios cambios sociales, que hacen aparecer continuamente nuevas patologías y nuevas demandas de atención sanitaria.

Este carácter dinámico o progresivo resulta hoy un dato habitual y generalizable en muchos servicios y actividades —es obvio que la dinamicidad es uno de los “signos de los tiempos” que vivimos—, pero no cabe duda de que en el ámbito sanitario esta circunstancia se vive con una especial intensidad: hay una “cláusula de progreso” o principio de progresión implícito en la acción asistencial sanitaria que tiene numerosas manifestaciones: deber del personal sanitario de actualizar sus conocimientos¹⁴, incorporación de nuevas prestaciones en atención a los progresos de la ciencia médica o a las nuevas patologías que aparecen, incorporación de nuevos medicamentos o de nuevas técnicas y aparatos diagnósticos y terapéuticos que son más eficaces o menos agresivos, etc.

Sucede por ello que el catálogo de las prestaciones sanitarias que se reconocen a los ciudadanos —y de las técnicas instrumentales que se utilizan— no puede ser en modo alguna estático, sino que debe ser objeto de actualización continua. Lo cual impone obviamente una necesaria selección, dentro de lo que en cada momento resulta médicamente factible, de las prestaciones y técnicas que se asumen de manera generalizada por el sistema público asistencial¹⁵.

¹⁴ Téngase en cuenta así que, en materia de responsabilidad profesional de los médicos, se ha venido exigiendo que su actuación responda a los conocimientos actuales de la investigación y la ciencia médicas (véase por ejemplo al respecto Francisco JORDANO FRAGA, Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1985,1, pp. 29 y ss., 45-46).

Repárese también en la proyección de este deber de actualización sobre las normas de deontología profesional: según el art. 18.1 del Código de Deontología Médica (aprobado por la Asamblea General de la Organización Médica Colegial el 25 de septiembre de 1999) el médico se compromete “a emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico, los conocimientos científicos vigentes y las posibilidades a su alcance”. A lo que se añade, en el art. 21.1 de dicho Código que “el ejercicio de la Medicina es un servicio basado en el conocimiento científico, en la destreza técnica y en actitudes éticas, cuyo mantenimiento y actualización son un deber individual del médico y un compromiso de todas las organizaciones y autoridades que intervienen en la regulación de la profesión médica”.

¹⁵ El ROPS contempla esta dinamicidad de las prestaciones en sus Disp. Adicionales 1ª y 2ª, distinguiendo al efecto entre

C) Otro rasgo que es preciso consignar se refiere al hecho de que las prestaciones sanitarias inciden sobre un ámbito de la persona que resulta *especialmente sensible desde el punto de vista de los derechos fundamentales*, concretamente sobre aquellos derechos fundamentales que se refieren a los bienes esenciales del ser humano y que derivan de modo directo de la propia “dignidad de la persona”.

La asistencia sanitaria afecta —por definición— a la salud e integridad física de las personas atendidas —e incluso a su propia vida—, pero también puede incidir sobre otros derechos fundamentales de los pacientes como son la libertad ideológica y religiosa —repárese en los no infrecuentes supuestos en los que se plantean conflictos entre la libertad personal de los pacientes y la protección de su salud, e incluso de su vida—, o el derecho a la intimidad personal. Pero también puede afectar a los derechos fundamentales de terceras persona (reproducción asistida, aborto, etc), o incluso del propio personal sanitario (objeción de conciencia).

De ahí que no sean infrecuentes en el ámbito sanitario las situaciones que son problemáticas desde el punto de vista ético y jurídico, e incluso situaciones en las que entran en conflicto diferentes derechos fundamentales de las personas afectadas. Y de ahí también que haya un espacio muy importante para las regulaciones deontológicas y para el tratamiento legal específico de determinadas actuaciones (hemodonación y transplantes de órganos, experimentación clínica, reproducción asistida, esterilización, etc.)¹⁶.

Pero además, las características de la actividad sanitaria asistencial —en la que las situaciones difíciles y doloras para los enfermos y sus familias no son en absoluto excepcionales— determinan también un perfil diferencial respecto a otros servicios y prestaciones públicas: hacen que la materia no pueda abordarse exclusivamente con meras pautas de gestión burocrática, ni tampoco de simple eficiencia gerencial, sino que se requiere un “su-

nuevas prestaciones sanitarias y nuevas técnicas o procedimientos diagnósticos o terapéuticos.

¹⁶ Para una aproximación general e introductoria sobre el Derecho médico, la Deontología médica y la Bioética véase el libro colectivo coordinado por C. Mª ROMEO CASABONA, Derecho biomédico y Bioética, Comares, Granada, 1998. Una amplia recopilación de regulaciones legales y de normativa deontológica sobre estas materias puede encontrarse en el libro colectivo coordinado por D. SERRAT MORÉ, Manual de normativa médica y sanitaria, Colex, Madrid, 1998.

plemento de alma”¹⁷, una especial atención desde el punto de vista de “la individualización, la dignidad y la humanidad en el trato a los pacientes y sus familiares”¹⁸.

D) Junto a ello, creo que debe destacarse también la gran relevancia que en la prestación de la asistencia sanitaria tienen los *elementos personales* –quién presta la asistencia sanitaria- y *temporales* –cuándo se presta-, así como las *circunstancias del lugar* o contexto físico en que se lleva a cabo.

Por lo que se refiere al primera aspecto, importa subrayar el clima de libertad y confianza que ha presidido tradicionalmente la relación médico-paciente y el carácter no fungible que se ha venido atribuyendo a la prestación de servicios médicos –recabados *intuitu personae*, esto es, en atención a las cualidades profesionales del médico y a la confianza otorgada al mismo-. Características que se intentan preservar en nuestra Sanidad pública mediante la afirmación del principio de libertad de elección de médico –que no rige obviamente con un carácter absoluto, sino que tiene límites y condicionamientos por razones organizativas - junto con otros elementos para personalizar la relación entre los Servicios de Salud y los pacientes²⁰.

¹⁷ Me parece que puede aquí tomarse a préstamo una expresión de Bergson que el Prof. J. Ruiz-Jiménez utilizó en su día para describir el espíritu que debía presidir la institución del Defensor del Pueblo (Informe anual a las Cortes Generales presentado por el Defensor del Pueblo correspondiente a su gestión en 1983, BOCG, Congreso de los Diputados, II Legislatura, Serie E, 17 de mayo de 1984, p. 493).

¹⁸ Palabras que figuran en el art. 4.º de la Ley canaria 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria.

¹⁹ Vid. art. 14 LGS, que consagra la libre elección de médico de atención primaria en el marco de la correspondiente Área de Salud y art. 10.13 del mismo texto legal, que reconoce el derecho “a elegir el médico y los demás sanitarios titulados”, si bien en unos términos debilitados al añadir “de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que se regule el trabajo sanitario en los Centros de Salud”. En el nivel reglamentario, y sin carácter básico, véase el RD 1575/1993, de 10 de septiembre, sobre libre elección de médico en atención primaria y el RD 8/1996, de 15 de enero, sobre libre elección de médico en atención especializada, disposiciones ambas aplicables en el ámbito territorial de gestión del INSALUD.

²⁰ Obsérvese al respecto el contenido del apartado 7 del art. 10 LGS que incluye entre los derechos de los usuarios, el derecho “a que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad”. Precepto redactado obviamente con la vista puesta en esos complejos establecimientos asistenciales que son los hospitales actuales y que se orienta a preservar una relación personalizada del paciente con el médico asignado.

Por lo que se refiere a la dimensión temporal de las prestaciones –el antes o después de la asistencia sanitaria-, es obvio que constituye igualmente un aspecto de la máxima relevancia hasta el punto de que en ocasiones resulta determinante para la posibilidad misma de una asistencia eficaz y que alcance sus objetivos, pues las consecuencias de un retraso pueden ser irreversibles, o incluso fatales. Lo cual se traduce, de una parte, en la necesaria dotación y ordenación de los servicios de urgencia –domiciliaria, ambulatoria y hospitalaria- para hacer frente a las situaciones que reclaman una actuación inmediata y, de otra parte, en la necesidad de fijar criterios para las atenciones no urgentes en las que la limitación de medios disponibles impone algún período de espera, dando lugar a las denominadas *listas de espera*.

Por lo que se refiere a las circunstancias del lugar o contexto físico en el que se llevan a cabo las prestaciones sanitarias, no cabe duda de que tienen una especial importancia en el caso de las hospitalizaciones –que hoy tienden a reducirse al máximo, acortando las estancias o sustituyéndolas por formas de asistencia ambulatoria-. La hospitalización conlleva, como es obvio, una relación especialmente intensa con los Servicios de Salud, lo que otorga una gran importancia a todas las cuestiones vinculadas al acondicionamiento material del enfermo (habitaciones individuales o compartidas, servicios complementarios, comodidades para los acompañantes –cuya presencia es exigida en ocasiones para el propio cuidado del enfermo-, etc). Cuestiones éstas por cierto que tradicionalmente quedaban relegadas a un plano muy secundario en nuestros hospitales públicos²¹.

E) Por último, constituye también un aspecto destacable a mi modo de ver las dificultades que para la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias derivan de la *multidimensionalidad* de lo sanitario²² y del carácter

²¹ El ROPS contempla tan sólo algún aspecto material de este acondicionamiento material al describir el contenido de la asistencia hospitalaria. Establece concretamente al respecto que la asistencia hospitalaria conlleva la “estancia en habitación compartida”, o bien individual “cuando las especiales circunstancias del paciente lo precisen” (apartado 3.3.i del Anexo I). Sólo contempla por tanto el derecho a la estancia en habitación individual cuando concurran unas circunstancias “especiales” cuyo alcance queda sin perfilar.

²² Expresión que tomo de J.L. VILLAR PALASÍ (Prestaciones sanitarias: catálogos. Problemas de su configuración normativa, en el vol. col. La gestión de los servicios sanitarios. Modelos alternativos, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1995, pp. 125 y ss, 177), donde señala al respecto lo siguiente:

“la Sanidad constituye un componente universal, adpuesto a cualquier vector competencial, aún aparentemente alejado de su núcleo fundamental. La ecología, la medicina pre-

borroso de las fronteras que separan la asistencia sanitaria respecto a otras problemáticas próximas o afines.

Al respecto cabe aludir por ejemplo a las actuaciones que se llevan a cabo en ámbitos sanitarios, pero cuya conexión con la salud de las personas afectadas puede ser tan sólo mediata o indirecta o incluso puede llegar a desaparecer: así, las intervenciones en el ámbito de la cirugía estética o de la cirugía transexual que se incluyen dentro de lo que se considera Medicina no curativa o "voluntaria". En tales casos se hace necesario deslindar, dentro de lo médicamente posible, aquéllo que se asume como prestación pública del sistema sanitario y se reconoce como tal en la normativa correspondiente²³. O en un sentido en cierto modo inverso al mencionado, cabe considerar determinados cuidados corporales que tienen una indudable relación con la salud —como los tratamientos en balnearios y las curas de reposo— pero que quedan²⁴ al margen del sistema público de asistencia sanitaria.

En otro orden de cosas, es preciso tener en cuenta que los Servicios de Salud entran en contacto forzosamente con situaciones de necesidad en las que las cuestiones de salud aparecen estrechamente vinculadas a otros aspectos o perspectivas. Es el caso de la atención a las personas con enfermedades crónicas o degenerativas y a las personas de edad avanzada con limitaciones funcionales importantes, atención que requiere una asisten-

ventiva, los ruidos, el medio ambiente, la detección precoz, la alimentación, la familia, el stress y su prevención, el derecho laboral en su faceta de prevención de accidentes y enfermedades laborales, los primeros auxilios, el deporte y tutti quanti elementos vitales apuntan al corazón de la Sanidad".

²³ En la vigente regulación positiva de las prestaciones sanitarias la cirugía estética sólo se asume por el sistema sanitario público cuando guarda relación con un accidente, una enfermedad o una malformación congénita (apartado 3 del Anexo III del ROPS, a contrario), y la cirugía de cambio de sexo, tan sólo en el supuesto de que sea "reparadora de estados intersexuales patológicos" (apartado 5 del Anexo III ROPS).

²⁴ A estos cuidados se refiere el art. 2.3.c) del ROPS, al excluir de las prestaciones sanitarias aquellas atenciones y servicios que constituyan "meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte, mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales, u otras similares, sin perjuicio de su posible atención por los servicios sociales o de otra naturaleza". También debe tenerse en cuenta al respecto lo dispuesto en el apartado 4 del anexo III del mismo Reglamento, en el que se excluyen de las prestaciones financiadas con cargo a los fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria "los tratamientos en balnearios y las curas de reposo".

cia que va más allá de lo estrictamente sanitario²⁵. Y otro tanto puede decirse del tratamiento de las personas con drogodependencias o situaciones afines (alcoholismo, ludopatías, etc.) y de las personas con determinadas enfermedades mentales.

III. LAS OPCIONES MÁS RELEVANTES QUE INCORPORA EL DERECHO POSITIVO VIGENTE EN LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS PÚBLICAS.

Una vez expuestos los rasgos más significativos que conforman las prestaciones sanitarias públicas desde un punto de vista conceptual, procede que centremos nuestra atención en la regulación positiva en vigor, para exponer de modo sintético las opciones fundamentales que incorpora dicha regulación. Con este objetivo abordamos a continuación de forma separada los siguientes aspectos:

- la determinación del contenido de las prestaciones que se reconocen (1);
- la configuración del acceso a las prestaciones como derecho subjetivo y su plena accionabilidad (2);
- los sujetos con derecho a la asistencia sanitaria pública, esto es, el ámbito personal de destinatarios de dicha asistencia sanitaria (3);
- la vertebración organizativa de los medios instrumentales establecidos para llevar a cabo las prestaciones (4).

1. La determinación del contenido de las prestaciones.

El marco legal general sobre el contenido de las prestaciones sanitarias públicas está constituido por los preceptos que la Ley General de Seguridad Social de

²⁵ El concepto que se ha consolidado al respecto es el de atención o asistencia sociosanitaria, en el que se refleja la confluencia entre aspectos de asistencia sanitaria y de asistencia social. Vid. por ejemplo el art. único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Servicio Nacional de Salud, en el que se alude a los servicios y establecimientos de "atención sanitaria o sociosanitaria" y el apartado I. 3 del Acuerdo parlamentario sobre consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud (aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 18 de diciembre de 1997), en el que se formulan una serie de propuestas en relación con la "asistencia sociosanitaria".

1974 dedicó a la asistencia sanitaria (arts. 98 y 103 a 108, todavía en vigor, sin perjuicio de que en no pocos aspectos hayan sido modificados o afectados por leyes posteriores) y por determinadas pautas normativas fijadas en la LGS que vienen a enmarcar la prestación de la asistencia sanitaria, aun sin pretender fijar su contenido propiamente dicho. Entre tales pautas cabe destacar determinadas reglas incluidas entre los “principios generales” del Sistema de salud que establece la Ley (Capítulo I de su Título I)²⁶, o la plasmación en dicho texto legal de determinados criterios organizativos (arts. 56 y ss.) que inciden de modo indirecto sobre la vertebración de las prestaciones sanitarias (así, la adopción de un esquema dual en la ordenación de la asistencia sanitaria - atención primaria y atención especializada-, la concepción de los Centros de Salud como establecimientos de atención primaria, la configuración de las funciones del hospital, etc). En el ámbito específico de las prestaciones farmacéuticas hay que tener en cuenta obviamente lo dispuesto por Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

Pero la fijación de lo que constituye propiamente el catálogo de prestaciones se contiene en la normativa reglamentaria sobre la materia aprobada en los años 90, en la que se fijó pormenorizadamente dicho contenido. Especialmente en el ROPS (RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud), y por lo que se refiere específicamente a las prestaciones farmacéuticas en los RRDD 83/1993, de 23 de enero, por el que se regula la selección de medicamentos a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud, y 16/1996, de 15 de enero, sobre efectos y accesorios sanitarios. Disposiciones éstas que están complementadas²⁷ o desarrolladas en algunos casos por otras posteriores y que conforman lo que suele conocerse como *catálogo de prestaciones*.

²⁶ Así, el énfasis en la acción preventiva que se refleja en los arts. 3.1 y 6, los derechos básicos de los usuarios enumerados en el art. 10, el derecho a la libre elección de médico de atención primaria que se establecido en el art. 14, los principios de igualdad y no discriminación en el acceso a las prestaciones que consagran los arts. 3.2, 10.1, 12 y 16, o las reglas sobre utilización de los servicios sanitarios contenidas en los arts. 16, 17 y 18.

²⁷ El ROPS ha sido objeto de desarrollo en relación con determinados aspectos. Así, la Orden de 18 de enero de 1996, de regulación de la prestación ortoprotésica (modificada por OOMM de 23 de julio de 1999 y 30 de marzo de 2000); la Orden de 30 de abril de 1977, sobre tratamientos dietoterápicos complejos; la Orden de 2 de junio de 1998, sobre nutrición enteral domiciliaria; y la Orden de 3 de marzo de 1999, sobre técnicas de terapia respiratoria a domicilio.

Dicho catálogo queda conformado en particular por lo dispuesto en el RD 63/1995, de ordenación de las prestaciones sanitarias, que, en el marco de las pautas generales establecidas en las disposiciones legales antes aludidas, contempla (Anexo I) cinco bloques de prestaciones “facilitadas directamente a las personas por el Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a [...] fondos estatales adscritos a la Sanidad”²⁸: 1º) Las prestaciones de *atención primaria*, cuyo contenido se explicita tanto con un alcance general como en relación con determinados colectivos de usuarios (atención a la mujer, a la infancia, y al adulto y anciano) e incluye a la atención primaria de urgencia ambulatoria o en el domicilio del paciente. 2º) La *atención especializada*, dentro de la cual se distinguen distintas modalidades: asistencia especializada ambulatoria en *consultas*, asistencia ambulatoria en “*hospital de día*” y asistencia en régimen de *hospitalización*²⁹. 3º) Las *prestaciones farmacéuticas*, cuya regulación concreta no se realiza en el ROPS sino en las disposiciones reglamentarias específicas a las que hemos aludido. 4º) Las denominadas “*prestaciones complementarias*”, entre las que se incluye la *prestación ortoprotésica* (prótesis quirúrgicas y ortopédicas, vehículos para inválidos, etc), el *transporte sanitario*, la *dietoterapia* y la *oxigenoterapia a domicilio*, en los términos fijados por el apartado 4 del Anexo I. 5º) Y por último, se contemplan

En el ámbito de las prestaciones farmacéuticas, el RD 83/1993 debe ser complementado con las disposiciones del RD 1867/1995, de 17 de noviembre, por el que se regula las prestaciones farmacéuticas a enfermos de SIDA, y del RD 1663/1998, de 24 de julio, por el que se excluyen determinados medicamentos de la financiación pública.

Junto a ello, debe tenerse en cuenta la vigencia parcial de algunas normas reglamentarias anteriores como son el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos de la Seguridad Social, o el RD 945/1978, de 14 de abril, sobre participación de los beneficiarios de la Seguridad Social en el precio de los productos farmacéuticos.

²⁸ Literalmente dice “con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la Sanidad”, pero en los momentos actuales se ha eliminado ya totalmente, como es bien sabido, la financiación procedente de la Seguridad Social.

²⁹ A la hospitalización puede accederse por indicación del médico especialista o a través de los servicios de urgencias “cuando el paciente necesite previsiblemente cuidados especiales y continuados, no susceptibles de ser prestados de forma ambulatoria o a domicilio”. El contenido que corresponde a la prestación de asistencia hospitalaria queda perfilado en el apartado 3.3º del Anexo I en unos términos muy amplios (obsérvese por ejemplo la formulación que figura en el apartado 3.3º.b): “Tratamientos o intervenciones quirúrgicas dirigidas a la conservación o mejora de la esperanza de vida, autocalentamiento y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento”).

los “servicios de información y documentación sanitarias”, bloque que agrupa diversas modalidades de información al paciente y sus familiares, así como la expedición de certificados médicos, partes de baja y documentos para la valoración de las incapacidades (apartado 5º del Anexo I).

Pero más que los pormenores concretos de esta enumeración de prestaciones³⁰ interesa reparar en algunas reglas de carácter general que se contienen en el ROPS con opciones y criterios que tienen un alcance determinante en la vertebración de nuestro sistema público de prestaciones sanitarias. Entre estas reglas destacamos las siguientes:

a) Las *cláusulas generales de carácter negativo* o de exclusión que incorpora el ROPS y que complementan la *lista positiva* de prestaciones a la que hemos aludido³¹.

b) La configuración de las prestaciones enumeradas con un carácter de mínimo asegurado a todos los ciudadanos por el Sistema Nacional de Salud y financiado con fondos estatales adscritos a la Sanidad, que no excluye la posibilidad de prestaciones adicionales establecidas por las Comunidades Autónomas “con cargo a sus propios recursos, o mediante precios, tasas u otros ingresos” (Disp. Adicional 5ª).

c) La mención de una serie de prestaciones que no se asumen por el sistema sanitario público con cargo a fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria, pero que pueden realizarse en el ámbito del Sistema Nacional de Salud “bien sea con cargo a otros fondos públicos o a los particulares que las soliciten”³².

³⁰ Para una exposición general en detalle véase M. ALONSO OLEA, Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, Civitas, Madrid, 1999, pp. 59-126. Como aportaciones sobre aspectos determinados, véase M. BEATO ESPEJO, El derecho a la prestación sanitaria: libertad de prescripción y dispensación, *Dy S*, 1994, 2, pp. 70 y ss. y J. L. BELTRÁN AGUIRRE, Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos, *id.*, pp. 91 y ss.

³¹ Vid. art. 2.3, en el que se excluyen las prestaciones en relación con las cuales no exista suficiente evidencia sobre su “seguridad y eficacia clínicas” o hayan quedado obsoletas (párrafo a) así como aquellas otras en las cuales no esté suficientemente probada su “contribución eficaz” para mejorar la salud del paciente entendida en los términos que precisa el párrafo b. También se excluyen (párrafo c) las actividades de ocio, descanso, confort, deporte, etc. a que hemos aludido supra (nota 23).

³² Vid. art. 4 ROPS que remite a la relación de prestaciones enumerada en el Anexo III.

d) La fijación de otras *cláusulas generales de carácter complementario* como son la explícita mención a los supuestos en los que los Servicios públicos de salud han de reclamar el importe de la asistencia sanitaria prestada si existen terceros obligados al pago de la misma³³ o si el usuario carece del derecho a la asistencia sanitaria³⁴, así como la previsión de los supuestos excepcionales en los que procede la situación inversa: esto es, la posibilidad de que los ciudadanos con derecho a la asistencia sanitaria reclamen el reembolso de determinados gastos por asistencia sanitaria recibida³⁵ fuera de la red asistencial del Sistema Nacional de Salud³⁶.

e) Y por último, las *reglas sobre actualización del catálogo de prestaciones* derivables de las Disposiciones Adicionales 1ª y 2ª, que contemplan tanto la incorporación de nuevas prestaciones como la adición de nuevas técnicas diagnósticas o terapéuticas en el marco de las prestaciones ya reconocidas.

El Derecho positivo vigente parte por tanto de un propósito de concreción normativa del catálogo de prestaciones, que en principio tiene un carácter cerrado: sólo se reconoce el derecho a obtener aquellas prestaciones expresamente incluidas en el catálogo al que acaba de aludirse. Aunque el grado de concreción de dicho catálogo no es el mismo en todos los casos³⁶, la opción general

³³ Por ejemplo, asistencia sanitaria prestada en supuestos de Seguros Obligatorios (*Seguro Obligatorio de vehículos a motor, de deportistas federados y profesionales, de viajeros, etc.*) o asistencia sanitaria prestada a los beneficiarios de las Mutualidades funcionariales que no hayan sido adscritos a la red sanitaria de la Seguridad Social a través del procedimiento establecido (vid. art. 3.1 y Anexo II ROPS, que complementan lo dispuesto en el art. 83 LGS y en la Disp. Adicional 22ª LGSS-1994).

Sobre esta cuestión véase el trabajo de A. MORALA GÓMEZ, La responsabilidad en el abono de la asistencia sanitaria por los centros públicos en casos de concurrencia con otros aseguramientos, *“Revista del Poder Judicial”*, 52 (1998), pp. 463 y ss.

³⁴ Vid. art. 16 LGS y art. 3.2 ROPS.

³⁵ Se trata de los casos de “asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud”, cuyo reembolso procede “una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”. Sobre el particular, véase lo que se dice más adelante en el texto.

³⁶ El detallismo es grande en algunos ámbitos (por ejemplo, medicamentos incluidos y excluidos de la prestación farmacéutica) pero en otros casos se utilizan cláusulas abiertas (obsérvese la descripción de las intervenciones quirúrgicas que forman parte de la asistencia hospitalaria –apartado 3.5.b Anexo I ROPS: “tratamientos o intervenciones quirúrgicas dirigidas a la conservación o mejora de la esperanza de vida, autovali-

que incorpora nuestro ordenamiento en este punto consiste en atribuir a las correspondientes disposiciones escritas la fijación del *quantum* prestacional otorgado por el sistema sanitario público, dando con ello un contenido concreto al derecho constitucional a la protección de la salud³⁷.

Ahora bien, debe notarse que en la práctica la jurisprudencia juega también un papel relevante en la determinación concreta del *quantum* prestacional reconocido a los ciudadanos por el sistema sanitario público fijando pautas interpretativas a tener en cuenta en la aplicación de la normativa vigente.

Al margen de las cuestiones interpretativas surgidas en torno a determinados conceptos utilizados por la normativa sobre prestaciones³⁸, debe hacerse mención aquí a

miento y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento” o la genérica referencia a la “rehabilitación” que figura en el apartado 3.5.d, también como contenido de la asistencia hospitalaria). En el caso concreto de los trasplantes, el detallismo de la redacción inicial del ROPS (apartado 3. 5º j: “transplantes de corazón, córnea, hígado, hueso, médula ósea, piel, pulmón y riñón, conforme a la legislación especial en la materia”) fue eliminado mediante una nueva redacción introducida con posterioridad (Disp. Adicional 2ª del RD 2070/1999, de 30 de diciembre, sobre obtención y utilización clínica de órganos humanos y coordinación territorial en materia de trasplante de órganos y tejidos) que se formula en términos de cláusula abierta (ahora se dice: “transplantes de órganos, tejidos y células de origen humano, conforme a la legislación expresa en la materia, y siempre que presenten una eficacia terapéutica comprobada”).

³⁷ Como se desprende de lo que se indica en el texto, la normativa vigente sobre prestaciones sanitarias públicas se caracteriza por un acusado protagonismo de las disposiciones reglamentarias, lo cual resulta objetable desde diversas perspectivas: la indudable relevancia política y jurídica de la regulación, a través de la cual se dota de contenido concreto al derecho constitucional a la protección de la salud, su carácter de legislación básica amparada en las reglas 16ª y 17ª del art. 149.1 CE, así como el propio mandato constitucional (art. 43.2 CE) de que la ley establezca “los derechos y deberes de todos al respecto” (ciertamente menos enérgico que otros preceptos constitucionales que formulan reservas de Ley). Véase sobre ello lo señalado por J. L. BELTRÁN AGUIRRE, *Prestaciones sanitarias*, cit. pp. 93-95.

Creo en particular que no pocas de las previsiones contenidas en el ROPS, que tienen un indudable carácter vertebrador y ordenador del conjunto de prestaciones (así, las que se enuncian en su articulado y también los elementos fundamentales que conforman los distintos bloques de prestaciones perfilados en el Anexo I), deberían estar incluidas en un texto con rango de Ley, sin perjuicio de la remisión al Reglamento para aspectos complementarios y de detalle.

³⁸ Cabe aquí mencionar, a título de ejemplo, la abundante jurisprudencia social recaída a propósito del alcance que deba darse al concepto prótesis especiales utilizado por el art. 108 LGSS-1974 y por el ROPS (apartado 4.1º in fine del Anexo I).

la jurisprudencia (social) producida a propósito del denominado “reintegro de gastos”, así como también a la jurisprudencia dictada en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de asistencia sanitaria o asistencia sanitaria defectuosa.

Por lo que se refiere al primer tema, procede recordar que el reintegro de gastos fue regulado en su momento por el art. 18 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos de la Seguridad Social, en desarrollo de lo previsto por el art. 102.3 de la Ley General de Seguridad Social de 1966 (precepto éste último luego incorporado al texto refundido que de dicha Ley se aprobó en 1974). El precepto reglamentario aludido contemplaba concretamente dos supuestos en los se exceptuaba el criterio general contrario al reintegro de los gastos abonados por servicios médicos realizados al margen de la organización asistencial de la Seguridad Social: a) cuando los gastos efectuados fueran consecuencia de una denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida por parte de la Entidad gestora de la Seguridad Social (art. 18.3); y b) cuando los gastos se hubieran producido en casos de “asistencia urgente de carácter vital” (art. 18.4)³⁹. Supuestos en relación con los cuales se produjo una amplia litigiosidad y una muy copiosa jurisprudencia que fijó unas pautas interpretativas al respecto, de interés para precisar el alcance concreto de las prestaciones reconocidas a los beneficiarios de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social⁴⁰.

O también, los pronunciamientos (asimismo de la jurisdicción social) producidos en relación con el alcance que debe darse al derecho al suministro de vehículos para inválidos (“vehículos para aquellos inválidos cuya invalidez así lo aconseje”, en los términos que utiliza el art. 108 LGSS-1974 y el apartado 4.1º c del Anexo I ROPS). En relación con este último concepto, se ha planteado concretamente la cuestión de si comprende o no la obligación de suministrar sillas de ruedas de tracción eléctrica (vid. al respecto el Auto del TS de 22 de diciembre de 1998 –Ar. 1999, 379- y las Sentencias del mismo Tribunal de 26 de enero de 2000 –Ar. 1313-, 7 de febrero de 2000 –Ar. 1609- y 5 de abril de 2000 –Ar. 2616-).

³⁹ En términos sustancialmente coincidentes véase, en relación con el personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado, el art. 19.2 de dicha Ley 29/1975 y el art. 90 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo (RD 843/1976, de 18 de marzo).

⁴⁰ Un buen resumen de esta jurisprudencia puede encontrarse en M. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, pp. 212-216; exposición que puede completarse con los datos relativos a la jurisprudencia producida en el período 1991-1995 que incorpora el estudio de M. ALARCÓN CARACUEL, *La cartera de prestaciones. Reintegro de gastos*, en el vol. col.

En la actualidad, el marco normativo vigente respecto de esta cuestión resulta todavía más restrictivo, lo cual es consecuencia tanto de la opción contraria al reintegro de gastos que incorpora la LGS⁴¹, como de la redefinición, en un sentido reductor, que vino a realizar el ROPS de los supuestos de reintegro de gastos. En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el Decreto 2766/1967, se contempla ahora (art. 5.3 ROPS) un solo supuesto que se formula como “asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital” y que se enmarca además dentro de otras cautelas restrictivas⁴².

Pero a pesar de esta formulación reticente, la cláusula de reintegro de gastos sigue teniendo un juego algo más amplio del que podría derivarse de una primera lectura de las disposiciones que se refieren a la misma y permite a la jurisprudencia fijar algunas pautas que conducen hacia el sistema sanitario público determinados supuestos de asistencia realizada al margen de la red asistencial pública.

Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, *Gobierno Vasco, Vitoria, 1996, pp. 115 y ss., 121-134. Véase también M. ALONSO OLEA, Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, Civitas, Madrid, 1994, pp. 47-51.*

⁴¹ Es el art. 17 LGS el que incorpora de modo explícito dicha opción: “Las Administraciones públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos, no abonarán a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquéllos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias”.

Este precepto parece descansar en la defensa del sistema de provisión pública de la asistencia sanitaria que la LGS vino a respaldar y consolidar. Y expresa un perceptible recelo del legislador ante una fórmula –el reintegro de gastos– cuya aplicación puede dar lugar a utilizaciones abusivas de la misma y a desigualdades entre ciudadanos. Es claro en todo caso que el precepto reproducido –formulado con un laconismo y un rigor acaso excesivos– no ha sido objeto de una interpretación literal, que hubiera conducido a entenderlo como prohibición absoluta de reintegro de gastos con la consiguiente derogación del art. 18.3 y 4 del Decreto 2766/1967. Por el contrario, tras la LGS siguieron aplicándose las excepciones establecidas en dicho artículo, hoy sustituidas por el art. 5.3 ROPS.

⁴² Los gastos se reembolsarán “una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente” los servicios del Sistema Nacional de Salud “y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”.

Sobre las diferencias que incorpora la nueva formulación del reintegro de gastos en el ROPS respecto a la redacción contenida en el art. 18 del Decreto 2766/1967, véase ALARCÓN CARACUEL, La cartera de prestaciones. Reintegro de gastos, pp. 140-143, autor que se muestra crítico con la supresión del primer grupo de supuestos que contemplaba el Decreto 2766/1967 (los de denegación injustificada de la asistencia sanitaria debida).

Merece la pena destacar al respecto cómo, por ejemplo, la jurisprudencia social ha venido reconociendo el derecho al reintegro de gastos por asistencia sanitaria a españoles que, encontrándose ocasionalmente en un país extranjero, sufren una enfermedad imprevista que les obliga a ser hospitalizados e intervenidos⁴³, pero no en cambio en los supuestos en los que hay un desplazamiento al extranjero con el objetivo de procurarse una asistencia sanitaria con medios técnicos más avanzados que los existentes en España⁴⁴. También interesa notar

⁴³ En relación con ello resulta de interés la reciente sentencia de 4 de abril de 2000 (Ar. 2615) relativa a una persona que, encontrándose en Venezuela, donde había viajado para visitar a sus hijos sufre un infarto de miocardio y debe ser hospitalizado e intervenido en un centro sanitario de Caracas. Solicitado el reintegro de los gastos correspondientes, se denegó dicho reintegro tanto en vía administrativa como judicial (Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de mayo de 1999). Pero el TS anula dicha Sentencia al resolver el recurso de casación interpuesto contra la misma y reconoce el derecho al reintegro de los gastos invocando la doctrina sentada por la propia Sala de lo Social del TS en sentencia de 3 de junio de 1975, que resolvió en sentido favorable al reintegro de los gastos producidos “por la curación de una enfermedad inesperadamente padecida en el extranjero y que por su gravedad no permitía el traslado y tratamiento en España” (Fundamento 2º de la Sentencia de 4 de abril de 2000).

⁴⁴ Vid en este sentido los pronunciamientos que citan ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, Compendio, pp. 213-214 y ALARCÓN CARACUEL, La cartera de prestaciones, pp. 123-125.

En particular, en la STS de 16 de noviembre de 1989 (Ar. 8069), relativa a una operación de corazón que hubiera podido realizarse en España pero en la que se optó por hacerla en Estados Unidos ante las mayores posibilidades de supervivencia –el triple– que se ofrecían en un centro especializado de dicho país, se razonaba al respecto del siguiente modo:

“la Seguridad Social tiene que garantizar tanto la eficacia e igualdad de los servicios prestados, como la estabilidad financiera del sistema [...] y el acudir por decisión propia a una asistencia conforme a las técnicas más avanzadas, no puede razonablemente constituir el contenido de la acción protectora del sistema. El artículo 43 de la Constitución se inicia con el derecho a la protección de la salud, señalando que la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto, con lo que está excluyendo los que por su índole emergente o limitado sólo son accesibles a algunos, no a todos. Es evidente que respecto a aquellos medios que solamente son accesibles y disponibles en países más avanzados y que poseen un nivel científico y de desarrollo superior y que por ello y sólo por ello no son accesibles en España, la Seguridad Social no está obligada a prestar la asistencia médica por la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios de la Seguridad Social”.

La postura negativa de la jurisprudencia en este punto, que resulta razonable con carácter general, adquiere con todo un carácter excesivamente rígido –y discutible– en determinados supuestos. Véase así el caso resuelto por la STS de 13 de octubre de 1994 (Ar. 8050) en la que se denegó el reintegro de

cómo la jurisprudencia reciente mantiene el concepto de “error de diagnóstico”, acuñado durante la vigencia del art. 18 del Decreto 2766/1967, para fundamentar la obligación de reintegro de gastos en los supuestos en los que la red asistencial pública ha proporcionado un diagnóstico equivocado o deficiente, y el paciente ha conseguido una curación o mejora en el ámbito asistencial privado⁴⁵. O incluso cabe aludir a algún supuesto excepcional en el que la simple demora consecuencia de la inclusión del paciente en una lista de espera genera la posibilidad de

gastos en relación con una enfermedad ocular denominada “retinosis pigmentaria”- de carácter progresiva e irreversible hasta la ceguera total- para la que no existía en España tratamiento médico y quirúrgico alguno, razón por la cual el paciente se trasladó a Moscú para ser tratado en un Hospital de dicha ciudad.

⁴⁵ Ilustrativo en este punto resulta el supuesto resuelto por la Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de enero de 1996 y al que se alude en la posterior STS (Social) de 8 de noviembre de 1999 (Ar. 9416) que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra una Sentencia del TSJ de Madrid de 21 de junio de 1998 en el que se invocaba como sentencia contradictoria la aludida sentencia del mismo Tribunal de 3 de enero de 1996.

En el supuesto de hecho que había resuelto esta última sentencia (según el relato de la misma que figura en el fundamento 1º de la STS de 8 de noviembre de 1999), el reclamante del reintegro había sufrido un accidente de tráfico del que derivaron unas lesiones y tras recibir el oportuno tratamiento en el ámbito público, recibió un informe por los servicios médicos asignados en el que se le indicaba que “es técnicamente imposible actuar quirúrgicamente sobre la cadera derecha”, añadiéndose que “pensamos que la situación global es comprometida, sin poder ofrecer una situación factible”. No conforme con este diagnóstico, el interesado acudió a una clínica privada en la que fue intervenido quirúrgicamente, obteniendo una “notable mejoría pues pasó de ir en silla de ruedas a caminar apoyado en un bastón”. Ante estos hechos, el TSJ de Madrid (sentencia de 3 de enero de 1996) consideró que se había producido una denegación de la asistencia y condenó al INSALUD demandado al reintegro de los gastos.

Por su parte, la STS de 8 de noviembre de 1999 desestimó el recurso de casación interpuesto por entender que no existía identidad en los hechos a los que se refería la sentencia recurrida (de 21 de junio de 1998) respecto a la invocada como contradictoria (la de 3 de enero de 1996). Pero importa subrayar que el TS mantiene en esta sentencia la pervivencia de su doctrina sobre el error de diagnóstico en el nuevo marco normativo del reintegro de gastos establecido por el ROPS. Recuerda el Tribunal al respecto la creación judicial de la doctrina del reintegro de gastos en casos de error de diagnóstico, a partir de una sentencia de 3 de junio de 1965, a pesar de que no se contemplaba en la literalidad de la norma reguladora del reintegro de gastos (en su momento, en el art. 73 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Enfermedad de 20 de marzo de 1948), y entiende que esta doctrina debe mantenerse en la actualidad, dentro del marco normativo sobre la materia establecido en el ROPS, pues subsisten las mismas razones que dieron lugar a la creación de esta doctrina (fundamento 2º).

recabar privadamente la asistencia con posterior derecho al reintegro de los gastos correspondientes⁴⁶.

Por lo que se refiere al juego de la institución de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la asistencia sanitaria, es claro que su objetivo primario no se sitúa en la determinación del contenido de las prestaciones sanitarias públicas, sino en la reparación de los daños irrogados a los ciudadanos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios. Pero no menos cierto es que en la práctica determinados pronunciamientos

⁴⁶ Se trata del caso abordado por la STS de 21 de febrero de 1995 (Ar. 1168), en la que de modo excepcional se rompe el criterio general aplicado por la jurisprudencia de que la simple inclusión en una lista de espera no faculta a los usuarios para acudir a la Medicina privada con posterior derecho al reintegro de los gastos. Esta sentencia se produjo a propósito de un paciente que debía ser operado urgentemente según el diagnóstico de los propios servicios públicos de salud, pero que sin embargo no fue ingresado para la realización de la correspondiente intervención.

Pero tal como acaba de apuntarse, el criterio general que sostiene la jurisprudencia es el contrario, lo que puede ilustrarse con el caso resuelto por la STS de 7 de octubre de 1996 (Ar. 7496), referida a una enferma de riñón que venía recibiendo asistencia sanitaria del INSALUD –hemodiálisis- y estaba incluida en lista de espera para ser objeto de trasplante y que decidió trasladarse a Estados Unidos para recibir el trasplante en un hospital de Houston. El reintegro de los gastos correspondiente –más de 18 millones de pesetas- fue desestimado en vía administrativa pero conseguido ante la jurisdicción social (Sentencia del TSJ de Madrid de 2 de noviembre de 1995). No obstante, el TS entiende improcedente el reintegro de gastos, y en consecuencia casa la sentencia recurrida, razonando del siguiente modo (fundamento 2º.2):

“el INSALUD prestó asistencia a la beneficiaria demandante, dándole el tratamiento oportuno e incorporándola a la lista de espera para efectuar el trasplante, sin que la demora para la realización de la correspondiente intervención quirúrgica manifestara desatención, teniendo en cuenta las evidentes dificultades para obtener el órgano a transplantar y la existencia de otros muchos beneficiarios en igual necesidad [...] Es obviamente comprensible la conducta observada por la beneficiaria, motivada por su justificado deseo de reestablecer su salud, pero, aún siendo así, el abandono voluntario del servicio médico que tenía asignado, acudiendo a centro hospitalario del extranjero, por su propia voluntad y sin efectuar notificación alguna, excluye el reintegro que pide, en tanto que no encuentra fundamento en el marco legal aplicable, siendo de significar que [la] conclusión contraria supondría, como declara nuestra sentencia de 25 de septiembre de 1986, privilegiar a la hoy recurrida con respecto a otros beneficiarios que aquejan igual mal y que carecen de medios económicos para actuar como lo hizo aquélla”.

A ello se añade por el Tribunal la afirmación de que no se trataba de un caso de urgencia vital “pues ésta supone la aparición súbita de un cuadro clínico que requiere inmediata atención, imposibilitando acudir al servicio médico asignado, lo que no acaece en el supuesto controvertido”.

judiciales sobre responsabilidad contribuyen de manera indirecta a fijar el contenido de las prestaciones sanitarias al establecer pautas complementarias que precisan el alcance de las obligaciones de los Servicios de Salud respecto a los ciudadanos que han de atender, especialmente en el ámbito de la asistencia hospitalaria, en relación con la cual se plantean la mayor parte de los supuestos de responsabilidad patrimonial.

En efecto, dentro de la muy abundante casuística jurisprudencial producida en los últimos años⁴⁷, cabría destacar los pronunciamientos en los que se condena a la Administración por daños derivados de situaciones de inasistencia o de asistencia insuficiente⁴⁸, o por una asis-

⁴⁷ Esta jurisprudencia procede de diversos órdenes judiciales, habida cuenta de que tanto la jurisdicción civil como la contencioso-administrativa y la social han venido conociendo en los últimos años de supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración producidos con ocasión de la prestación de la asistencia sanitaria pública. Es sabido no obstante que las reformas legales introducidas por la LJ de 1998 (art. 2.e de la Ley 29/1998, de 13 de julio, en conexión con el nuevo párrafo 2º introducido en el art. 9.4 la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 6/1998, de 13 de julio) y por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la LAP (nueva formulación de la Disp. Adicional 12ª de la LAP) modifican esta situación al afirmar de modo expreso la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la materia. Jurisdicción que, salvando los supuestos en los que se siga un proceso penal, resulta ahora de modo inequívoco la única competente para enjuiciar supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración producidos con ocasión de la prestación de la asistencia sanitaria.

⁴⁸ Como ejemplos ilustrativos, cabe citar las condenas a las Administraciones sanitarias a indemnizar los daños causados a los pacientes en los siguientes casos (de los que apunto tan sólo el núcleo de la situación abordada sin entrar en los pormenores de cada uno de ellos):

- Fallecimiento de un paciente en un supuesto de ausencia del personal del servicio de urgencias del hospital con la correspondiente tardanza en la atención e intervención al enfermo. STS de 29 de julio de 1986 (Contencioso-administrativo). Ar. 6908.

- Falta de camas en un hospital público que conlleva la inasistencia a un enfermo urgente. STS de 6 de julio de 1990 (Civil). Ar. 5780.

- Carencia de medios diagnósticos suficientes en un hospital público por encontrarse de vacaciones la única persona que realizaba los encefalogramas. STS de 6 de marzo de 1995 (Civil). Ar. 1782.

- Enfermo con traumatismo craneo-encefálico grave que no es ingresado en el servicio de neurocirugía del hospital sino en el servicio de otorrinolaringología debido a la circunstancia de que el primero estaba reducido a la mitad de su capacidad por vacaciones del personal. STS de 3 de septiembre de 1996 (Civil). Ar. 6501.

- Carencia en el hospital de una unidad coronaria en la que hubiera debido ser ingresado el paciente y retraso en el ingreso

tencia prestada de modo deficiente desde diversos puntos de vista⁴⁹. Pronunciamientos a través de los cuales la

del mismo en otro centro sanitario dotado de tal unidad coronaria. STS de 13 de octubre de 1998 (Contencioso-administrativo). Ar. 7820.

- Tardanza excesiva del servicio de urgencias domiciliarias en acudir al domicilio del paciente. Sentencia del TSJ de Navarra de 20 de octubre de 1998 (Civil), ADS, 46, 1999, pp. 10-14.

De particular interés resulta la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000 (Contencioso-administrativo, ADS, 63, 2000, pp. 539-540.) que condena a la Administración a indemnizar a los familiares por el fallecimiento de un paciente que se encontraba en lista de espera para ser operado de corazón (la intervención había sido calificada por el Servicio de Cardiología como "preferente", pero no como urgente). En dicha Sentencia se realiza una aproximación general a la cuestión de la responsabilidad patrimonial de la Administración en relación con los pacientes incluidos en listas de espera, con algunos criterios para deslindar los perjuicios que deben ser asumidos por los usuarios -en cuanto que éstos tienen el deber jurídico de soportarlos- de aquéllos otros que son antijurídicos y en consecuencia deben ser indemnizados por la Administración. Entre los primeros menciona "los que se refieren a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación". En cambio, el perjuicio será indemnizable "cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, si mitiguen la eficacia de la intervención esperada".

⁴⁹ El caso más frecuente es el de las infecciones intrahospitalarias, esto es, enfermedades contraídas por infecciones durante la estancia en el hospital (véase por ejemplo al respecto la STS de 11 de mayo de 1999 -Contencioso-administrativo, Ar. 4917-, a propósito de la administración de una inyección que produjo al paciente una entrada de gérmenes nocivos desencadenantes de una gangrena fulminante), así como los contagios del SIDA y del virus de la Hepatitis C con ocasión de transfusiones de sangre realizadas en centros sanitarios públicos. Para el estudio específico de esta última cuestión véase J. L. MUGA MUÑOZ, La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el contagio del SIDA, RAP 136, 1995 y O. MIR PUIGPELAT, La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad, Civitas, Madrid, 2000, pp. 285-303.

Pero la casuística jurisprudencial ofrece también un amplio abanico de supuestos distintos de los aludidos entre los que cabe mencionar los siguientes:

- Defecto de información al paciente sobre los medicamentos contraindicados con una vacuna antitirífica que se le había administrado y como consecuencia de lo cual se produce una lesión con secuelas de invalidez. STS de 22 de noviembre de 1991 (Contencioso-administrativo). Ar. 8844.

- Tornillo que se desprende de un aparato utilizado en una intervención quirúrgica y que queda alojado en el cuerpo de la paciente. STS de 26 de septiembre de 1997 (Civil). Ar. 6458.

jurisprudencia está de hecho contribuyendo a fijar el alcance⁵⁰ y los requisitos mínimos de la asistencia sanitaria pública⁵¹.

La jurisprudencia juega por tanto en la práctica, a través de las dos vías aludidas, un papel complementario en la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias públicas que se manifiesta en el establecimiento de pautas mínimas en cuanto al tiempo, a la calidad y a la diligencia exigibles en la prestación de la asistencia sanitaria pública. Pautas mínimas cuya inobservancia puede dar lugar a una obligación de financiar *a posteriori* los gastos pagados por servicios médicos recabados privadamente o de compensar económicamente los daños causados como consecuencia de las insuficiencias o deficiencias del sistema público asistencial⁵¹.

2. La configuración del acceso a las prestaciones como derecho subjetivo.

La posición jurídica del ciudadano en relación con el acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas está sólidamente construida y queda configurada con todas las

características del derecho subjetivo plenamente accionable en vía administrativa y jurisdiccional.

Esta solidez de la posición jurídica del ciudadano en la obtención de las prestaciones sanitarias estaba ya consagrada en nuestro Derecho positivo en la normativa reguladora de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social de los años 60 y 70⁵², que era por ello justamente considerado por la doctrina como un modelo avanzado o perfeccionado en la protección de los ciudadanos en su acceso a las prestaciones ofrecidas por los servicios públicos⁵³. Pero no cabe duda de que en la actualidad esa solidez de la posición jurídica del ciudadano se ha visto todavía más reforzada en virtud de la evolución experimentada por nuestro ordenamiento jurídico en las últimas décadas.

Resulta obvio así en primer lugar el explícito respaldo que recibió la posición jurídica del ciudadano en este ámbito con la consagración constitucional del derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE) —como una de las derivaciones más señaladas de la concepción de nuestro Estado como *social* que propugna la *igualdad* como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico (art.1.1 CE)⁵⁴—, así como con la regulación general de nuestro sistema sanitario contenida en la LGS de 1986,

- Extravío de la historia clínica correspondiente a un paciente ingresado en un hospital en la que consta que padecía el SIDA. Ello dio lugar a su utilización por terceras personas que intentaron chantajear al paciente remitiendo comunicaciones anónimas al propio paciente y al Director del establecimiento docente en el que cursaban estudios sus hijos. STS de 27 de enero de 1997 (Civil). Ar. 21.

⁵⁰ Dejo ahora fuera algún pronunciamiento en el que parece apuntarse que la indemnización por daños es una más de las prestaciones que se reconocen a favor de los ciudadanos con derecho a la asistencia sanitaria pública. Así, en la STSJ de Baleares de 25 de junio de 1999 (ADS, 57, 2000, pp. 40-43, Fundamento 7º) se afirma que la responsabilidad por daños “forma parte del contenido del servicio garantizado” (“La responsabilidad médica y hospitalaria pública debe alcanzar una cobertura prácticamente integral por las lesiones que se le pueden causar al ciudadano con ocasión de la asistencia médica que reclama ya que tal cobertura de riesgos ha de entenderse que forma parte del contenido del servicio garantizado”). Enfoque que a mi juicio no es acertado en la medida en que puede conducir a difuminar equívocamente las esenciales diferencias que hay entre prestaciones sanitarias y responsabilidad por daños desde el punto de vista de su fundamentación legal y de su finalidad.

⁵¹ La jurisprudencia viene a ejercer así, a través de las dos vías apuntadas y mediante la labor propiamente interpretativa de la lista positiva de prestaciones que contiene la normativa en vigor, un papel relevante en la interpretación y aplicación del catálogo de prestaciones. Una interpretación y aplicación que debe hacerse obviamente en el marco del derecho constitucional a la protección de la salud (que en el decir del art. 53.3 CE “informará ... la práctica judicial”).

⁵² Artículos 98 a 108 de la Ley de Seguridad Social de 1966 (texto articulado aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril), desarrollados por el ya citado Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos de la Seguridad Social. Los arts. 98 a 108 de la Ley de Seguridad Social de 1966 fueron incorporados a los arts. de la misma numeración de la LGSS-1974.

⁵³ Véase en este sentido las sucesivas ediciones del Curso de Derecho Administrativo, II, de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, quienes ya en la 1ª edición de dicha obra (Civitas, Madrid, 1977, p. 71) destacaban cómo “la reglamentación del servicio es en este caso especialmente detallada, configurando sus normas auténticos derechos de contenido bien delimitado, cuya determinación remite a una simple aplicación de los preceptos que con carácter general establecen el nivel de cada prestación, con total exclusión en muchas de ellas, de todo margen de discrecionalidad”. En términos similares, p. 76 de la 5ª ed., Civitas, Madrid, 1998.

⁵⁴ Aunque el derecho a la protección de la salud no se integra -dada su ubicación sistemática (en el Capítulo III del Título I)- entre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, debe tenerse en cuenta el mandato general incorporado al art. 53.3, según el cual los preceptos incluidos en dicho Capítulo III “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”.

Ley que incorporó no pocos elementos de reforzamiento de esa posición⁵⁵.

Y debe repararse también en el dato de que la ya citada normativa reglamentaria sobre catálogo de prestaciones aprobada en los años 90 vino a perfilar el contenido concreto de algunas prestaciones que hasta entonces estaban formuladas tan sólo en términos genéricos, aportando con ello unos mayores niveles de concreción en la determinación del *quantum* prestacional⁵⁶.

Pero junto a ello, no puede pasarse por alto el reforzamiento que para determinados colectivos de personas deriva en este punto de una serie de disposiciones legales que contemplan de modo específico el derecho a la asistencia sanitaria de las personas que se encuentran en alguno de esos colectivos: es el caso de los internos en centros penitenciarios⁵⁷, los minusválidos⁵⁸, los menores⁵⁹ o los extranjeros⁶⁰.

A lo cual debe añadirse el hecho de que el vigente Código Penal de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre)

⁵⁵ Piénsese, entre otros aspectos que cabría citar, en la configuración de la asistencia sanitaria como un derecho del que son titulares “todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional” (art. 1.2 LGS), los cuales están legitimados para ejercitarlo “tanto en la vía administrativa como judicial” (art. 1.4), el énfasis en la igualdad y no discriminación en el acceso a los servicios sanitarios (arts. 3.2, 3.3, 10.1, 12 y 16), la afirmación del carácter integral de la asistencia sanitaria pública (art. 46.b y e) o algunos de los preceptos que se incluyen en la relación de derechos de los usuarios respecto a las Administraciones sanitarias que contiene el art. 10 de la Ley (véanse en particular los apartados 12 y 14 de dicho artículo).

⁵⁶ Es el caso de la asistencia sanitaria hospitalaria, que en la normativa sobre asistencia sanitaria de la Seguridad Social (art. 104.4 LGSS-1974 y art. 19 del Decreto 2766/1967) quedaba configurada en unos términos muy genéricos y que recibe unos niveles mayores de concreción en el ROPS (apartado 3 del Anexo I), o también de las prestaciones ortoprotésicas (cuyo contenido preciso fue fijado mediante la Orden de 18 de enero de 1996).

⁵⁷ Vid. arts. 36 a 40 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, objeto de desarrollo por el RD 190/1996, de 9 de febrero, que aprueba el Reglamento Penitenciario.

⁵⁸ Arts. 12 y 13 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, objeto de desarrollo mediante los arts. 4 a 9 del RD 383/1984, de 1 de febrero.

⁵⁹ Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (art. 24) y LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (art. 10.3).

⁶⁰ Art. 12 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

haya introducido una figura delictiva específica de denegación de asistencia sanitaria y abandono de los servicios sanitarios que se incluye en el Título IX (“De la omisión del deber de socorro”) de su Libro II: es concretamente el art. 196 el que formula este delito al castigar al profesional que “estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas”⁶¹.

El precepto citado viene a dar una relevancia penal a determinados incumplimientos de las obligaciones que recaen sobre el personal que desarrolla su actividad en los establecimientos sanitarios, proyectándose obviamente de manera especialmente intensa sobre el personal responsabilizado de los servicios de urgencia de hospitales y centros de salud. A través de este reproche incluido en el Código Penal – que no existe en relación con otras prestaciones o servicios públicos por relevantes que sean – queda reforzada la posición de la persona necesitada de asistencia sanitaria inmediata, incluso en el supuesto de que se trate de usuarios sin derecho a la asistencia por los Servicios públicos de salud⁶².

Todos estos datos, a los que todavía habría que añadir otros como el criterio de *accesibilidad máxima* que presiden las reglas de funcionamiento de los servicios sanitarios públicos y que tiene muy numerosas manifestaciones (funcionamiento permanente de determinados servicios para la atención sanitaria urgente, facilitación de la información al público sobre servicios y prestaciones, reducción al mínimo de las formalidades administrativas, facilitación del transporte sanitario en situaciones de urgencia mediante ambulancias e incluso mediante helicópteros, etc.) contribuyen a dotar de unos perfiles particularmente enérgicos al derecho de los ciudadanos a la obtención de las prestaciones sanitarias públicas. Un derecho éste cuya tutela judicial corresponde ordinaria-

⁶¹ Como aportaciones doctrinales monográficas sobre este delito, véase P. FARALDO CABANA, El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios, “Revista del Poder Judicial” 55 (1999) y R. HERMOSILLA MARTÍN, El delito de omisión de socorro sanitario: su enjuiciamiento a través de la institución del jurado, en el vol. col. La responsabilidad civil y penal del médico, Colegio Oficial de Médicos de Madrid, 1999.

⁶² Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo establecido por el art. 16 LGS, tales usuarios tienen derecho a ser atendidos por los Servicios de salud en condiciones de igualdad respecto a los usuarios con derecho a la asistencia sanitaria, sin perjuicio de que se les deba facturar la asistencia recibida con arreglo a los costes efectivos de la misma.

mente a la Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción Social⁶³.

3. Los sujetos con derecho a la asistencia sanitaria pública.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias públicas, las reglas vigentes en la actualidad son el resultado del proceso de extensión progresiva de dicha cobertura que se ha vivido en nuestro país en las últimas décadas, mediante sucesivas ampliaciones del colectivo de personas que tienen reconocido el derecho a beneficiarse de la asistencia sanitaria pública. Un proceso inspirado claramente en un propósito universalizador que la Constitución y la Ley

⁶³ Vid. art. 2.b del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril) y art. 3.a LJ. La competencia es en cambio de la Jurisdicción Contencioso-administrativa cuando se trata de la tutela judicial del derecho a la asistencia sanitaria de los beneficiarios de los regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios (así, la asistencia sanitaria prestada a los beneficiarios de MUFACE, de acuerdo con lo establecido en la Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado, y en el RD 843/1976, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo).

Con todo, debe observarse que el accionamiento en vía judicial resultará en la práctica un mecanismo escasamente operativo en no pocos supuestos —piénsese en la atención sanitaria de carácter urgente o en la actuación mediante transplante de órganos, necesariamente subordinada a la disponibilidad de órganos de las características requeridas en cada caso y a lo que resulte de unas listas de espera de compleja gestión—. Y ello por más que se perfeccionen las fórmulas de control judicial frente a la inactividad administrativa (como ha hecho la LJ de 1998).

Más operativo resulta en cambio en la práctica la utilización de la vía del denominado “reintegro de gastos”, que comporta la posibilidad de procurarse la asistencia sanitaria al margen del sistema asistencial público, con un posterior derecho a reclamar el reembolso de los gastos pagados a la Administración responsable de prestar la asistencia. Pero debe tenerse en cuenta que esta fórmula tiene en nuestro Derecho positivo un carácter excepcional y está formulada, como hemos tenido ocasión de indicar, en unos términos muy restrictivos, razón por la cual cubre tan sólo un abanico muy reducido de situaciones.

Cabe también por supuesto a posteriori el ejercicio de acciones de responsabilidad en supuestos de inasistencia o asistencia deficiente en los que se hayan irrogado daños a los pacientes afectados (responsabilidad patrimonial o, incluso, responsabilidad penal), pero es obvio que tales acciones en modo alguno pueden lograr el restablecimiento del derecho a la asistencia sanitaria debida, sino tan sólo pueden dar lugar a unas compensaciones económicas por los daños causados a unos bienes de la persona (salud, integridad física y vida) que no son en realidad susceptibles de equivalente económico y, por tanto, no pueden ser objeto de reparación íntegra.

General de Sanidad vinieron a respaldar, pero que no ha llegado a culminar todavía hoy en una universalización plena y sin fisuras del derecho a la asistencia sanitaria.

En efecto, en virtud de una serie de ampliaciones producidas sobre todo a lo largo de los años 80 vino a romperse el principio contributivo en el que descansaban las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social; principio en base al cual la cobertura de dichas prestaciones alcanzaba a una parte mayoritaria de la población —trabajadores activos y pensionistas así como los familiares o asimilados a cargo de unos y otros⁶⁴—, pero en modo alguno a toda ella.

Esta ruptura del principio contributivo se manifestó a través de diversas disposiciones que de forma asistémica y dispersa fueron reconociendo el derecho a la asistencia sanitaria a diversos colectivos de personas sin exigir los tradicionales requisitos de afiliación y cotización a la Seguridad Social. Así se hizo en efecto con las viudas y familiares de fallecidos como consecuencia de la Guerra Civil (Ley 5/1979, de 21 de junio, y Orden Ministerial de 27 de enero de 1981), los trabajadores emigrantes retornados a España (Orden Ministerial de 18 de febrero de 1981), los minusválidos con independencia de que desarrollen o no una actividad laboral (Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos⁶⁵), los desempleados, aunque no perciban prestaciones periódicas por desempleo (Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección del desempleo), los pensionistas de clases pasivas (art. 54 de la Ley 37/1988, de 29 de diciembre), las personas que carecen de un nivel mínimo de recursos económicos (arts. 79.1.b y 80 LGS y RD 1088/1989, de 8 de septiembre), o también los perceptores de prestaciones no contributivas (Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas)⁶⁶.

⁶⁴ Vid. art. 100.1 LGSS-1974 y art. 2 del Decreto 2766/1967, de 18 de noviembre.

⁶⁵ Vid. arts. 12.2 y 13 de la mencionada Ley y arts. 4 a 9 del RD 383/1984, de 1 de febrero, por el que se regula el sistema de prestaciones a los minusválidos. En particular, cabe subrayar el principio de gratuidad total que se establece en el suministro de especialidades farmacéuticas a los beneficiarios incluidos en el ámbito de aplicación de estas normas, así como la amplitud que tienen las prestaciones de “rehabilitación médico-funcional” contempladas en los arts. 7 y 9 del RD 383/1984). Sobre los requisitos subjetivos para acceder a las prestaciones sanitarias que se reconocen a los minusválidos véase el art. 7 de la Ley 13/1982 y los arts. 5 y 8 del RD 383/1984.

⁶⁶ Mayores indicaciones al respecto pueden encontrarse en M. ALARCON CARACUEL, Compendio de Seguridad Social, cit. pp. 191-193, M. ALONSO OLEA, Las prestaciones sanitarias de

Junto a ello hay que tener en cuenta las disposiciones que vinieron a flexibilizar los requisitos exigidos para ser beneficiario de la asistencia sanitaria en concepto de familiar o asimilado a cargo de las personas titulares de dicho derecho⁶⁷, así como las previsiones legales que más recientemente han incidido específicamente sobre el derecho a la asistencia sanitaria de los menores de edad (art. 24 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y art. 10.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor) y de los extranjeros en España (art. 12 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶⁸).

El resultado al que ha conducido este proceso histórico es una situación en la que el tratamiento de esta cuestión en el Derecho positivo vigente hoy en España resulta muy insatisfactorio.

Por un lado, resulta obvio que las reglas vigentes carecen de coherencia interna y adolecen de unas dosis de sistematicidad y complejidad realmente extremas. Pero por otra parte, no consiguen alcanzar todavía el pretendido objetivo de la universalización, pues sigue subsistiendo un colectivo de personas que carecen del derecho a beneficiarse de las prestaciones sanitarias públicas: concretamente aquellas personas que no están incluidas en ninguno de los colectivos a los que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria pública y disponen de recursos económicos suficientes según el modesto baremo fijado al efecto por el RD 1088/1989, esto es, superan el nivel económico determinado por el Salario Mínimo Interprofesional⁶⁹.

la Seguridad Social, *cit. pp. 40-45 y, del mismo autor*, Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, *cit.*, pp. 52-58. También, M. REBOLLO PUIG, Sanidad, en el vol. col. dirigido por S. MUÑOZ MACHADO y otros, Las estructuras del bienestar. Derecho, Economía y Sociedad en España, Civitas, Madrid, 1997, pp. 252-257.

⁶⁷ Por ejemplo, la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984 reconoció el derecho a la asistencia sanitaria a las personas que, sin ser cónyuges, convivan maritalmente con el titular del derecho. Véanse también los RRDD 1377/1984, de 4 de julio, y 1682/1987, de 30 de diciembre, en relación con los descendientes y hermanos a cargo del titular del derecho.

⁶⁸ Sobre el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, véase lo que se indica más adelante (epígrafe IV.3).

⁶⁹ Estas personas tienen reconocida la posibilidad de acceder a los Servicios públicos de salud, pero como "pacientes privados" que deberán abonar el coste efectivo de la asistencia recibida (art. 16 LGS y art. 3.2 ROPS).

Al margen de ello, debe tenerse en cuenta que se ha mantenido la vigencia de una normativa específica para los beneficiarios de los regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos, cuyas normas perfilan una asistencia sanitaria con un contenido asimilado al propio del régimen general de la Seguridad Social pero con importantes aspectos diferenciales en cuanto al modo de provisión de dicha asistencia sanitaria⁷⁰.

4. Las opciones fundamentales en las que descansa la organización del sistema público de asistencia sanitaria.

Para finalizar este repaso a los datos más significativos que incorpora nuestro Derecho positivo en la configuración de las prestaciones sanitarias públicas, parece oportuno subrayar las opciones más relevantes que vertebran nuestro sistema público de asistencia sanitaria desde el punto de vista organizativo, sin pretender en modo alguno entrar en los pormenores establecidos en una copiosísima normativa estatal y autonómica que no nos interesa ahora recorrer en su detalle.

A) *Competencias autonómicas*. Formalmente configurado como sistema único -el denominado "Sistema Nacional de Salud", que pretende funcionar como un sistema "coherente, armónico y solidario"⁷¹-, nuestro sistema público de asistencia sanitaria se estructura descentralizadamente, con un amplísimo protagonismo en su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

Son por tanto las Comunidades Autónomas las que asumen la titularidad de los Servicios públicos de salud y las que asumen la prestación de la asistencia sanitaria reconocida a los ciudadanos en el marco de una amplia autonomía organizativa y sin perjuicio del respeto a las

⁷⁰ Vid. por ejemplo, en cuanto a los funcionarios civiles del Estado, lo dispuesto en la citada Ley 29/1975, de 27 de junio (arts. 16 a 19), y en el también citado RD 843/1976, de 18 de marzo (arts. 75 a 93).

De acuerdo con lo previsto en el art. 19.1 de la Ley 29/1975, MUFACE queda habilitada para facilitar la asistencia sanitaria "bien directamente o por concierto con otras Entidades o establecimientos públicos o privados", señalándose que dichos conciertos se establecerán preferentemente con las instituciones de la Seguridad Social.

Sobre esta base legal, MUFACE viene concertando la asistencia sanitaria con diversas entidades privadas de aseguramiento sanitario, y también con la red asistencial pública. Dentro de este contexto, corresponde a los funcionarios incluidos en el campo de aplicación de la Ley 29/1975 la posibilidad de elegir una de las entidades con las que MUFACE tiene concertada la asistencia sanitaria.

⁷¹ Art. 43.2.b LGS.

pautas y criterios generales establecidas por el Estado en el ejercicio de las competencias reservadas al mismo por la LGS (normativa básica, coordinación general sanitaria, alta inspección, etc.)⁷².

Con todo hay que advertir que el principio de descentralización no juega todavía hoy en esta materia de forma homogénea en relación con todas las Comunidades Autónomas, sino que hay que distinguir dos grupos claramente diferenciados. Por un lado, aquellas Comunidades que han recibido ya la transferencia de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (Cataluña, Andalucía, País Vasco, Comunidad Valenciana, Galicia, Navarra y Canarias), las cuales gestionan de modo completo la asistencia sanitaria en su respectivo ámbito territorial de modo que en ellas el ciudadano es atendido únicamente por el correspondiente Servicio de Salud autonómico. Y por otro lado, el resto de las Comunidades Autónomas, en las que no se ha producido todavía la transferencia aludida. En estas últimas el Estado sigue teniendo como es sabido una presencia muy importante en la gestión de la asistencia sanitaria, a través de la red asistencial del INSALUD, sin perjuicio de que en ellas exista también un Servicio autonómico de Salud que gestiona determinados servicios y establecimientos en coordinación con el INSALUD estatal.

B) *Niveles asistenciales y demarcaciones territoriales*. La provisión de la asistencia sanitaria se vertebraba actualmente en nuestro sistema sanitario público sobre la base de un esquema organizativo dual: atención primaria y atención especializada, en la que se incluye la asistencia hospitalaria.

El nivel de la *atención primaria*, que ha venido a potenciarse en virtud de una reforma que se inició en 1984 (RD 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud) y que la LGS vino a respaldar plenamente⁷³, se presta a través de los *Centros de Salud* (o denominación equivalente establecida por las Comunidades Autónomas) a la población residente en su zona de

influencia (las denominadas *Zonas básicas de Salud*, que constituyen el marco territorial de referencia de los Centros de Salud). La *atención especializada*, engloba tanto la asistencia hospitalaria como la asistencia especializada de carácter ambulatorio y se presta a través de los *hospitales* y de los *centros de especialidades* dependientes de los mismos.

Desde el punto de vista territorial la demarcación fundamental son las denominadas *Áreas de Salud* (con terminología también divergente en algunas Comunidades Autónomas), que constituyen el marco territorial de referencia para la organización de los servicios de asistencia sanitaria. Cada Área de Salud debe contar al menos con un Hospital general y su concreta delimitación corresponde a las Comunidades Autónomas de acuerdo con los criterios generales que establece la LGS (como regla general, extienden su acción a una población comprendida entre los 200.000 mil y los 250.000 habitantes - art. 56.5 LGS-). A los efectos de organización de la atención primaria, las Áreas se subdividen en unas demarcaciones más reducidas: las ya aludidas Zonas básicas de Salud, que constituyen el marco territorial en el que operan los distintos Centros de Salud.

C) *Formas de gestión*. La prestación de la asistencia sanitaria ha venido funcionando en nuestro país sobre la base del principio de gestión pública directa, esto es, se ha llevado a cabo de forma predominante mediante una red de establecimientos de titularidad pública y personal propio de los servicios públicos de salud. Y ello sin perjuicio de que, con carácter complementario, se utilizara la fórmula del concierto con entidades públicas o privadas para atender servicios o prestaciones concretas.

Este principio de gestión pública directa inspiró en efecto la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a partir de los años 50 (entonces, el denominado "Seguro Obligatorio de Enfermedad" gestionado por el Instituto Nacional de Previsión) y fue asumido de forma implícita por la Ley General de Sanidad de 1986, cuyo articulado viene a dar por bueno el protagonismo de la red asistencial pública y sitúa a las formas de gestión de los servicios con "medios ajenos" en un plano claramente subsidiario⁷⁴.

⁷² Sobre el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la materia, véanse los preceptos incluidos en los Títulos II ("De las competencias de las Administraciones públicas") y III ("De la estructura del Sistema sanitario público") de la LGS.

⁷³ La reforma aludida -implantada de forma paulatina y en la actualidad ya casi concluida- ha pretendido potenciar el nivel de la atención primaria, que había tenido tradicionalmente una ostensible insuficiencia en nuestro sistema sanitario y que se considera el nivel adecuado para una atención integral de los problemas de salud incluyendo las acciones la prevención sanitaria y de promoción de la salud.

⁷⁴ Véase en particular lo establecido en el art. 90 LGS. Una exposición general sobre el tema puede encontrarse en mi trabajo, Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio), en el vol. col. Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio 1996, pp. 293 y ss, 295-305.

Hay que notar sin embargo que el estado de cosas que refleja la LGS ha quedado matizado y en buena medida desbordado por la evolución experimentada por nuestra Sanidad pública a lo largo del último decenio. En concreto deben subrayarse al respecto los nuevos planteamientos en materia de formas de gestión de los servicios sanitarios que se han ido abriendo paso, primero en el ámbito de algunas Comunidades Autónomas (en particular, Cataluña, Andalucía y Galicia), y posteriormente también en el ámbito territorial de gestión del INSALUD estatal (Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, y Ley 15/1997, de 25 de abril) y que se proyectan sobre los dos planos siguientes:

a) La clara tendencia hacia una amplia autonomía de gestión de los establecimientos sanitarios públicos, y en particular de los hospitales, lo que se materializa en la atribución de personalidad jurídica a los mismos dentro de un amplio abanico de fórmulas entre las que se incluyen tanto formas de Derecho público (consorcios, fundaciones públicas, entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado, etc) como de Derecho privado (Sociedades Anónimas, Fundaciones constituidas al amparo de la legislación general de fundaciones, etc.).

b) Una no menos clara tendencia a la potenciación y diversificación de las formas de prestación de la asistencia sanitaria con "medios ajenos" a los que son propios de la red asistencial pública, y en particular mediante fórmulas contractuales con entidades privadas. Dentro de este ámbito, cabe destacar tanto la potenciación y desarrollo de las fórmulas contempladas en la Ley General de Sanidad (concierto y convenio) como la introducción experimental de algunas fórmulas novedosas en el ámbito de determinadas Comunidades Autónomas⁷⁵.

Sin entrar ahora en los detalles de estas novedades en materia de formas de gestión de los servicios sanitarios, lo que interesa subrayar desde la perspectiva en la que aquí nos situamos es como consecuencia de la creciente apertura del abanico de fórmulas en uso el ciuda-

dano va a relacionarse cada vez más con establecimientos que responden a una diversidad de estatus desde el punto de vista de su régimen jurídico, en función de las opciones adoptadas por la Administración competente en cada caso concreto: hay así centros que mantienen el estatus tradicional, como establecimientos sanitarios no personificados integrados en la red asistencial del correspondiente Servicio de Salud, pero hay también centros sanitarios que, siendo de titularidad pública, tienen reconocida la personalidad jurídica en el marco de las diferentes modalidades que hoy se contemplan al respecto y a las que hemos aludido, bien en el ámbito del Derecho público o del Derecho privado, y hay finalmente centros privados que prestan servicios de asistencia sanitaria por cuenta del sistema público en el marco del correspondiente instrumento de colaboración suscrito con la Administración competente (concierto, convenio o concierto sustitutivo, concesión administrativa, etc.)⁷⁶.

IV. SOBRE LOS RETOS PENDIENTES Y LAS CUESTIONES ABIERTAS QUE SE PLANTEAN EN EL MOMENTO PRESENTE.

1. Preliminar.

Son sin duda numerosas las cuestiones que se plantean actualmente en torno a las prestaciones sanitarias públicas con un carácter abierto y controvertido y que afloran como tales en los documentos oficiales -informes del Defensor del Pueblo y de las instituciones autonómicas análogas, Memorias elaboradas por las Administraciones gestoras de la asistencia sanitaria, etc.- y en los propios medios de comunicación, como difícilmente podía dejar de suceder en un ámbito tan relevante y tan dinámico como el sanitario.

En cualquier intento de ofrecer un "inventario" de cuestiones abiertas y retos pendientes en el momento

⁷⁵ Cabe mencionar al respecto dos experiencias novedosas: a) la fórmula utilizada en Cataluña consistente en contratar con entidades de base asociativa formadas por el propio personal de la Sanidad pública que deja de formar parte de la misma; y b) el contrato administrativo celebrado con una entidad privada en la Comunidad Valenciana en virtud del cual dicha entidad construye un hospital general (el hospital de Alcira) y lo gestiona durante el plazo convenido responsabilizándose de la asistencia sanitaria especializada en la correspondiente Área de Salud. Algunas indicaciones sobre estas dos fórmulas pueden encontrarse en mi trabajo La gestión de obras y servicios públicos. Nuevas entidades instrumentales y nuevas formas de contratación, RArAP, 17, 2000, pp. 363 y ss., 394-398.

⁷⁶ Esta situación abre una problemática en gran medida nueva, habida cuenta de que hace preciso diseñar los instrumentos que permiten preservar la igualdad de los ciudadanos y la defensa de sus derechos cualquiera que sea la forma de gestión que se utilice para facilitarle la asistencia sanitaria pública: no sólo el mismo contenido de las prestaciones reconocidas, sino también iguales garantías en cuanto a la calidad de la asistencia que se presta, los mismos derechos que se le reconocen como usuarios respecto a las Administraciones sanitarias, un régimen de responsabilidad por daños cuyo umbral de protección no dependa del estatus jurídico del centro que le atiende, etc.

presente no podría faltar la consideración de los siguientes:

Con una proyección general:

- La tensión entre las tendencias expansivas que inciden sobre el catálogo de prestaciones –con las correspondientes presiones para el reconocimiento de nuevas prestaciones y la ampliación de las ya reconocidas- y el mantenimiento de la suficiencia financiera del sistema.

- Los desajustes entre la demanda asistencial existente en determinadas prestaciones y los medios disponibles para atenderla, que se traducen en elevados períodos de espera para el acceso efectivo a tales prestaciones.

- Los problemas vinculados a la extensión subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria resultantes de la no universalización del derecho y del carácter fragmentario y disperso de la normativa que lo regula. Quedan pendientes asimismo algunos otros “fleclos” en la transición hacia un modelo de Servicio de salud universalizado e integrado como son la subsistencia de regímenes públicos específicos de cobertura de la asistencia sanitaria en relación con los empleados públicos⁷⁷ o la pervivencia de ámbitos asistenciales que no han encontrado su encaje todavía en la red sanitaria pública (Sanidad penitenciaria, Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, “empresas colaboradoras” en la gestión de la asistencia sanitaria⁷⁸, etc.).

- Los problemas relacionados con la igualdad en el acceso a los servicios sanitarios desde una perspectiva territorial, esto es, con independencia del lugar de resi-

dencia: las fórmulas de equilibrio territorial que corrijan las diferencias que propicia una gestión descentralizada de la asistencia sanitaria por las COMUNIDADES AUTÓNOMAS, la problemática de la asistencia sanitaria en el medio rural con población dispersa –ubicación de centros de salud y farmacias, transporte sanitario, urgencias-, etc.

- Las no excepcionales deficiencias en la calidad de la asistencia sanitaria prestada (errores y negligencias médicas, disfunciones organizativas en aspectos administrativos y asistenciales, etc) que se ponen de manifiesto a través de las quejas y reclamaciones que presentan los usuarios ante las instancias competentes⁷⁹.

- La problemática planteada por la creciente diversidad de las formas de gestión directa e indirecta de los servicios sanitarios, desde el punto de vista del estatus y las garantías de los usuarios⁸⁰.

Con una proyección más específica:

- El reto de una atención suficiente a personas con enfermedades crónicas o degenerativas y con problemas de autovalimiento: la denominada “atención sociosanitaria”⁸¹.

⁷⁷ Se encuentran incluidos en estos regímenes especiales los beneficiarios de las Mutualidades funcionariales (MUFACE – Mutualidad de funcionarios civiles del Estado- y MUGEJU – Mutualidad General Judicial-) así como del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (personal militar y sus familiares).

Sobre las especialidades de estas modalidades de asistencia sanitaria y las razones que explican su mantenimiento, véanse las consideraciones de J. REY (coordinador), *El futuro de la Sanidad española. Un proyecto de reforma*, Exlibris Ediciones, Madrid, 1999, pp. 18-26.

⁷⁸ Se mantiene en la actualidad la situación surgida al amparo del art. 77 LGSS-1994 (anteriormente, art. 208 LGSS-1974) de que hay empresas (incluyendo algunas Administraciones públicas) que gestionan directamente la prestación de asistencia sanitaria a sus trabajadores. El Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados presentó en 1999 una iniciativa legislativa para suprimir esta posibilidad, por considerar que resultaba anacrónica en el actual marco institucional del Sistema Nacional de Salud (Proposición de Ley sobre “integración de la asistencia sanitaria gestionada por las empresas colaboradoras en el Sistema Nacional de Salud”; BOCG, VI Legislatura, B, 295, 12 de abril de 1999), pero dicha iniciativa no prosperó.

⁷⁹ Me refiero tanto a las propias Administraciones responsables de la gestión de la asistencia sanitaria, como a los Defensores cívicos –Defensor del Pueblo y figuras autonómicas análogas, que vienen desempeñando una importante labor de intermediación y diálogo interinstitucional en éste como en otros ámbitos-, así como también a los Tribunales de Justicia, que son llamados frecuentemente a pronunciarse sobre cuestiones vinculadas con la prestación de la asistencia sanitaria.

⁸⁰ El tema lo hemos apuntado ya supra (epígrafe III.4.C). Por lo que se refiere a las formas de gestión directa, véase lo dispuesto al respecto por el RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, en cuya redacción se tuvo en cuenta muy especialmente esta problemática (vid. al respecto lo dispuesto en sus arts. 7 a 9, 13 y 32 a 35, que contemplan distintos aspectos vinculados a la garantía de los derechos de los usuarios y al aseguramiento de la calidad en las prestaciones reconocidas – aplicables con carácter general a las diversas formas de gestión que se regulan).

⁸¹ El tema fue objeto de atención preferente en el Acuerdo parlamentario de 1997 (Consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud, Acuerdo parlamentario de 18 de diciembre de 1997, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1998), cuyo apartado I. 3 está dedicado a “instrumentar alternativas para la asistencia sociosanitaria”. Sobre la atención sociosanitaria a las personas mayores el Defensor del Pueblo elaboró un informe especial en 1999 asumiendo los estudios realizados al efecto por la Sociedad española de Geriatria y Gerontología y por la Asociación multidisciplinaria de Gerontología (Informe del Defensor del Pueblo sobre la atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos, Defensor del Pueblo, Madrid, 1999).

- Las insuficiencias de los medios disponibles actualmente en el ámbito de la asistencia psiquiátrica, en particular para una atención adecuada a enfermos mentales crónicos y agudos⁸².

- Las dificultades para contener la imparable expansión del gasto público farmacéutico, que ha motivado la adopción en los últimos años de diversas medidas o políticas de ahorro en un ámbito que viene absorbiendo una parte creciente del presupuesto público sanitario: exclusión de determinados fármacos de la financiación pública, reducción de los márgenes comerciales de las farmacias, utilización de medicamentos genéricos, etc.⁸³.

⁸² En el caso concreto de la Comunidad aragonesa, el Justicia de Aragón ha venido subrayando en sus Informes el problema que supone la escasez de plazas para enfermos que requieren hospitalizaciones de larga estancia (lo que se traduce en listas de espera que demoran los ingresos durante años) y la inexistencia de centros para enfermos mentales que requieren un régimen cerrado o custodial.

En efecto, la lectura de las consideraciones que esta institución dedicó al tema en sus Informes correspondientes a 1997 1998 y 1999 (Informe Anual 1997, pp. 280-283, Informe Anual 1998, pp. 397-398, e Informe Anual 1999, p. 539), pone de relieve cómo esta cuestión ha venido estando situada en un terreno de nadie, pues el Servicio Aragonés de Salud (dependiente de la Diputación General de Aragón) remitía a estos enfermos al INSALUD, y éste —que carece de establecimientos para el internamiento de enfermos mentales de media y larga estancia— afirmaba que dicho internamiento no es una prestación incluida en la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Lo cual ha ocasionado en algunos casos situaciones muy difíciles para las respectivas familias.

En la práctica se ha producido por tanto una situación de conflicto negativo de competencias propiciado por la diferente interpretación del marco competencial que han mantenido las dos Administraciones gestoras de la asistencia sanitaria en Aragón. Según el INSALUD, la competencia sería de la Diputación General de Aragón por haber sido recibido en su momento la transferencia de los establecimientos del Organismo "Administración institucional de la Sanidad Nacional", en el que se había integrado el antiguo "Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica". Pero para la Diputación General de Aragón, la competencia corresponde al INSALUD en tanto no se produzca la transferencia de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a la Comunidad Autónoma de Aragón. Esta situación de descoordinación institucional era denunciada por el Justicia de Aragón en su Informe correspondiente a 1998 (p. 398) al decir que la misma "se traduce claramente en un abandono a su suerte de los enfermos psiquiátricos crónicos carentes de la atención médica precisa, provocando situaciones de grave crisis familiar y social".

⁸³ Parece que las políticas de ahorro adoptadas hasta la fecha no han tenido los frutos deseados, lo que explica que desde el Ministerio de Sanidad se sigan estudiando medidas al efecto (entre las que se baraja la posibilidad de que se restrinja el principio de gratuidad total de los medicamentos suministrados a los pensionistas, principio que pasaría a beneficiar tan sólo a los que están por debajo de un determinado nivel de renta,

No es posible por supuesto en el marco del presente trabajo abordar todas las cuestiones aludidas, pues muchas de ellas reclaman, dada su envergadura y complejidad, un tratamiento monográfico: es claro así que requerirían ese tratamiento monográfico temas como los vinculados con la asistencia sociosanitaria, con la equidad territorial en la provisión de servicios sanitarios, la asistencia siquiátrica o el gasto público en prestaciones farmacéuticas.

Limitaremos por ello nuestra atención de forma selectiva a aquellas cuestiones que tienen mayor interés desde la perspectiva propia del presente trabajo por su una proyección general sobre el conjunto de las prestaciones sanitarias y por su relevancia en la configuración de tales prestaciones desde un punto de vista jurídico: la determinación del *quantum* prestacional (Epígrafe 2), la extensión subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria (Epígrafe 3), la dimensión temporal en el acceso a las prestaciones (Epígrafe 4) y los aspectos cualitativos de las prestaciones sanitarias (Epígrafe 5).

2. La determinación del *quantum* prestacional: el carácter abierto y evolutivo del catálogo de prestaciones.

El catálogo de prestaciones sanitarias tiene inevitablemente un carácter dinámico y experimenta una clara tendencia expansiva como consecuencia de las circunstancias más atrás apuntadas —el progreso técnico y científico, y los cambios sociales que producen modificaciones en los patrones de morbilidad— y como consecuencia también de la legítima aspiración humana a disfrutar de unos niveles óptimos de protección sanitaria⁸⁴.

La Sanidad pública viene experimentando en efecto una fuerte presión incrementalista que se manifiesta en particular en diversos planos: la necesidad de hacer frente a la aparición de enfermedades nuevas o a la intensifica-

según las propuestas últimamente sugeridas por la Ministra de Sanidad). Obsérvese al respecto que a pesar de que los usuarios activos abonamos el 40% del precio del medicamento, el peso cuantitativo que en el consumo de medicamentos que tiene la "tercera edad" hace que en conjunto sólo paguemos algo menos del 8% de su coste total, lo que significa que el Estado financia, como valor medio, el 92% de su precio (datos correspondientes a 1998 que figuran en la Memoria del INSALUD. 1998, Madrid, 1999, pp. 90-95).

⁸⁴ Las aproximaciones a la Sanidad desde una perspectiva económica —Economía de la salud— han puesto de relieve cómo la Sanidad se comporta como un "bien superior", en el sentido de que el gasto vinculado a la misma crece de manera más que proporcional al incrementarse los niveles de renta.

ción de otras ya existentes (en su momento, SIDA, ahora otras como la enfermedad de Alzheimer, la anorexia y bulimia, las ludopatías, etc); la aspiración de atender ámbitos asistenciales escasamente cubiertos tradicionalmente por nuestro sistema sanitario público (prestaciones de salud bucodental); las nuevas posibilidades que abre continuamente el progreso técnico y científico, que permite tanto la incorporación de nuevas prestaciones (nuevas posibilidades de trasplantes de órganos y tejidos o de prótesis quirúrgicas, nuevos medicamentos o nuevos productos vinculados a la movilidad y autovalimiento de las personas con limitaciones) como la incorporación de nuevas tecnologías más modernas y eficaces en el ámbito de las prestaciones ya reconocidas (nuevos instrumentos de diagnóstico y de tratamiento, vehículos para inválidos más modernos, etc); o también, la aspiración a mejorar en los aspectos relativos a las condiciones materiales de privacidad y confortabilidad de las estancias en los centros sanitarios (habitaciones individuales en los hospitales, facilidades para los acompañantes de los pacientes, etc).

La agregación de todos estos factores determina una intensa presión incrementalista sobre las prestaciones sanitarias públicas y genera una fuerte tensión entre la dinámica expansiva generada y las obvia limitación de los medios disponibles. Una limitación existente en cualquier caso, pero especialmente visible y operativa en el escenario de actualidad presupuestaria en el que se desenvuelven ⁸⁵ nuestras Administraciones públicas en los últimos años .

Las coordenadas normativas que presiden la dinámica evolutiva de las prestaciones sanitarias son conocidas, pero merece la pena recordarlas aquí brevemente:

a) La Constitución reconoce el derecho a la asistencia sanitaria pública al consagrar el derecho a la protección de la salud (art. 43), pero deja una amplísima libertad al legislador para determinar las concretas prestacio-

nes que otorga el sistema asistencial público. Puede considerarse que hay una “cláusula de progreso” o adaptación que está implícita en el propio texto constitucional (art. 9.2, art. 53.3 en relación con el 43.1), pero es lo cierto que la Constitución no fija pautas o criterios de orden concreto que vayan más allá del respeto a los postulados de universalidad e igualdad en la configuración de las prestaciones sanitarias, así como el respecto a un nivel asistencial mínimo que puede considerarse constitucionalmente garantizado. Mínimo asistencial al que cabe atribuir también un carácter evolutivo o dinámico – dada la propia naturaleza de la materia sobre la que recae- y cuyo desconocimiento por ⁸⁶ los poderes públicos podría tacharse de inconstitucional .

b) En el plano de la legislación ordinaria general hay que tener en cuenta por supuesto lo establecido en la LGS, pero dicho texto legal no contiene –como ya nos consta- determinaciones de orden concreto sobre el catálogo de las prestaciones sanitarias que se reconocen, ni tampoco criterios o previsiones que contemplen expresamente la dimensión dinámica del catálogo. Pero es obvio en todo caso que hay un impulso hacia la mejora y la adaptación del *quantum* prestacional que deriva de la propia idea de atención integral de la salud que inspira la LGS y de las formulaciones, sin duda amplias y ambiciosas, que ⁸⁷ utiliza para definir los objetivos del sistema sanitario.

c) Más explícito resulta en cambio como cabía esperar lo que se dice al respecto en el Reglamento de ordenación de las prestaciones sanitarias del SNS (RD 63/1995, de 20 de enero), en cuyas disposiciones adicionales 1ª y 2ª se establecen algunas reglas procedimentales y sustantivas para la ampliación del catálogo de prestaciones en las que queda reflejada de modo ⁸⁸ ostensible una concepción dinámica de dicho catálogo .

⁸⁵ Para una aproximación general al tema de la limitación o “racionamiento” del gasto público en prestaciones sanitarias véase el vol. col. coordinado por Javier GAFO, *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999; en particular los trabajos de Azucena COUCEIRO VIDAL, *El problema ético de la asignación de recursos sanitarios*, y del propio Javier GAFO, *Los principios de justicia y solidaridad en bioética*, pp. 135 y ss. y 153 y ss. respectivamente, trabajos en los que se muestra cómo la reflexión ética puede aportar criterios que fundamenten aproximaciones equilibradas y justas en torno al tema y se exponen experiencias de interés llevadas a cabo en otros países a la hora de establecer prioridades en materia de asistencia sanitaria.

⁸⁶ Sobre este tema pueden encontrarse algunas indicaciones en mi libro *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, pp. 83-88.

⁸⁷ Véase al respecto el contenido de los arts. 6, 10.14, 18 y 46. Obsérvese por ejemplo el tenor literal del art. 6.4, en virtud del cual las Administraciones sanitarias estarán orientadas “a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud”, o la amplitud de los compromisos que imponen los diversos apartados del art. 18 (apartado 3: “la asistencia sanitaria especializada, que incluye la asistencia domiciliaria, la hospitalización y la rehabilitación”; apartado 4: “la prestación de los productos terapéuticos precisos”).

⁸⁸ Adviértase en todo caso que las modificaciones en el contenido de las prestaciones farmacéuticas –en particular las incorporaciones y exclusiones de medicamentos objeto de financia-

Las disposiciones aludidas distinguen entre nuevas prestaciones propiamente dichas (D. Ad. 2ª) y “nuevas técnicas o procedimientos diagnósticos o terapéuticos” en el ámbito de las prestaciones ya reconocidas (D. Ad. 1ª). Las primeras se incorporarán mediante Real Decreto, previo informe del Consejo Interterritorial del SNS y del Consejo de Estado, teniendo en cuenta “su eficacia, eficiencia, seguridad y utilidad terapéuticas, las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales”. En cambio, en relación con la incorporación de nuevas técnicas o procedimientos diagnósticos o terapéuticos no se exige la elaboración y aprobación de una norma reglamentaria, señalándose tan sólo que “deberá ser valorada, en cuanto a su seguridad, eficacia y eficiencia por la Administración sanitaria del Estado”⁸⁹.

Pero más que el marco jurídico-formal nos interesa ahora el plano del funcionamiento real de nuestro sistema prestacional sanitario para descubrir los criterios que de modo efectivo vienen presidiendo la dinámica del catálogo de prestaciones en los últimos años y que cabe esperar sigan operando en un futuro inmediato.

Pues bien, la tónica general que viene imperando al respecto en el escenario político-sanitario de los últimos años es sin duda el carácter restrictivo con el que se abordan las modificaciones ampliatorias del catálogo de prestaciones. Una vez pasado el momento expansivo que supuso la promulgación de la LGS, la evolución de las prestaciones sanitarias en la última década no ha sido en modo alguno propicia a las ampliaciones prestacionales.

En efecto, la entrada en vigor de la LGS comportó en su momento unos efectos ampliatorios de las prestaciones sanitarias puesto que, aunque no contenía, como ya hemos notado, un catálogo de prestaciones, incorporaba no obstante algunas opciones que tenían una indudable proyección sobre la esfera prestacional. Así sucede en particular con la propia concepción de la atención prima-

ria que se plasma en la Ley⁹⁰, que tiene un alcance mucho más amplio sin duda respecto del que tradicionalmente habían tenido los servicios de nivel primario en el ámbito de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y que se sitúa en línea con una reforma de la atención primaria impulsada desde un momento anterior a la promulgación de la LGS (RD 137/1984, de 11 de enero, sobre estructuras básicas de salud)⁹¹ e implantada de forma paulatina en los años posteriores. O también cabe aludir a determinados derechos que se reconocen a los usuarios del SNS, que tienen una indudable proyección prestacional⁹².

Pero a lo largo de los años 90 prevalecieron de hecho unas pautas ciertamente restrictivas en la ampliación del catálogo de prestaciones, como consecuencia de un nuevo escenario político y económico -en el⁹³ que se mueve ya claramente el Informe Abril de 1991 - caracteriza-do por el predominio de la idea de una inviabilidad de nuevos incrementos sustanciales en el contenido prestacional del sistema sanitario público.

Dejando al margen los recortes puntuales que han⁹⁴ afectado al contenido de la prestación farmacéutica, debe subrayarse que el ROPS (RD 63/1995) tuvo a estos efectos un valor más bien neutro, pues no aspiraba a

⁹⁰ Vid, por ejemplo, arts. 18.1 y 2, 56.2.a y 62 a 64 LGS.

⁹¹ Los efectos de esta nueva concepción no fueron por tanto inmediatos, sino que quedaron condicionados a un proceso de implantación efectiva del nuevo modelo de atención primaria en las correspondientes Zonas de salud. Proceso de implantación que se ha prolongado durante toda la década de los 90 y que todavía hoy no está totalmente concluido en algunas Comunidades Autónomas.

⁹² Véanse por ejemplo los arts. 10.5 (derecho a la información verbal y escrita a los pacientes), 10.8 (derecho a la obtención de certificados médicos “cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria”), 10.11 (entrega del informe de alta) o 61 (acceso de los pacientes a los datos de la historia clínica).

En otros casos, la LGS contiene formulaciones muy ambiciosas, pero que remiten de forma expresa o implícita a disposiciones reglamentarias de desarrollo, de modo que carecen de efectos normativos directos: dispensación de medicamentos y productos sanitarios que resulten necesarios (arts. 10.14 y 18.4), libre elección de médico (art. 10.13 y art. 14), servicios de salud mental (art. 20.3 y 4), etc.

⁹³ Recuérdese en particular en su recomendación de avanzar hacia la supresión del criterio de gratuidad total de las prestaciones “con las excepciones que la equidad requiera” y el énfasis que puso en elevar la “conciencia de gasto” tanto en los usuarios como en los profesionales de la Sanidad pública, dentro de un “entorno de recursos limitados”.

⁹⁴ Mediante la exclusión de determinados medicamentos de su financiación por el SNS (RRDD 83/1993, de 22 de enero, y 1663/1998, de 24 de julio).

ción por el SNS-, se rigen por la normativa específica sobre la materia, conforme a lo establecido por la D. Ad. 3ª ROPS.

⁸⁹ Tanto en relación con las prestaciones como en relación con técnicas y procedimientos, deberá tenerse en cuenta también lo dispuesto en el art. 3.2 ROPS, en particular en sus apartados a (exclusión de aquellas actividades o servicios en los que “no exista suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínicas o que hayan quedado manifestamente superadas por otras disponibles”) y b (“que no esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autovalimiento y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento”).

ampliar el catálogo de prestaciones —tampoco a reducirlo— sino más bien explicitar y clarificar, en aras de unas mayores cotas de seguridad jurídica y de igualdad, lo que el sistema sanitario público estaba otorgando ya a los ciudadanos⁹⁵. Y en los años posteriores al mismo, las ampliaciones prestacionales han sido más bien tímidas, sin que se trate en rigor de nuevas prestaciones, sino de desarrollos ampliatorios de las ya reconocidas (tratamientos dietoterápicos complejos,⁹⁶ sillas de ruedas de tracción eléctrica, audífonos, etc)⁹⁷ y sólo han tenido lugar tras reiteradas solicitudes y sugerencias formuladas desde diversas instancias sociales e institucionales⁹⁷. Lo cual

⁹⁵ *Adviértase no obstante la previsión de algunas prestaciones complementarias de carácter novedoso (tratamientos dietoterápicos complejos, oxigenoterapia a domicilio) que quedaron pendientes de desarrollo normativo, así como algunas concreciones ampliatorias en el ámbito de la información y documentación sanitarias (apartado 5 del Anexo I ROPS, especialmente puntos 3º, 5º y 6º).*

En cambio, en materia de reintegro de gastos por asistencia recibida al margen del sistema asistencial público, el ROPS incorporó, como ya nos consta, unos criterios claramente restrictivos (art. 5.3).

⁹⁶ *El suministro de tratamientos dietoterápicos complejos estaba previsto en el ROPS (apartado 4.3 del Anexo I), pero sólo sería objeto de concreción y desarrollo mediante la aprobación de la Orden de 30 de abril de 1997. Sobre las sillas para inválidos de tracción eléctrica vid. la Orden de 23 de julio de 1999, que modifica lo dispuesto en este punto por la Orden de 18 de enero de 1996, por la que se reguló la prestación ortoprotésica. En relación con los audífonos, debe notarse que fueron incluidos dentro de la prestación ortoprotésica en relación con los pacientes de menos de 16 años por la Orden de 30 de marzo de 2000, que modificó también la de 18 de enero de 1996.*

⁹⁷ *En relación con las sillas de ruedas de tracción eléctrica véanse las consideraciones críticas formuladas por el Defensor del Pueblo en su Informe correspondiente a 1997 (apartado 7.3.2), a propósito de la formulación restrictiva que incorporaba inicialmente la Orden de 18 de enero de 1996. La misma institución ha venido formulando sugerencias en materia de tratamientos dietoterápicos (Informe 1997, apartado 7.3.4 e Informe 1998, apartado 7.3.5).*

Por lo que se refiere a los audífonos, véase la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de IU en el Congreso de los Diputados en marzo de 1999, referida específicamente a la cuestión (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, 294-1, 29 de marzo de 1999).

En otros supuestos, las solicitudes y sugerencias formuladas para la ampliación del catálogo de prestaciones no han sido todavía atendidas. Es el caso, por ejemplo, de la cirugía transexual que el ROPS limita a la reparación de “estados intersexuales patológicos”, cuya ampliación se ha sugerido por el Defensor del Pueblo (Informe 1998, apartado 7.3.1 e Informe 1999, apartado 7.3.1) y se ha producido en el caso de la Comunidad andaluza. Vid. también al respecto la Proposición no de Ley aprobada por la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados el 14 de abril de 1999.

refleja una actitud general más bien cautelosa y reticente frente a las demandas de crecimiento del catálogo de prestaciones⁹⁸, a lo que hay que añadir el hecho de que pueden detectarse interpretaciones restrictivas en determinados ámbitos prestacionales de carácter complementario⁹⁹ así como una praxis administrativa poco ágil e igualmente restrictiva en el reconocimiento y pago de las compensaciones económicas previstas para determinados supuestos (pago de gastos de transporte y dietas por desplazamiento de enfermos, reintegro de gastos por asistencia prestada al margen del sistema sanitario público, etc)¹⁰⁰.

La tónica general hoy imperante es por tanto muy distinta a la que predominó en los años 80: las ampliaciones prestacionales se someten ahora a una cuidadosa valoración a efectos de incorporar tan sólo aquello que puede asumirse de manera generalizada para el conjunto de los ciudadanos que se encuentran en situaciones com-

⁹⁸ *Me refiero aquí fundamentalmente a las prestaciones reconocidas para el conjunto de los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a fondos estatales. Para las prestaciones adicionales establecidas en el ámbito autonómico, el tema requeriría matizaciones particularizadas, pues hay CCAA que han mantenido una tendencia ampliatoria del catálogo de prestaciones. Es el caso de Andalucía, cuya opción ampliatoria en este terreno se manifiesta tanto en la inclusión de determinadas intervenciones quirúrgicas (cirugía transexual), en la relación de medicamentos dispensables (financiación con cargo a fondos propios de los medicamentos excluidos para el conjunto del SNS por el RD 1663/1998), así como en determinados contenidos de su Ley de Salud (Ley 2/1998, de 15 de junio) que tienen una clara relevancia prestacional (art. 6.1.i: obtención de certificados médicos “cuando así se solicite”; art. 6.1.m: garantía de acceso a las prestaciones sanitarias en el tiempo máximo que reglamentariamente se fije; art. 6.1.o: derecho a “disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso en los términos que reglamentariamente se establezcan”).*

⁹⁹ *Así, en materia de entrega de copias de los documentos y pruebas diagnósticas incluidas en la historia clínica y en relación con la expedición de certificados médicos (véase lo que se indica sobre ambos aspectos en el Informe del Defensor del Pueblo correspondiente al año 1998, apartado 7.1.1).*

¹⁰⁰ *Esta es en efecto la impresión que se obtiene de la lectura de los últimos Informes anuales del Defensor del Pueblo y del Síndic de Greuges de Cataluña. Véase en particular como muestra de ello los Informes del Defensor del Pueblo correspondientes a 1997 (apartado 7.3.3) y 1998 (apartados 7.3.3 y 7.3.4). También los Informes del Síndic de Greuges de Cataluña correspondientes a 1996 (pp. 224-225 y 229-231), y a 1999 (p. 252); en el primero de ellos el Síndic sugería una interpretación amplia del concepto “asistencia sanitaria urgente de carácter vital” (art. 5.3 ROPS) en el sentido de que incluya también los supuestos de denegación injustificada de la asistencia debida que con anterioridad contemplaba el Decreto 2766/1967.*

parables¹⁰¹, y la preocupación prioritaria de los poderes públicos no se centra ya tanto en el crecimiento del *quantum* prestacional, sino en la efectividad de las prestaciones ya reconocidas y en su mejora desde distintos puntos de vista (mejora en la accesibilidad y cercanía del dispositivo asistencial, reducción de los tiempos de espera, incorporación de técnicas diagnósticas y terapéuticas más eficaces, etc).

Ahora bien, estas estrecheces y reticencias en las ampliaciones prestacionales no deben impedir reconocer el hecho cierto de que en la última década se ha producido un importante ensanchamiento en el contenido efectivo de no pocas de las prestaciones reconocidas, lo cual se manifiesta tanto en términos económicos (el gasto público *per capita* ha crecido considerablemente)¹⁰² y en términos de actividad asistencial (número de consultas, de intervenciones, etc). Lo cual tiene que ver sin duda con el envejecimiento de la población (ha aumentado considerablemente el número de personas en la edad en la que se intensifican las necesidades de asistencia sanitaria) y con las propias mejoras del dispositivo asistencial (en medios disponibles, en accesibilidad, en organización, etc. que le permiten abordar un mayor espectro de situaciones. A lo cual hay que añadir el hecho de que la reforma de la atención primaria, impulsada desde mediados de los años 80, se haya ido implantado de manera efectiva a lo largo de la década de los 90.

Por tanto, la rigidez al alza que experimenta el catálogo formal de prestaciones no debe oscurecer el hecho de que se sigue produciendo un ensanchamiento en el contenido efectivo de las prestaciones ya incorporadas al mismo, buena parte de las cuales admiten un amplio

recorrido y son susceptibles en consecuencia de incorporar muy diferentes niveles de cobertura real¹⁰³.

Este contexto deducible del pasado reciente marca a mi juicio las coordenadas de lo que será la evolución del *quantum* prestacional de nuestro Sistema de Salud en un futuro próximo. El centro de gravedad en la materia no parece estar ya en la incorporación de nuevas prestaciones (que sólo cabe esperar de manera puntual y gradual, con vinculación quizás a los propios ahorros que el sistema sanitario sea capaz de generar en determinados ámbitos¹⁰⁴), sino que parece desplazarse a las mejoras en la cobertura real de las prestaciones reconocidas (en cuanto a la incorporación de medios diagnósticos y terapéuticos más modernos y eficaces, en accesibilidad, en acortamiento de los tiempos de espera y en los demás aspectos vinculados a la calidad de la asistencia prestada), lo que no es ciertamente poca cosa y conlleva retos de gran envergadura.

3. La extensión subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria pública. El difícil e incompleto recorrido hacia la universalización de las prestaciones sanitarias.

Como más atrás quedó apuntado (epígrafe III.3), el tratamiento de esta cuestión por el Derecho positivo vigente en la actualidad resulta muy insatisfactorio y requiere en consecuencia una reformulación legal en el marco de la legislación básica sobre Sanidad.

¹⁰¹ Resulta por ejemplo ilustrativo de este nuevo contexto lo que se indica al respecto en el Acuerdo parlamentario de 18 de diciembre de 1997 sobre consolidación y modernización del SNS, que prevé la financiación de las nuevas prestaciones a través de "fondos específicos" como garantía futura de suficiencia financiera (apartado I.2.c). También cabe mencionar lo dispuesto por el art. 4.2 de la Ley de Salud de Andalucía (Ley 2/1998, de 15 de junio), que contempla la previsión de la "correspondiente financiación" en el supuesto de incorporación de nuevas prestaciones que superen las establecidas con carácter general para el conjunto del SNS.

¹⁰² Compárense por ejemplo las 57.975 pesetas de gasto público sanitario por habitante en España en 1991 con las 102.582 pesetas del año 1999 (según datos que publicaba "El País" del 15 de diciembre de 1999). Y obsérvese también la variación de la partida que anualmente recogen los Presupuestos Generales del Estado para financiar las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que pasó de 3.484.422 millones de pesetas en 1996 a 4.417.835 millones en el año 2.000, es decir, casi un billón más en tan sólo cuatro años ("El Mundo", 28 de febrero de 2.000).

¹⁰³ El caso de los trasplantes de órganos resulta paradigmático al efecto a mi modo de ver: el hecho de que el número de trasplantes que se realizan en nuestro país haya aumentado considerablemente, porque hay más donaciones y porque ha mejorado la capacidad del dispositivo asistencial para llevarlos a cabo, implica que hay un mayor número de personas que puede beneficiarse de la prestación de trasplantes y que la misma se ha ampliado en términos efectivos.

Para comprobar el incremento de la capacidad real de nuestro sistema asistencial en este punto basta consultar las estadísticas sobre trasplantes que publica la admirable Organización Nacional de Trasplantes (<http://www.msc.es/onts/esp/estdisticas/general/evoont.htm>), en las que puede observarse cómo entre 1989 y 2000 el número de trasplantes realizados anualmente en España se ha multiplicado por más de 2.5 (de 1320 en el primer año mencionado se ha pasado a 3.456 en el último).

¹⁰⁴ El Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 27 de noviembre de 1997, mediante el que se estableció el vigente sistema de financiación de los servicios de Sanidad para el período 1998-2001 incorporó ya previsiones específicas en este sentido, en relación con las medidas previstas para reducir el gasto farmacéutico y el gasto en prestaciones económicas por incapacidad temporal.

Dicho tratamiento es el resultado de un largo y paulatino camino hacia la universalización realizado mediante una serie de normas que han contemplado de manera específica a determinados colectivos de personas, lo que ha determinado un crecimiento normativo por acumulación de disposiciones sectoriales.

Así, sobre una base inicial vinculada con el principio contributivo (trabajadores activos y pensionistas, así como los familiares a su cargo, en los términos establecidos en el art. 100.1 de la LGSS-1974), se produjo la sucesiva ampliación del ámbito de extensión del derecho a la asistencia sanitaria mediante su reconocimiento a una serie de colectivos, con desvinculación ya claramente respecto del principio contributivo. Ampliación que se hizo en virtud de disposiciones normativas específicas ya aludidas (minusválidos –Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos-, desempleados –Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección del desempleo, etc).

Esta ostensible tendencia a la universalización quedaría formalmente consagrada con la promulgación de la Ley General de Sanidad de 1986, pero sin que en aquel momento se llegara a materializar plenamente dicha universalización, cuya consecución quedaba aplazada a un momento posterior.

En efecto, dicho texto legal atribuyó la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria a “todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional” (art. 1.2), los cuales quedaban legitimados “para el ejercicio de los derechos que esta Ley establece”, “tanto en vía administrativa como jurisdiccional” (art. 1.3)¹⁰⁵. Pero esta declaración – en apariencia contundente- quedaba desvirtuada por otros preceptos de la propia Ley que le privaban de eficacia normativa inmediata al concebir la universalización como una meta a alcanzar de forma progresiva. Se trata en concreto de los artículos 3.2 y 80 del texto legal: el primero de ellos establece que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”, utilizando con ello un futuro que implica en la práctica un aplazamiento de la universalización a un momento posterior, según una interpretación que la D. Trans. 5ª del propio

¹⁰⁵ En cuanto a los extranjeros no residentes en España y a los españoles fuera del territorio nacional, el apartado 3 del art. 1 se limita a afirmar que tendrán garantizado su derecho a la asistencia sanitaria “en la forma que las leyes y los convenios internacionales establezcan”.

texto legal ratifica de modo expreso¹⁰⁶; por su parte el art. 80 LGS alude tan sólo a la extensión de la asistencia sanitaria a las “personas sin recursos económicos” como objetivo cuyo logro se impone al Gobierno con financiación a cargo de transferencias estatales.

Con posterioridad a la promulgación de la LGS, que careció¹⁰⁷ por tanto en este punto de efectos normativos directos, se mantuvo la misma dinámica de extensión sucesiva del derecho a la asistencia sanitaria a distintos colectivos de personas al amparo de disposiciones específicas dictadas al efecto.

Así sucedió en primer lugar mediante el RD 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se reguló –en desarrollo de lo previsto en el art. 80 de la LGS- la extensión de la asistencia sanitaria a las *personas sin recursos económicos suficientes*, con un alcance por cierto bastante restringido en la medida en que, de una parte, el reconocimiento del derecho quedaba limitado a quienes tuvieran la nacionalidad española¹⁰⁸ y, por otro lado, tal reconocimiento se condicionaba a la no superación de unos niveles de renta muy bajos¹⁰⁹. También cabe mencionar al respecto la extensión del derecho a la asistencia sanitaria pública –financiada a partir de 1989 mediante una aportación finalista del Estado y, de forma sólo minoritaria, mediante cotizaciones sociales- a los *pensionistas de clases pasivas* (art. 55 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989) y a los *perceptores de las prestaciones no contributivas* reguladas en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, sobre prestaciones no contributivas de la Seguridad Social.

¹⁰⁶ Según el tenor literal de este precepto, “la extensión de la asistencia sanitaria pública a que se refieren los arts. 3.2 y 20 de la presente Ley se efectuará de forma progresiva”.

¹⁰⁷ Para los ciudadanos sin derecho a la asistencia sanitaria pública a la entrada en vigor de la Ley, el nuevo texto legal tan sólo implicaba, de acuerdo con lo previsto en su art. 16, la posibilidad de utilizar los servicios sanitarios públicos como “pacientes privados”, en condiciones de igualdad con los ciudadanos con derecho a la asistencia pero con la obligación de abonar la correspondiente “facturación” sobre la base de los costes efectivos de los servicios recibidos.

¹⁰⁸ Esta exigencia de nacionalidad española no aparece en el art. 80 de la Ley General de Sanidad, que habla de personas sin recurso económicos, y resulta por otro lado incongruente con lo previsto en el art. 1.2 del mismo texto legal, que reconoce la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros residentes en España.

¹⁰⁹ Vid. art. 1 del RD 1088/1989, objeto de desarrollo mediante la Orden de 13 de noviembre de 1989.

Por lo que se refiere a los menores tuvo una clara incidencia la ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas de los derechos del niño (instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990), cuyo art. 24 consagra de modo expreso el derecho a la protección de la salud de los niños –todo ser humano menor de 18 años– comprometiendo a los Estados a otorgar asistencia sanitaria a “*todos los niños*”, así como también *asistencia sanitaria prenatal y postnatal a las madres*¹¹⁰. Y sobre esta materia incidiría también la posterior LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, cuyo art. 10.3 reconoce derecho a la asistencia sanitaria a los *menores extranjeros* que se encuentren en España –aun cuando no residan legalmente en nuestro país– siempre que “se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración Pública competente, aun cuando no residan legalmente en España”.

Por último, hay que mencionar lo dispuesto en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que se refiere de modo expreso al derecho a la asistencia de los extranjeros –frente al silencio que guardaba al respecto la LO 7/1985, de 1 de julio–, reconociendo dicho derecho, en las mismas condiciones que los españoles, a todos los extranjeros que se encuentren en España, con el único requisito de que estén inscritos en el Padrón del Municipio en el que residen habitualmente. Así resulta en efecto de lo dispuesto en el art. 12 (que no ha sido alterado por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la LO 4/2000), cuyo apartado 1 establece que “los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”. A lo cual hay que añadir lo dispuesto en relación con situaciones específicas por los apartados siguientes de dicho artículo 12 y en especial, lo dispuesto en su apartado 2 en relación con la asistencia sanitaria de urgencia: “los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica”¹¹¹.

¹¹⁰ Véase en particular lo dispuesto en los diversos párrafos del apartado 2 del art. 24 de la Convención.

¹¹¹ Los apartados 3 y 4 del art. 12 establecen lo siguiente:

“3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

*Como consecuencia de todas estas intervenciones sucesivas del legislador se ha llegado a una situación que, como fácilmente puede comprenderse, adolece de unos niveles de dispersión y complejidad muy elevados. Dispersión y complejidad que se incrementan todavía más si se tiene en cuenta la existencia de normativa propia de algunas Comunidades Autónomas sobre la materia*¹¹², así como también el hecho de que no se haya pro-

4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.”

El juego conjunto de los diversos apartados que el art. 12 de la LO 4/2000 dedica a la asistencia sanitaria de los extranjeros conduce a los siguientes resultados:

1º) Se ha reconocido el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros “en los mismos términos que los españoles” con el único requisito de la inscripción padronal, y al margen por tanto de el extranjero se encuentre o no en situación de residencia legal (téngase en cuenta al respecto que, conforme a lo dispuesto en el art. 18.2 la Ley de Bases de Régimen Local, la inscripción de los extranjeros en el Padrón Municipal “no constituirá prueba de su residencia legal en España”). Esta equiparación estricta respecto de los españoles determina que, además de la inscripción padronal, los extranjeros necesiten –al igual que los españoles– encontrarse en alguna de las situaciones que hacen nacer el derecho a la asistencia sanitaria (estar de alta en la Seguridad Social, carecer de recursos económicos suficientes en los términos del RD 1088/1989, ser minusválido o desempleado, etc.).

2º) Para el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia a que se refiere el art. 10.2 (en caso de “enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa”) no se establece requisito alguno ni se formula en términos de equiparación respecto de los españoles. Por tanto, no se requiere la inscripción padronal ni tampoco es necesario encontrarse en alguna de las situaciones que hacen nacer el derecho a la asistencia sanitaria.

3º) Tampoco se exige requisito alguno, en coherencia con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, en relación con la asistencia sanitaria de los menores extranjeros que se encuentren en España (no se exige ya, como hacía el art. 10.3 de la LO 1/1996, que se encuentren en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de una Administración pública), así como en relación con las mujeres extranjeras embarazadas respecto al embarazo, parto y postparto.

¹¹² Cabe mencionar al respecto la normativa reglamentaria sobre “universalización de la asistencia sanitaria” aprobada en 1991 por las Comunidades navarra y catalana (Decreto foral 71/1991, de 21 de febrero y Decreto 178/1991, de 30 de julio, respectivamente) en virtud de la cual se ofreció a las personas sin derecho a la asistencia sanitaria pública una suerte de aseguramiento voluntario en relación con la misma, contemplando la posibilidad de solicitar el reconocimiento del derecho a dicha asistencia pero con la exigencia de colaborar en la financiación del sistema sanitario público mediante el pago de una cantidad que no podía exceder del importe de las “cuotas y otros ingresos destinados a la asistencia sanitaria pública per capita” (vid. art. 6.2 del Decreto catalán y en

parecidos términos, art. 7.2 del Decreto navarro). En la actualidad es obvio que esta fórmula ha quedado fuera de lugar en la medida en que la asistencia sanitaria ya no se financia —ni siquiera parcialmente— mediante cotizaciones sociales, sino exclusivamente a través de los impuestos, de manera que no tiene ningún sentido exigir tan sólo a unos determinados ciudadanos una contribución financiera como requisito para una atención sanitaria que se financia con los impuestos que ellos pagan como los demás contribuyentes.

También incide sobre esta materia lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, cuyo apartado 5 reconoce en Andalucía a todas las personas, “las prestaciones vitales de emergencia”, al margen de que sean o no titulares del derecho a la asistencia sanitaria pública.

Y por último, merece una mención específica la Ley navarra 2/2000, de 25 de mayo, por la que se modifica la Ley foral de Salud (Ley foral 10/1990, de 23 de noviembre) “para extender la cobertura de la asistencia sanitaria del sistema sanitario público de Navarra a todos los inmigrantes en la Comunidad foral”, que es la que tiene un mayor alcance innovador y la que resulta por ello más problemática desde el punto de vista competencial.

El Preámbulo de la Ley declara, tras citar el ya aludido Decreto foral 71/1991, que “la garantía de asistencia sanitaria universal no es una realidad” en la Comunidad navarra y subraya en particular la existencia de un colectivo de unos 2.000 emigrantes no legales sin derecho a la asistencia sanitaria, los cuales se ven obligados a recorrer “un tedioso y desagradable camino” través de trabajadores sociales y Organizaciones No Gubernamentales para acceder a las prestaciones sanitarias. Con el objetivo de incluir también a este colectivo da nueva redacción al art. 3.1 de la Ley 10/1990 introduciendo una formulación que tiene un alcance extraordinariamente amplio: “la asistencia sanitaria pública dentro del territorio de la Comunidad Foral se extenderá a todos los ciudadanos y ciudadanas residentes en cualquiera de los Municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa”.

Este enunciado tiene en efecto un alcance muy amplio: incluye por supuesto a los extranjeros (a los que alude de modo expreso el Preámbulo de la Ley) pero también a los españoles —dada la amplitud de su tenor literal— implicando por tanto una plena universalización del derecho a la asistencia sanitaria que hay que entender inmediatamente operativa. En efecto, a la vista del contenido del art. 2 del misma Ley 2/2000, en el que se establecen previsiones para financiar la asistencia sanitaria de los nuevos beneficiarios y para entregarles la tarjeta sanitaria individual, no cabe duda de que la expresión “se extenderá” hay que entenderla en un sentido preceptivo y no como un compromiso que se aplaza a un momento posterior.

Resulta así que la nueva redacción del art. 3.1 de la Ley navarra de Salud tiene dos importantes consecuencias:

- a) Implica la universalización de la asistencia sanitaria para todos los españoles que residen en Navarra, con independencia de que concurran o no alguna de las circunstancias que, de acuerdo con la legislación estatal a la que hemos aludido, determinan el nacimiento del derecho.
- b) Implica también el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria del de los extranjeros en Navarra en unos términos diferentes de los que derivan de la LO 4/2000 (a la que por cierto no cita la Ley foral 2/2000 ni siquiera en su —por lo

ducido la unificación de los distintos regímenes públicos de cobertura sanitaria, subsistiendo los regímenes propios del mutualismo funcional¹¹³.

La LGS sigue proclamando en un lugar muy destacado de la misma (art. 1.2) que son titulares del derecho a la asistencia sanitaria “todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. Ello debería ser así, pero no es así, pues esta afirmación es ignorada de modo ostensible por el conjunto del ordenamiento positivo vigente en la actualidad, que prescinde en la práctica de la misma y la contradice en un doble sentido:

a) La nacionalidad española y la residencia legal de los extranjeros en España no son títulos jurídicos que hagan nacer el derecho a la asistencia sanitaria (no son por tanto condición suficiente al efecto), puesto que se exige la concurrencia de alguna de las variadas circunstancias a las que la dispersa legislación aludida vincula el nacimiento del derecho a la asistencia sanitaria (estar afiliado a alguno de los regímenes de Seguridad Social, ser pensionista, minusválido o desempleado, ser indigente en los términos del RD 1088/1989, ser familiar a cargo de una persona que sea titular del derecho, etc).

b) Pero sucede además que la condición de español o de extranjero residente legalmente en España no resulta ya siquiera condición necesaria en relación con el derecho a la asistencia sanitaria, puesto que la LO 4/2000, reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a todos los extranjeros empadronados “en las mismas condiciones que los españoles” (por tanto, siempre que

demás bastante explícita- Exposición de Motivos). Esos términos son en parte más amplios (la LO 4/2000 reconoce a los extranjeros empadronados el derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles” lo que implica la exigencia de algún título concreto que haga nacer el mencionado derecho —afiliación a la Seguridad Social, minusválido, familiar a cargo, etc—, pero esta exigencia no resulta exigible en cambio a los extranjeros empadronados en Navarra, de acuerdo con la redacción que se ha dado al art. 3.1 de su Ley de Salud), pero en parte son más reducidos (obsérvese que la Ley navarra no ha contemplado los casos de asistencia sanitaria urgente, que la LO 4/2000 ha reconocido en unos términos amplísimos incluyendo a todos los extranjeros “que se encuentren en España”, por tanto también a los que están de manera temporal —turistas, estudiantes, etc— y carecen de inscripción padronal).

¹¹³ Recuérdese que la Ley General de Sanidad contempló en su D. Final 2ª la refundición de los diferentes regímenes públicos de cobertura sanitaria, previendo en particular (D. Final 2ª.1) la refundición de la asistencia sanitaria de los diferentes regímenes de Seguridad Social, pero dicha operación refundidora no se ha llevado a cabo.

se encuentren en alguna de las situaciones aludidas en a) y al margen de la regularidad de su residencia. E incluso en determinadas situaciones (menores y mujeres embarazadas¹¹⁴, asistencia sanitaria de urgencia en caso de accidente o enfermedad grave¹¹⁵) no se exige siquiera el empadronamiento ni ningún otro requisito¹¹⁶.

No cabe duda de que el resultado al que conduce esta situación es objetable desde diversos puntos de vista.

¹¹⁴ Art. 10.3 LO 1/1996 y art. 12.3 y 4 LO 4/2000.

¹¹⁵ Art. 12.2 LO 4/2000.

¹¹⁶ Obsérvese que la LO 4/2000, en su loable deseo de hacer frente a un importante problema social, otorga a los extranjeros derechos que todavía no están reconocidos a los españoles de manera generalizada. Se trata concretamente de la asistencia sanitaria de urgencia por enfermedades graves o accidentes cualquiera que sea su causa, en relación con la cual los extranjeros tienen reconocida la atención sanitaria hasta su situación de alta, sin ningún condicionamiento o requisito. No es necesario por supuesto la residencia legal, ni siquiera el empadronamiento, de modo que alcanza tanto a todos los extranjeros que residen de facto en España (al margen de la regularidad de esta residencia) como también a los extranjeros que se encuentren en España de manera transitoria u ocasional (por motivos turísticos, profesionales, de estudios, etc.).

Los españoles que requieren asistencia sanitaria de urgencia, sólo tienen derecho a la misma en la medida en que sean beneficiarios por algún título de un régimen de cobertura pública de la asistencia sanitaria, pero en otro caso les atiende por los servicios públicos de salud sólo como enfermos de pago (son "pacientes privados", de acuerdo con el art. 16 LGS), situación que en ningún caso se produce en relación con los extranjeros tras la entrada en vigor de la LO 4/2000. Lo mismo puede decirse de los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que se encuentren ocasionalmente en España: no podrán acogerse a la cláusula del art. 12. 2 LO 4/2000 (pues no son extranjeros) y estarán en este punto en una situación peor que si fueran extranjeros, lo que no parece ciertamente de recibo.

Hay por tanto en este punto un trato más favorable de los extranjeros respecto de los españoles que no parece sea un resultado voluntariamente querido por el legislador, sino más bien una consecuencia imprevista derivada del modo desordenado y disperso con la que el legislador ha ido abordando esta materia. Lo cual pone en evidencia las lagunas que presenta el proceso de universalización de la asistencia sanitaria en nuestro país y el hecho de que el legislador se ha desviado de lo que hubiera sido un orden secuencial lógico desde el punto de vista institucional y que hubiera debido llevar a abordar primero la universalización de la asistencia sanitaria en relación con los españoles y con los extranjeros residentes en España.

En relación con la asistencia sanitaria a los españoles no residentes cuando se hallen en España, véanse las Proposiciones de Ley que ha presentado el Grupo Socialista en el Congreso, tanto en la anterior Legislatura (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, n° 296, 14 de abril de 1999), como en la presente (id. VII Legislatura, serie B, n° 9, 24 de abril de 2000).

En primer lugar, complica innecesariamente la gestión administrativa vinculada a la materia, al generar no pocas dudas y disfunciones en los procedimientos administrativos de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria.¹¹⁷ Pero sobre todo, continúa sin alcanzarse el objetivo de la universalización de la asistencia sanitaria, por más que se haya ido incorporando a la gran mayoría de la población y el colectivo de personas sin derecho a la asistencia sanitaria pública sea reducido en términos

¹¹⁷ Son ilustrativos a este respecto las observaciones sobre la materia que vienen recogiendo los sucesivos Informes del Defensor del Pueblo, a través de los cuales queda patente la problemática creada por la situación normativa descrita, tanto en términos de carga para la gestión por parte de las Administraciones competentes en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, como desde la perspectiva del ciudadano, obligado en determinados a seguir largos peregrinajes burocráticos hasta ver reconocido su derecho (véase en particular el contenido del apartado 7.3.1 de los Informes correspondientes a 1997, 1998, y 1999).

Obsérvese por ejemplo el supuesto relatado en el Informe de 1998, que resulta ilustrativo al respecto. Una ciudadana española regresa a España tras vivir unos años en el extranjero y solicita el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria por la vía del RD 1088/1989 (personas sin recursos económicos suficientes). La Dirección provincial competente del INSALUD desestima la solicitud por considerar subsidiaria esta vía y entiende que la interesada podría alcanzar el derecho a la asistencia sanitaria como beneficiario de un familiar suyo que es titular de dicha asistencia. Solicitado este reconocimiento ante la Dirección provincial del INSS, el mismo se desestima igualmente por no poder acreditar el requisito de la convivencia con el familiar en cuestión –dado que el empadronamiento de la interesada en el domicilio del familiar era posterior a la primera solicitud–, así como por el hecho de no haber demostrado la existencia de dependencia económica respecto al mencionado familiar. En consecuencia, la solicitante vuelve a intentar la vía del RD 1088/1989, consiguiendo en esta segunda ocasión el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, pero una vez que habían transcurrido 6 meses desde la primera solicitud.

O también cabe mencionar la referencia que se contiene en el Informe correspondiente a 1999 sobre las personas convivientes de orientación homosexual, a propósito de las dificultades para incluirlas entre las situaciones contempladas en la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984, por la que se extendió la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas que, sin ser cónyuge del titular del derecho, conviven maritalmente con él (vid. *supra*, epígrafe III.3, nota 67). Resolución ésta que según el criterio sostenido por el INSS no resulta aplicable al supuesto aludido.

No parece necesario insistir en que toda esta problemática –estéril y tediosa– es totalmente artificiosa, en la medida en que deriva tan sólo de una normativa fragmentaria y dispersa que ha ido abordando situaciones concretas al margen de la necesaria visión de conjunto, y quedará totalmente superada en el momento en que se universalice de manera plena el derecho a la asistencia sanitaria pública.

porcentuales¹¹⁸, lo cual implica el incumplimiento del mandato de universalización que deriva de la Constitución y que consagra la Ley General de Sanidad.

Por otro lado, resulta patente también la incongruencia de la situación descrita con el sistema de financiación de la asistencia sanitaria hoy en vigor, a través de una aportación del Estado con cargo a los impuestos soportados por el conjunto de los ciudadanos - contribuyentes, habiéndose suprimido ya totalmente, a partir de 1999, la aportación procedente de las cotizaciones sociales: si la asistencia sanitaria se financia con los impuestos pagados por todos, no tiene sentido que haya un colectivo de personas que carecen del derecho a beneficiarse de los servicios públicos de salud y que se mantengan en pie las reglas basadas en el principio contributivo (reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a los trabajadores activos y a los pensionistas) junto con otras varias vinculadas a ideas de beneficencia (asistencia sanitaria a personas sin recursos económicos) y de protección de colectivos específicos (minusválidos, menores y mujeres embarazadas, etc).

La situación descrita reclama de modo inaplazable una intervención del legislador a través de la cual se lleve a cabo de modo efectivo la plena universalización de la asistencia sanitaria¹¹⁹. Intervención que debe producirse en el ámbito de la legislación básica estatal sobre Sanidad (de acuerdo con lo previsto en los apartados 1ª, 16ª y 17ª del artículo 149.1 CE)¹²⁰, la cual debe reconocer el

¹¹⁸ Aunque la cifra precisa de ciudadanos sin derecho a la asistencia sanitaria se desconoce, el Plan de Salud publicado en 1995 por el Ministerio de Sanidad y Consumo (p. 27) lo estimaba en torno al 1.5% de la población española, esto es, una cifra cercana a las 600.000 personas. Más recientemente J. REY (El futuro de la Sanidad española, cit. 1999, p. 19) sitúa en torno al medio millón el colectivo de personas sin derecho a la asistencia sanitaria.

¹¹⁹ Esta universalización que se propugna ha sido realizada en Francia mediante la Ley 99-641, de 27 de julio de 1999, de creación de una cobertura sanitaria universal. A través de esta Ley se reconoció, con efectos a partir de 1 de enero de 2000, el derecho a la asistencia sanitaria de todas las personas residentes de modo estable y regular en territorio francés (vid. J. MOREAU – D. TRUCHET, Droit de la santé publique, 5ª ed. Dalloz, París, 2000, p. 26).

¹²⁰ Las reglas competencial aludidas parecen exigir en efecto una respuesta normativa unitaria en este punto que es incompatible con la existencia de opciones legislativas diversas en cada Comunidad Autónoma. Por eso creo que resulta objetable desde el punto de vista competencial el contenido de la más atrás aludida Ley navarra 2/2000, de 25 de mayo, por la que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria dentro de la Comunidad foral a todos los inmigrantes en la misma, aunque puedan compartirse las opciones materiales que incorpora.

derecho a la asistencia sanitaria a todos los ciudadanos españoles y a los extranjeros residentes legalmente en España, con efectos derogatorios expresos de toda la normativa actualmente en vigor que exige la concurrencia de requisitos subjetivos concretos. Y ello sin perjuicio por supuesto de que puedan conservarse las reglas vigentes que fijan un contenido prestacional adicional para determinados colectivos especialmente vulnerables (personas mayores, minusválidos, enfermos de SIDA, etc) y sin perjuicio de que la legislación de extranjería contemple en términos flexibles –tal como hace la LO 4/2000– la asistencia sanitaria de los extranjeros que se encuentren en situaciones distintas a la residencia legal.

La necesidad de dar este paso está asumida hace ya algún tiempo, tanto en el ámbito doctrinal¹²¹ como en el político¹²², pero lo cierto es que continúa siendo, hoy por hoy, un reto pendiente.

4. La dimensión temporal de la asistencia sanitaria: el problema de las listas de espera.

A). Ya más atrás (epígrafe II.D) quedó apuntada la importancia de la dimensión temporal de la asistencia sanitaria, que conecta directamente con la cuestión de las

Las objeciones que pueden oponerse a esta Ley desde el punto de vista competencial derivan del hecho de que la extensión subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria parece integrarse con naturalidad en ese “sistema normativo de la Sanidad nacional” al que ha aludido el Tribunal Constitucional (Sentencia 32/1983, de 28 de abril, FJ.2) en su jurisprudencia sobre reparto de competencias en materia sanitaria, sistema normativo cuya formulación corresponde al Estado de acuerdo con lo previsto en las reglas 1ª, 16ª y 17ª del art. 149.1 CE. En relación con el estatus de los extranjeros es preciso tener en cuenta también obviamente lo dispuesto en la regla 2ª de dicho art. 149.1 (competencia exclusiva del Estado sobre inmigración y extranjería).

¹²¹ Vid. M. ALARCÓN CARACUEL-S. GONZÁLEZ ORTEGA, Compendio de Seguridad Social, 1991, cit. pp. 195-199 y M. REBOLLO PUIG, Sanidad, en el vol col. dirigido por S. MUÑOZ MACHADO y otros, Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y Sanidad en España, Escuela Libre Editorial y Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 257. Yo mismo me he referido a esta cuestión en mi trabajo, Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX, “Revista Aragonesa de Administración Pública”, 13 (1998), pp. 61 y ss, 94-97.

¹²² En este sentido se pronunció ya el Acuerdo parlamentario sobre consolidación y modernización del SNS de 18 de diciembre de 1997, cuyo apartado I.1.b propugna una reforma legal que lleve a cabo “la universalización efectiva del derecho a la asistencia sanitaria, extendiéndolo o todos los grupos sociales y desvinculándolo de los regímenes de afiliación a la Seguridad Social”.

listas de espera. Cuestión que es sin duda una de las más problemáticas de las que se han venido planteando en los últimos años en nuestra Sanidad pública.

Una imagen bastante objetiva de la problemática planteada en torno a las listas de espera puede deducirse del contenido de los últimos Informes del Defensor del Pueblo y de las instituciones autonómicas análogas, en los que puede detectarse cómo los Defensores cívicos vienen dedicando una atención continuada al tema, como fruto de las frecuentes quejas que han recibido al respecto.

La lectura de estos Informes ¹²³ evidencia que los períodos de espera necesarios para el acceso efectivo a determinadas prestaciones han venido siendo muy considerables –tiempos de espera de 1 año han sido habituales en algunos servicios, e incluso se ha llegado en algún caso extremo a los 3 y 4 años–, lo que revela un claro desajuste entre la elevada demanda asistencial existente en determinados ámbitos y los medios humanos y materiales existentes para atenderla. Lo cual se ha traducido en el hecho de que los pacientes afectados hayan visto obstaculizado el acceso efectivo a las prestaciones aludidas con la carga de soportar un importante desfase entre el diagnóstico y el correspondiente tratamiento. En concreto, se observa que las demoras se han venido produciendo sobre todo en determinadas intervenciones quirúrgicas, en particular traumatología (implantación de prótesis quirúrgicas), oftalmología (cataratas) y cirugía cardiovascular; pero no sólo en cirugía, sino también en la cita para consulta en algunas especialidades, en la realización de determinadas pruebas diagnósticas o en el ámbito de la reproducción asistida ¹²⁴.

¹²³ Véase el apartado 7.1.3 de los Informes del Defensor del Pueblo correspondiente a los años 1996, 1997, 1998 y 1999. También los últimos Informes del Síndic de Greuges de Cataluña (Informe al Parlament 1996, pp. 224-231; Informe al Parlament 1997, pp. 235-236, e Informe al Parlament 1999, pp. 238-239).

¹²⁴ Por otro lado, cabe subrayar que en no pocos casos se detectan problemas vinculados no tanto a la existencia misma de las listas de espera, sino a la gestión que los Servicios de Salud –hospitales normalmente– hacen de las mismas: hay así supuestos en los que la derivación del paciente hacia otros hospitales no ha conseguido su objetivo de acortar la espera, sino que se ha traducido por el contrario en un alargamiento de la misma; en otros casos, no se ha informado correctamente a los pacientes sobre las esperas necesarias, con aplazamientos sucesivos de la fecha inicialmente prevista para la intervención o falta de información sobre la misma; o ha sucedido también que en determinados supuestos los efectos perjudiciales de una demora se ven agravados por circunstancias personales del paciente y su entorno familiar, que no han sido tenidas en cuenta por los Servicios de Salud.

B) La posición jurídica del ciudadano ante esta situación carece de consistencia –resulta por el contrario más bien precaria–, por más que el Derecho positivo le reconozca de modo inequívoco el derecho a las prestaciones sanitarias. El tratamiento de la cuestión de los tiempos de espera es sin duda uno de los puntos débiles de la regulación vigente en materia de prestaciones sanitarias, pues no se fijan –salvo alguna excepción a la que luego aludiremos– unos tiempos máximos admisibles al efecto, ni se establecen mecanismos a disposición del paciente para conseguir que las prestaciones sean efectivas en tales en tiempos máximos.

En el marco del ordenamiento vigente la vía que en principio podría resultar más operativa al respecto es sin duda la del *reintegro de gastos* más atrás aludida, que contempla la posibilidad de que el paciente utilice servicios ajenos a los del sistema sanitario público y obtenga *a posteriori* el reembolso de los gastos pagados. Pero este mecanismo será muy excepcionalmente utilizable en relación con pacientes que se encuentren en lista de espera, dado el carácter restrictivo con el que se configura la cláusula de reintegro de gastos en nuestro Derecho positivo. En efecto, como ya nos consta, el reintegro se prevé tan sólo en relación con casos de “asistencia sanitaria urgente inmediata de carácter vital”, situación que muy raramente se planteará en relación con pacientes en listas de espera, que por definición conciernen ¹²⁵ a patologías o situaciones consideradas no urgentes.

¹²⁵ Son por ello muy excepcionales los supuestos en los que la vía del reintegro de gastos ha prosperado como mecanismo para la eliminación de las demoras derivadas de las listas de espera. Puede citarse al respecto, como caso excepcional en el que así sucedió, el que dio lugar a STS de 21 de febrero de 1995, (Sala de lo Social, Ar. 1168): en el supuesto de hecho abordado por esta sentencia se había detectado a un paciente un tumor cancerígeno que requería una intervención quirúrgica urgente, pero pese a ello, los servicios públicos sanitarios no le proporcionen el correspondiente ingreso hospitalario para la realización, razón por la cual el paciente acudió a un hospital privado, obteniendo posteriormente el reintegro de los gastos correspondientes en la vía jurisdiccional social. Pero lo habitual es por el contrario que se deniegue el reintegro de gastos por asistencia a pacientes en lista de espera, conforme a la doctrina general que se recoge en la STS de 7 de octubre de 1996 (Sala de lo Social, Ar. 7496), relativa a una paciente con insuficiencia renal crónica que recibía tratamiento de hemodiálisis por el INSALUD, encontrándose en lista de espera para trasplante de riñón, y que consiguió por su cuenta dicho trasplante en un hospital de Houston (Estados Unidos). Reclamada por la paciente el reintegro de los gastos correspondientes, obtuvo sentencia favorable de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, pero el TS casa dicha sentencia en base a la doctrina que se expone en el Fundamento de Derecho 2º de la sentencia de 7 de octubre de 1996..

Tampoco podemos considerar que las acciones de responsabilidad patrimonial de la Administración constituyan un remedio eficaz al respecto. Por un lado, dichas acciones sólo serán factibles en un número porcentualmente reducido de los casos afectados por listas de espera, en los que concurran los presupuestos de la responsabilidad patrimonial que hacen nacer la obligación de la Administración de indemnizar los daños. Pero sobre todo, es obvio que en ningún caso conseguirán restablecer al paciente en su derecho a una asistencia sanitaria en tiempo razonable, sino que tan sólo pueden aspirar a paliar –mediante compensaciones económicas– perjuicios normalmente irreversibles en los bienes de la salud e integridad física, o incluso la vida¹²⁶.

En la práctica, la vía más fácilmente accesible a las personas afectadas no es otra que la queja ante el Defensor del pueblo o las instituciones equivalentes de ámbito autonómico, a través de cuyas gestiones mediadoras puede conseguirse, como de hecho ha sucedido en no pocos de los supuestos que se han planteado ante los mismos, solventar determinadas situaciones y lograr un acortamiento de los tiempos de espera que se hubieran producido sin su intervención.

Esta intervención de los Defensores cívicos resulta sin duda útil y muestra las virtualidades que la institución tiene en relación con el amplio campo de la inactividad administrativa, pero es obvio que no soluciona el problema en términos generales, puesto que, en el mejor de los casos, tan sólo consigue paliar, tras las correspondientes gestiones, las situaciones de demora que se plantean ante los mismos; situaciones que son al fin y al cabo un porcentaje reducido respecto al amplísimo colectivo de personas afectadas por las listas de espera¹²⁷.

¹²⁶ Así sucedió en el supuesto resuelto por la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000 (ADS, 63, julio – agosto 2000, pp. 539-540), relativa a un caso de fallecimiento de un persona cuando se encontraba en lista de espera para una intervención de cirugía cardiovascular, en la que el Tribunal condena a la Administración (que había entendido que la situación del paciente no era urgente, sino simplemente “preferente”) a abonar una indemnización de 21 millones de pesetas a los familiares del fallecido.

No parece necesario insistir en que fallos como éste (obsérvese que la sentencia se refiere a hechos acaecidos más de cinco años antes al momento de producirse el fallo) no solucionan el problema para la persona afectada por el retraso, aunque impliquen sin duda una importante llamada de atención para las Administraciones gestoras de los Servicios de salud.

¹²⁷ Sobre la operatividad de la institución del Defensor del Pueblo en relación con la inactividad administrativa, véanse las atinadas observaciones que desarrolla M. GÓMEZ PUENTE, en su libro sobre La inactividad administrativa, 2ª ed.,

C) Desde una perspectiva de conjunto, no cabe duda de que el problema de las listas de espera constituye una “asignatura pendiente” de nuestro sistema público de salud, pues si bien parece que en los momentos actuales se plantea en unos términos menos agudos que en etapas anteriores¹²⁸, no es difícil convenir que continúa constituyendo uno de los aspectos menos satisfactorios de nuestra Sanidad pública.

Cierto las listas de espera son difícilmente eliminables en su totalidad, pues en buena medida son una consecuencia inherente a las propias dificultades del dispositivo asistencial público para adaptarse con rapidez a las nuevas demandas que se generan por la continua apertura de nuevas posibilidades asistenciales, las cuales hacen aflorar repentinamente fuertes demandas en relación con aspectos que con anterioridad no venían siendo atendidos. En cierto modo puede considerarse que se trata de una cuestión que tiene un carácter “estructural” que acompaña al propio modo de provisión pública directa de la asistencia sanitaria en la que descansa nuestro Sistema de Salud, frente a los sistemas que descansan en la provisión por centros o profesionales de la elección del paciente con el posterior pago por “acto médico” a cargo del sistema público¹²⁹.

Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 889 y ss. 905-907, donde pueden leerse consideraciones que resultan perfectamente aplicables a la materia que nos ocupa:

“la mediación del Defensor del Pueblo resulta bastante fructífera en la resolución de los problemas singulares que se le plantean, supuestos de inactividad incluidos. Pero la intercesión personal y singular del Defensor, con ser importante, ni elimina las causas estructurales de la inactividad u otros males administrativos, ni evita que, dada prioridad al caso o expediente en que aquél pone su interés, otros muchos, quizás de mayor antigüedad, permanezcan dormidos en los archivos. No bastan, pues, las cualificadas influencias de este tribuno popular para poner remedio al problema. Además, y pese a ser uno de los problemas más frecuentemente examinados por el Defensor del Pueblo, sólo un bajísimo porcentaje de supuestos de inactividad administrativa llegan hasta sus manos”.

¹²⁸ En un documento hecho público por el INSALUD a través de Internet (<http://www.msc.es/insalud/>) se señalaba que la demora quirúrgica media se había reducido notablemente entre junio de 1996 y diciembre de 1999, pasando de 210 días a 62 entre estas dos fechas. El objetivo para finales de 2000 se fijaba en conseguir una demora media de 55 días, con un tope máximo de cinco meses.

¹²⁹ La provisión pública directa tiene sin duda sus ventajas, pero presenta este punto débil frente al sistema de provisión privada con financiación pública de cada acto médico. Este último es en cambio el modelo existente en nuestro país como es sabido en el caso concreto de las prestaciones farmacéuticas, que se suministran por cualquiera oficina de farmacia y cuyo coste se asume, de manera parcial o total según los casos,

Pero ello no puede justificar una actitud de pasividad ante la situación que hemos descrito (que podría llegar a un estado de cosas en que la demora actuase como mecanismo selectivo operando como elemento de disuasión o desincentivación en el acceso a las prestaciones del sistema público y de reconducción hacia la Sanidad privada de las personas con medios económicos para ello), sino que por el contrario debe motivar una acción decidida y continuada de los poderes públicos para reducir al mínimo las demoras inherentes a las listas de espera y para proporcionar a los ciudadanos mecanismos efectivos para defenderse en los supuestos en los que las demoras se extienden más allá de unos límites razonables.

Y esta acción ha de dirigirse en primer lugar obviamente —en línea con las medidas que se han venido adoptando en los últimos años— a la dotación de los medios personales y materiales que permitan atender la demanda asistencial existente, ya sea con carácter permanente mediante la ampliación de determinados servicios, o bien mediante fórmulas de carácter coyuntural que permitan aumentar la actividad asistencial de los hospitales de la red pública o concertar intervenciones con centros ajenos a la misma¹³⁰. Y junto a este incremento en la capacidad del dispositivo asistencial sanitario que permita reducir las listas de espera y los correspondientes periodos de demora, debe también incidirse en la mejora de los aspectos vinculados a la gestión de las listas, de modo que puedan evitarse los problemas y disfunciones que se han venido planteando en relación con dicha gestión y se proporcione¹³¹ más y mejor información a las personas afectadas.

por el Sistema Nacional de Salud. En estas prestaciones no hay por supuesto listas de espera.

¹³⁰ Dentro de esta línea se han venido adoptando en efecto en los últimos años una serie de medidas para reducir las demoras quirúrgicas, medidas que deberán mantenerse y potenciarse. Es el caso, en el ámbito territorial del INSALUD, del “Plan de choque” llevado a cabo en 1996, del “Programa de reducción de la demora quirúrgica” del año 1998 o del “Plan de reducción de la demora en cirugía cardiovascular” del verano de 2000. Algunos datos al respecto pueden encontrarse en la Memoria 1998 del INSALUD, Madrid, 1999, pp. 82-84, con datos sobre las reducciones que se han producido en la demora media de las intervenciones quirúrgicas.

¹³¹ La lectura de los Informes del Defensor del Pueblo y del Síndic catalán que hemos citado al principio de este epígrafe permite detectar los problemas que se han venido planteando en este ámbito de la gestión de las listas de espera: alargamientos de las esperas inicialmente previstas debido a aplazamientos sucesivos, peregrinajes hospitalarios como consecuencia de la derivación de unos centros a otros y la descoordinación entre los mismos, desinformación para los pacientes como consecuencia de una gestión de las listas que carece de la

D). Pero al margen de todo ello, parece claro que, desde una perspectiva jurídico-normativa, la regulación positiva de las prestaciones sanitarias sólo conseguirá abordar satisfactoriamente la cuestión cuando fije de modo taxativo unos periodos máximos de espera en el acceso efectivo a las prestaciones, de modo que el incumplimiento de los mismos determine la entrada en juego de alguna fórmula operativa para que las personas afectadas puedan recabar la inmediata provisión de la

agilidad y transparencia necesarias, etc. En particular, sobre la necesidad de una gestión transparente y de una información correcta al paciente ha venido insistiendo el Síndic de Greuges de Cataluña (Informe al Parlament 1996, pp. 224 y 227; Informe al Parlament 1997, pp. 235-236 e Informe al Parlament 1999, pp. 238-239).

En relación con los criterios materiales que han de presidir la gestión de las listas de espera, debe notarse que la legislación vigente resulta muy poco explícita.

La LGS tan sólo se ocupa de la cuestión para consagrar la existencia de una lista de espera única en los centros hospitalarios, de modo que no haya diferencias entre pacientes en función de la condición que tengan - personas con derecho a la asistencia sanitaria o “pacientes privados- (art. 16.2).

Pero no cabe duda en todo caso de que el “régimen de cola” que es inherente al concepto mismo de lista de espera y que obligaría a atender a los pacientes en función estrictamente de la antigüedad de su espera ha de ser matizado en base a criterios de necesidad clínica. Así lo apunta el Decreto vasco 175/1989, de 18 de julio, por el que se aprobó la carta de derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios, en el que se incluyó el derecho “a que en el caso de que existan, las listas de espera reflejen con criterios de equidad únicamente las prioridades de urgencia médica y tiempo de espera. Y a ser informado periódicamente de la demora existente y sus causas” (art. 1.k). Precepto en base al cual queda claro que el tiempo de espera como criterio de prioridad queda complementado por el de la necesidad clínica (“urgencia médica”).

En un terreno especialmente relevante a estos efectos como es el de los transplantes de órganos existe una toma de posición en el Documento “Puntos éticos de conflicto que puede generar el transplante de órganos” emitido por la Comisión permanente sobre transplante de órganos y tejidos del Consejo Interterritorial del SNS en 1992, toma de posición que resulta muy explícita pero que carece obviamente de efectos normativos. En él se dice que el reparto de los órganos obtenidos para transplante ha de estar presidido por “los principios de justicia distributiva y equidad”. A estos principios, que excluyen “cualquier consideración no equitativa de índole geográfica, racial, sexual, religiosa, de edad, etc.” se añade la exigencia de repartir los órganos en base a “criterios exclusivamente médicos, buscando la más idónea adecuación órgano donado-receptor de este órgano”. A tal efecto se mencionan como criterios médicos a utilizar el de la “necesidad médica del receptor” y el de la “probabilidad de éxito del transplante”, de acuerdo con los conocimientos científicos vigentes en cada momento, criterios que se complementan con la preferencia del área geográfica en la que se ha generado el órgano, esto es, en la que se ha realizado su donación. Junto a ello se indica que el profesional sanitario que lleve a cabo la selección del receptor “deberá estar siempre en disposición de justificarla”.

prestación de que se trate¹³². Sólo entonces las Administraciones responsables se verán comprometidas por el Derecho positivo de modo permanente a arbitrar los medios para atender las necesidades asistenciales dentro de un plazo máximo –quedará así fijado el *tempus* de las prestaciones sanitarias–, y sólo entonces adquirirá solidez la posición del ciudadano en relación con la dimensión temporal de las prestaciones sanitarias.

La opción que acaba de apuntarse ha venido proponiéndose desde hace ya algunos años –el propio Informe Abril de 1991 apuntaba alguna idea al respecto¹³³ y el más reciente Acuerdo parlamentario sobre consolidación y modernización del SNS se pronunciaba con todo énfasis y rotundidad a favor de dicha opción¹³⁴–, pero lo cierto

¹³² *La fórmula más expeditiva que cabe articular es abrir a los pacientes afectados la posibilidad de acudir al centro sanitario de su elección con traslado del gasto correspondiente al Sistema sanitario público, ya sea a través del pago directo del servicio o por la vía del reembolso de los gastos pagados por el paciente. Pero cabe también la alternativa, como veremos utilizada en la Comunidad valenciana, de imponer al Servicio de Salud responsable la exigencia de que, una vez agotado el plazo máximo previsto, determine el centro sanitario en el que haya de realizarse la prestación incumplida con cargo al Servicio de Salud.*

¹³³ *En su Recomendación nº 54 propugnaba el objetivo de definir unos plazos de tiempo para cada tipo de servicio, “como límites que no debieran rebasarse en una asistencia de calidad razonable”, pero sin precisar las consecuencias vinculadas al incumplimiento de esos plazos.*

Por cierto que dicho Informe aludía a la posible existencia de “intereses velados” en la concertación de procesos en relación con pacientes en listas de espera (es decir, que el propio personal de los servicios públicos de salud pueda beneficiarse de esta concertación), lo que obliga a extremar la cautela al respecto. En particular, parece obligado comprobar que los servicios públicos de salud funcionan en el marco de su capacidad real y que se cumplen las obligaciones de dedicación horaria y las normas sobre incompatibilidades del personal sanitario.

¹³⁴ *Dentro de un planteamiento general en el que se considera necesario definir no sólo el contenido de las prestaciones, sino también las garantías respecto a distintos aspectos de las mismas como son su calidad y los tiempos de espera (apartado I.2.b), se aborda específicamente esta cuestión al final del apartado I.2 en los siguientes términos:*

“En cuanto a la garantía de los tiempos de espera, la Subcomisión recomienda la constitución, en el seno del Consejo Interterritorial de una comisión de prioridades, encargada de indicar, para aquellos procedimientos diagnósticos o terapéuticos que se consideren prioritarios –por resolver o paliar situaciones de incapacidad, de especial gravedad y/o urgencia, o condicionar graves penalidades o sufrimientos– tiempos máximos de espera, superados los cuales el paciente tendrá derecho a ser inmediatamente asistido en el centro donde determine el correspondiente Servicio de Salud/INSALUD”.

También el Defensor del Pueblo y el Síndic de Greuges han venido propugnando la fijación de plazos máximos para el

es que no se ha asumido todavía por nuestro ordenamiento jurídico para el conjunto del SNS, si bien debe subrayarse que algunas Comunidades Autónomas han dado pasos importantes en esta dirección. Dentro de ellas destaca el caso de la Comunidad Valenciana cuyo Decreto 97/1996, de 21 de mayo, fijó un plazo máximo de 90 días aplicable al conjunto de las intervenciones quirúrgicas de su competencia, plazo cuyo transcurso habilita al paciente a solicitar al Servicio Valenciano de Salud la designación del centro sanitario por el que se procederá a realizar la correspondiente intervención¹³⁵. En otras Comunidades Autónomas como Andalucía y Navarra el tema ha tenido un tratamiento mediante norma de mayor rango –una Ley–, pero en unos términos menos concretos que remiten al correspondiente desarrollo reglamentario¹³⁶.

El establecimiento de un sistema de plazos máximos de forma generalizada para el conjunto de nuestro Sistema de Salud presenta ciertamente dificultades que no pueden desconocerse. Así, son cuestiones a dilucidar: a) la determinación del ámbito de aplicación del período máximo de demora: todas las prestaciones o bien solamente una parte de ellas (parece claro que hay algunas que es prudente excluir –así, los trasplantes, obviamente condicionados a la disponibilidad de órganos de las características adecuadas para la persona receptora–); b) la fijación de un plazo único o de plazos diversos en función de las concretas prestaciones (parece que sería preferible fijar plazos distintos, más o menos amplios en función de las situaciones que aborda cada prestación); y c) la determinación de la fórmula sustitutiva para lograr la provisión de la asistencia sanitaria en caso de incumplimiento del plazo: reintegro de gastos (esto es, utilización

acceso a las prestaciones (vid. Informe del Defensor del pueblo 1996, apartado 7.1.3; para el Síndic catalán, Informe al Parlamento 1996, pp. 224 y 227, Informe al Parlament 1997, p. 236).

¹³⁵ *Presentada esa solicitud, el Servicio Valenciano dicta una resolución por la que designa el centro sanitario que realizará la prestación, quedando dicho Servicio comprometido al pago de la asistencia sanitaria por subrogación del paciente (no hay por tanto reintegro de gastos sino pago directo de la factura por el Servicio Valenciano de Salud).*

¹³⁶ *Las aludidas previsiones legales carecen en consecuencia de eficacia normativa directa (vid. art. 6.1.w de la Ley 2/1998, de Salud de Andalucía y, en Navarra, art. 1 de la Ley foral 12/1999, de 6 de abril, relativa específicamente a las listas de espera quirúrgicas, con remisión en ambos casos al plazo “que reglamentariamente se determine”). En el caso de Andalucía, la prensa ha dado cuenta de la preparación de un Decreto de contenido análogo al valenciano para establecer un plazo máximo en las intervenciones quirúrgicas y arbitrar una fórmula sustitutiva para el caso de que se incumpla dicho plazo.*

por el paciente de un centro privado de su elección con posterior reclamación de los gastos pagados a la Administración) o asignación de centro asistencial por la Administración responsable, con abono por ésta de los gastos al “proveedor” del servicio (la primera fórmula es más expeditiva en la obtención del servicio, pero más gravosa para el paciente desde el punto de vista económico y también probablemente para la propia Administración).

Pero con todo, no cabe duda de que la experiencia que suministra el aludido Decreto 97/1996 de la Comunidad valenciana avala la factibilidad de una regulación normativa de los tiempos máximos de espera para el conjunto del Sistema Nacional de Salud. Una regulación que parece imprescindible si se quiere remediar un aspecto que constituye sin duda en la actualidad uno de los puntos débiles más notorios en la regulación normativa de las prestaciones públicas sanitarias¹³⁷.

¹³⁷ Respecto a la cuestión del ámbito material de la regulación de los tiempos máximos de espera, el Decreto valenciano abarca, como hemos apuntado, todo el conjunto de la “asistencia quirúrgica” (por tanto, todo el conjunto de los tratamientos quirúrgicos, pero no las actividades de carácter diagnóstico ni otros tratamientos distintos de la cirugía). Por su parte, el Acuerdo parlamentario de 1997 propuso referir los plazos a “aquellos procedimientos diagnósticos o terapéuticos que se consideren prioritarios –por resolver o paliar situaciones de incapacitación, de especial gravedad y/o urgencia, o condicionar graves penalidades o sufrimientos”, lo que apunta a un desarrollo normativo de una cierta complejidad que delimite el ámbito de aplicación de los plazos máximos en función de los criterios que se mencionan.

Respecto a la existencia de un único plazo o de unos plazos diferenciados en función de las prestaciones (una suerte de “catálogo” de plazos), el Acuerdo parlamentario aludido contiene una referencia en plural a los tiempos máximos de espera, lo que implica –frente a la opción por un plazo único de 90 días que incorpora el Decreto valenciano– una diferenciación de los tiempos en atención a las características de las distintas prestaciones.

En cuanto a la fórmula sustitutiva para la provisión de la asistencia sanitaria en caso de incumplimiento del plazo, la opción incorporada al Decreto valenciano (designación del centro sanitario por la Administración responsable) parece ser también el que se contempla en el Acuerdo parlamentario (“derecho a ser inmediatamente asistido en el centro donde determine el correspondiente Servicio de Salud/INSALUD”).

Va de suyo por otro lado que el Acuerdo parlamentario de 1997 contempla la determinación de unos tiempos máximos que serían aplicables al conjunto del SNS –lo que parece claramente factible a la vista de lo previsto en las reglas 1ª, 16ª y 17ª del art. 149.1 CE– y serían por tanto plenamente aplicables en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas que han asumido en su integridad la gestión de la asistencia sanitaria pública. Lo cual no excluye por supuesto la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan introducir mejoras adi-

5. Sobre los aspectos cualitativos de las prestaciones sanitarias: el reto de la calidad asistencial.

La preocupación por los aspectos cualitativos de la asistencia sanitaria pública no puede decirse en modo alguno que sea algo novedoso. En relación sobre todo con los aspectos propiamente médicos o clínicos puede decirse que está en la base del proceso histórico de surgimiento y consolidación de nuestro sistema público de asistencia sanitaria –cuyo norte no fue otro que asegurar al conjunto de la población unos niveles dignos de atención médica–, y conecta por lo demás plenamente con el espíritu servicial que ha venido caracterizando tradicionalmente al ejercicio de la Medicina y demás profesiones sanitarias¹³⁸.

La calidad de los servicios que presta el sistema público de asistencia sanitaria constituye en efecto una dimensión extraordinariamente relevante del mismo. De mayor relevancia sin duda que en otros ámbitos de los servicios y prestaciones públicas, habida cuenta de que los servicios sanitarios inciden sobre bienes esenciales de la persona (salud e integridad física, e incluso la propia vida) de modo que su funcionamiento defectuosos puede conducir no sólo al fracaso de los objetivos curativos o rehabilitadores perseguidos por las prestaciones sanitarias, sino que puede llevar a producir perjuicios de gran envergadura e irreversibles para las personas atendidas. Circunstancia ésta que no ha hecho sino incrementarse sin cesar en las últimas décadas, en las que ha aumentado extraordinariamente la capacidad curativa de la Medicina como consecuencia del progreso técnico y científico, pero ha crecido también de forma paralela el potencial dañoso que implica una aplicación defectuosa de muchos procedimientos diagnósticos y terapéuticos.

Por ello no puede sorprender que en la Ley General de Sanidad de 1986 aflore de modo explícito la preocupación por la calidad de la asistencia sanitaria y se insista en ella en particular sobre la *evaluación y control de la calidad* de la asistencia prestada. Una evaluación que se

cionales en la regulación de la dimensión temporal de las prestaciones sanitarias: fijación de unos plazos máximos más reducidos que los establecidos por la normativa estatal para el conjunto del Sistema, extensión de los plazos máximos a otras prestaciones no contempladas en la normativa estatal, etc.

¹³⁸ Como exponente de esta tradición puede verse el Código de Deontología Médica aprobado en 1979 por el Consejo General de Colegio de Médicos, que dedicaba a la “calidad de la atención médica” su Capítulo IV (arts. 26 a 33). En la actualidad, véase el Capítulo V del Código de Deontología Médica aprobado por la Asamblea General de la Organización Médica Colegial el 25 de septiembre de 1999.

concibe como “un proceso continuado que informará todas las actividades del personal de salud y de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud” (art. 69.2), instándose a las Administraciones sanitarias a establecer sistemas de evaluación de la calidad asistencial “oídas las sociedades científicas” y contemplando la participación de los médicos y de los hospitales en dicho proceso¹³⁹. Y ello al margen de las referencias a la exigencia de *homologación* o *acreditación* previa en relación con determinadas actividades o establecimientos sanitarios¹⁴⁰.

En los momentos actuales no cabe duda de que esta atención a los aspectos cualitativos de los servicios públicos de salud ha experimentado una perceptible intensificación que se refleja tanto en textos normativos más recientes¹⁴¹ como en las Memorias y documentos elabo-

¹³⁹ El art. 69.2 establece que “los médicos y demás profesionales titulados del centro deberán participar en los órganos encargados de la evaluación de la calidad asistencial del mismo”. Por su parte el apartado 3 del mismo artículo añade que “todos los hospitales deberán posibilitar o facilitar a las unidades de control de calidad externo el cumplimiento de sus cometidos. Asimismo, establecerán los mecanismos adecuados para ofrecer un alto nivel de calidad asistencial”. Vid. también los arts. 18.16 (control y mejora de la calidad de la asistencia sanitaria “en todos sus niveles” como línea de actuación de los Servicios de Salud), 46.e (prestación de una asistencia sanitaria con “altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados como una de las características fundamentales del SNS) y 70.2.d (establecimiento de “criterios mínimos, básicos y comunes de evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros o servicios sanitarios” como contenido de la coordinación general sanitaria), todos ellos de la Ley General de Sanidad.

¹⁴⁰ Así, homologación de instalaciones y equipos (art. 40.7), acreditación de centros o servicios para la extracción y trasplante de órganos (art. 40.8), homologación previa de centros sanitarios como requisito para que puedan prestar servicios en el marco de un concierto celebrado con las Administraciones Públicas (art. 90.5), etc.

¹⁴¹ Por ejemplo, cabe citar al respecto el art. 4.f de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias, que incluye entre los principios que caracterizan el sistema canario de salud “la mejora continua de la calidad de la atención y asistencia prestada por los servicios, tanto desde el punto de vista de la individualización, la dignidad y la humanidad en el trato a los pacientes y sus familiares, como en la mejor dotación de los servicios sanitarios”. O también, el art. 2.11 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía alude, dentro de los principios en que deben inspirarse las actuaciones sobre protección de la salud, a la “mejora continua en la calidad de los servicios, con un enfoque especial a la atención personal y la confortabilidad del paciente y sus familiares”.

En el ámbito de Cataluña, donde se ha hecho una utilización muy amplia de la prestación de la asistencia sanitaria pública a través de fórmulas contractuales con diversas entidades públicas o privadas, la normativa sanitaria ha incidido especial-

rados por las Administraciones gestoras de los servicios de salud y en documentos de carácter político¹⁴². Una intensificación cuya explicación deriva a mi juicio de una parte de la dinámica general “modernizadora” en la que se han venido desenvolviendo las Administraciones Públicas en la última década –la preocupación por la calidad de los servicios públicos que se ofrecen a los ciudadanos es precisamente uno de los núcleos¹⁴³ fundamentales de los discursos modernizadores al uso – y, por otra parte, del propio momento en el que se encuentra el ciclo evolutivo de nuestro sistema público de salud, que parece haber cerrado ya las etapas de desarrollo basadas sobre todo en el crecimiento cuantitativo (extensión progresiva del alcance objetivo y subjetivo de las prestaciones sanitarias) para entrar en una nueva etapa caracterizada por la atención prioritaria a los aspectos cualitativos de la asistencia sanitaria¹⁴⁴.

mente sobre la acreditación previa como requisito para la contratación con el Servicio Catalán de la Salud, acreditación que se hace depender del cumplimiento de unos estándares de calidad normativamente definidos. Vid. al respecto los Decretos 169/1996, de 23 de mayo, sobre convenios y contratos de gestión de servicios sanitarios (art. 5), 36/1997, de 18 de febrero, sobre estándares de calidad para la gestión de servicios sanitarios y 309/1997, de 9 de diciembre, sobre requisitos de acreditación de entidades de base asociativa para la gestión de servicios sanitarios, así como la normativa complementaria de estos Decretos.

¹⁴² La preocupación por los aspectos cualitativos es patente en el Acuerdo parlamentario de 1997 ya citado con anterioridad (véase en concreto lo que se indica en sus apartados 2, 8 y 9).

¹⁴³ Como muestra de ello puede verse, por ejemplo el “Plan de modernización de la Administración del Estado” (Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 1991, puesto en marcha en abril de 1992), el RD 208/1996, de 9 de febrero, de regulación de los servicios de información administrativa y atención al ciudadano, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Exposición de Motivos, apartados III, IV y VI, y arts. 3 y 4), el RD 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado, así como el “Libro blanco” elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas y presentado al Consejo de Ministros el 4 de febrero de 2000 (Libro blanco para la mejora de los servicios públicos, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2000, en especial, pp. 69-93); documentos todos ellos a través de los cuales puede constatararse en efecto esta preocupación, que impregna las acciones modernizadoras desarrolladas en los últimos años, por la mejora de la calidad de los servicios que ofrecen las Administraciones a los ciudadanos.

¹⁴⁴ No cabe duda de que determinados indicadores de carácter meramente cuantitativo como el número de camas por habitantes, o el número de médicos por habitantes, que tienen una indudable relevancia para países “en desarrollo” (como lo era por ejemplo la España de los años 60) tienen hoy en nuestro país una significación menor.

Una vez constatada esta creciente preocupación por los temas vinculados a la calidad de la asistencia sanitaria, creo importante subrayar tanto la amplitud y la diversidad de las cuestiones que están involucradas en la idea de calidad proyectada sobre el ámbito sanitario –y por tanto la diversidad de perspectivas desde las que es posible aproximarse al tema–, como la multiplicidad de factores o elementos que confluyen en la determinación de los niveles de calidad de la asistencia prestada.

En relación con lo primero, subrayaré tan sólo que el tema puede ser abordado por supuesto desde una perspectiva propiamente médica (calidad de los procedimientos o técnicas diagnósticas y terapéuticas que se utilizan), pero también desde otros puntos de vista como son el de los cuidados de enfermería que requiere una adecuada asistencia sanitaria, la atención personalizada a los pacientes y respetuosa con su intimidad y autonomía personal, la agilidad de los aspectos formales y administrativos vinculados con la prestación de la asistencia sanitaria, la confortabilidad en el acondicionamiento material de los pacientes y sus familiares, etc.

Y por lo que se refiere a los elementos determinantes de la calidad, no cabe duda de que deben tenerse en cuenta una gama de cuestiones no menos amplia: importan por supuesto todos los aspectos vinculados con los recursos humanos –dotación de personal sanitario y formación y especialización del mismo–, con los edificios e instalaciones y con los elementos materiales disponibles –la calidad técnica de los aparatos que se utilizan y el adecuado mantenimiento de los mismos–, e importan también todos los aspectos organizativos de los medios asistenciales existentes, tanto en el ámbito interno de cada centro sanitario como en la coordinación de los diferentes centros y niveles asistenciales. Pero junto a ello, son también relevantes otros aspectos que tienen una relevancia quizás menos inmediata, pero a la larga no menos decisiva: la existencia de un estatus idóneo de los médicos y demás profesionales al servicio de la Sanidad pública (en cuanto a condiciones de acceso, estabilidad y

promoción, régimen retributivo, etc.)¹⁴⁵, así como la propia “cultura” sanitaria de los ciudadanos-usuarios de cara a una utilización racional de los servicios que les ofrece el sistema público de salud.

Todo lo cual debe conducir a evitar las aproximaciones simplistas o superficiales al tema, tanto en relación con la medición o evaluación de la calidad asistencial –que engloba una gran cantidad de aspectos muchos de los cuales resultan de medición difícil o cuya medición puede tener un coste que rebase las utilidades esperables de la misma¹⁴⁶– como en el diseño de los instrumentos al servicios de la mejora de la calidad, cuestiones ambas en relación con las cuales los enfoques parciales o simplistas pueden conducir a efectos inútiles o incluso contraproducentes.

Serían así enfoques parciales, a mi modo de ver, pensar que la calidad asistencial puede aumentarse sustancialmente aplicando miméticamente los esquemas al uso en el ámbito de la empresa privada, sin tener en cuenta debidamente la especificidad del sector público y, de modo particular, del sistema sanitario asistencial¹⁴⁷, o

¹⁴⁵ *Objetivo que no puede decirse que se haya logrado en nuestro sistema sanitario público. Creo por el contrario que los numerosos problemas que se han planteado en los últimos años para alcanzar una renovación general del régimen del personal sanitario público, con las secuelas que de ello ha derivado (pluralidad y diversidad de regímenes jurídicos del personal sanitario, abuso de las interinidades, falta de concursos de traslado, etc) no han dejado de incidir negativamente sobre el funcionamiento del SNS.*

¹⁴⁶ *Es claro así que el ámbito de la Sanidad –como sucede también en la enseñanza– tiene unos perfiles muy peculiares que lo diferencian de otros sectores como por ejemplo la fabricación de productos industriales o la construcción de edificios, que tienen un marcadísimo componente técnico, y en consecuencia no son trasladables los esquemas que se aplican en relación con la calidad industrial (vid. arts. 19 y 20 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria) o con la calidad en la edificación (vid. Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, entre otros, art. 3 apartados 1 y 2, art. 13.1 y art. 14).*

¹⁴⁷ *Sobre las dificultades para la evaluación de la calidad de la atención primaria puede ser ilustrativa la sorprendente experiencia ensayada por la Generalidad de Cataluña y de la que dio cuenta en su momento la prensa escrita (“El Mundo”, 22 de mayo de 2000) que consistía en infiltrar actores reclutados al efecto que simulaban una dolencia y acudían a los centros de atención primaria como falsos pacientes con el objetivo de recabar información a efectos de evaluación. En la nota de prensa a la que se alude se subrayaban, como inconvenientes de esta experiencia, los “riesgos” de que los médicos detectarían la simulación (lo que a juicio de los expertos sucedía en un 18% de los casos) y los costes generados por el “elevado coste de reclutamiento, entrenamiento y realización del control de calidad de las simulaciones”.*

Véanse las observaciones sobre “la calidad de los servicios públicos de contenidos sanitario y social” contenidas en el Informe del Defensor del Pueblo de 1998 (Apartado 2.6), donde se subraya que en una buena parte de las quejas sobre la materia presentadas ante esa institución subyacen problemas que afectan a los aspectos cualitativos de tales servicios: “aunque el parque de instalaciones sanitarias y sociales existente en España presenta todavía algunas insuficiencias, el lo cierto que, a medida que va disponiéndose de un mayor volumen de recursos, el problema se desplaza paulatinamente desde los aspectos cualitativos hacia los relativos a la calidad y, más allá de ésta, a la excelencia”.

bien mediante el simple expediente de crear un órgano *ad hoc* o un organismo responsabilizado de velar por la calidad asistencial. Sería también simplista –e ingenuo– sostener un enfoque exclusivamente normativo o reglamentista –y judicializado– de la calidad: pensar que el tema puede quedar resuelto satisfactoriamente con la mera determinación normativa de estándares de calidad que se imponen a los Servicios de Salud y que están respaldados judicialmente a través de las acciones de responsabilidad¹⁴⁸. Y sería también insuficiente a mi juicio un enfoque centrado exclusivamente en la libertad de elección del médico y del centro sanitario por parte del usuario, perspectiva ésta desde la que se ha venido propugnando como es sabido una concurrencia competitiva

Creo más que dudoso que el resultado de esta técnica de evaluación pueda justificar sus costes, que parecen elevados no sólo en términos de gasto público (que se apuntan en la información resumida) sino sobre todo en términos de pérdida de confianza en la relación entre los gestores y los médicos (éstos difícilmente podrán dejar de percibir esta infiltración de actores en sus consultas como una manifestación de desconfianza hacia ellos) y en la relación médico-paciente (la confianza aquí se verá distorsionada por un elemento de duda -que puede asaltar a los médicos- sobre si los pacientes a los que atienden son auténticos o son simuladores infiltrados).

En relación con la calidad de los centros hospitalarios, cabe aludir a la evaluación llevada a cabo por una empresa privada especializada en la materia (de la que dio cuenta “El País” de 26 de octubre de 2000) en base a la cual dicha empresa había elaborado una lista de los veinte mejores hospitales de España (los Top20 era el término utilizado). Los resultados de esta evaluación eran a mi juicio muy discutibles y poco rigurosos tanto por el criterio de selección de los hospitales evaluados como por los indicadores utilizados para evaluarlos. No puede sorprender por ello que los resultados de esta evaluación fueran contestados con importantes objeciones (vid. de nuevo en torno al tema “El País” de 30 de octubre de 2000).

¹⁴⁸ *Por el contrario, un enfoque centrado exclusivamente en esta perspectiva podría llegar a ser contraproducente para la calidad global del sistema sanitario al propiciar actitudes y prácticas de “Medicina defensiva”.*

Sobre la insuficiencia de una visión reglamentista y judicializada de la cuestión llamó la atención el Síndic de Greuges de Cataluña en su Informe correspondiente a 1996 (Informe al Parlament 1996, p. 223), donde puede leerse al respecto lo siguiente:

“Entendemos que ni las imposiciones reglamentarias ni, por lo que se refiere a los errores médicos, la intervención del Derecho Penal, pueden frenar por sí solas, las desidias y malas actuaciones sanitarias, sino que debe potenciarse la vinculación entre el trabajo bien hecho y las expectativas profesionales, individuales y de las organizaciones en las cuales se insertan (hospital, centro de atención primaria....). Este es uno de los retos de la gestión pública en general y, particularmente, de la sanitaria” (subrayado mío).

entre los distintos “proveedores” de servicios sanitarios dentro del sistema público asistencial¹⁴⁹.

Una vez apuntada la especificidad y la complejidad que presenta el tema, debe subrayarse a renglón seguido la utilidad y validez de los instrumentos que se han venido aplicando últimamente desde las Administraciones gestoras –y de los que se anuncian dentro de un horizonte inmediato– para mejorar la calidad de la asistencia sanitaria. Entre los ya operativos cabe aludir a las acciones encaminadas a disponer de datos e informaciones homogéneas de la actividad de los centros sanitarios –con el objeto de poder evaluar dicha actividad y realizar comparaciones entre distintos centros¹⁵⁰– y los distintos planes o políticas de calidad diseñadas por las Administraciones responsables de la asistencia sanitaria. Planes que han evolucionado desde las acciones centradas en aspectos concretos considerados prioritarios (“Plan de humanización” de la asistencia sanitaria puesto en marcha por el INSALUD en 1984, programa “consentimiento informado”, programa de reducción de la demora quirúrgica, etc.) hacia planteamientos de carácter omnicomprensivo que intentan insertar los diferentes aspectos y perspectivas que presenta la calidad asistencial dentro de un esquema global que se concibe además como un proceso continuo de mejora (“Plan de calidad total”¹⁵¹ recientemente elaborado en el ámbito del INSALUD).

¹⁴⁹ *El presupuesto necesario para que pueda ser operativa la libertad de elección del usuario –la existencia de más de un proveedor del servicio de que se trate– resultará de hecho inviable en muchas zonas rurales de escasa población o de población dispersa e, incluso en zonas urbanas, en servicios muy especializados de coste muy elevado (en cuyo caso las situaciones de proveedor único –un solo hospital, un solo especialista, una sola instalación para realizar la hemodiálisis o las radiografías, etc.– serán difícilmente evitables). Pero al margen de ello, no cabe desconocer las dificultades que para los usuarios conlleva tener una información cabal y objetiva sobre la calidad de los servicios que se les ofrecen y reciben (es obvia la tantas veces subrayada “asimetría” de la información poseída por oferentes y demandantes de servicios sanitarios). Y tampoco cabe desconocer los riesgos y las insuficiencias de un enfoque gerencial centrado exclusivamente en la calidad percibida por los usuarios y de un “marketing” preocupado más por la calidad aparente que por la calidad real de los servicios sanitarios (marketing que conlleva por lo demás un sobre coste que se acaba trasladando al ciudadano-usuario por una u otra vía).*

¹⁵⁰ *Me refiero al denominado Conjunto Mínimo Básico de Datos (CMBD) definido por el Consejo Interterritorial en 1987 e implantado de forma progresiva que pretende codificar una serie de datos referidos a cada una de las altas que se producen en los hospitales.*

¹⁵¹ *Ya el Plan de Salud 1995 elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo subrayaba al respecto la transición producida en los enfoques sobre la calidad de los servicios de salud*

Dentro de un horizonte próximo deben mencionarse las denominadas “cartas de servicios” –contempladas normativamente por el RD 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado¹⁵² –, así como también la posible determinación normativa –propugnada desde diversas instancias– de unos estándares mínimos de calidad que se impondrían a las Administraciones responsables de la prestación de la asistencia sanitaria, con el carácter vinculante derivado de su incorporación a la ordenación legal de las prestaciones¹⁵³.

“desde una idea sobre la calidad centrada fundamentalmente en el aspecto científico-técnico hasta la actual filosofía de la garantía de calidad total”.

Adviértase por otro lado que a partir de 1994 el contrato programa o contrato de gestión que enmarca anualmente la actividad del INSALUD viene incorporando un Plan de Calidad con objetivos específicos de mejora.

Recientemente se ha elaborado el denominado “Plan de calidad total del INSALUD” (difundido a través de Internet: www.msc.es/insalud) en desarrollo de lo previsto en su momento por el Plan Estratégico del INSALUD de 1997 (Plan estratégico. El libro azul, INSALUD, Madrid, 1997, pp. 189-190). En el mencionado Plan de calidad total se explicitan los objetivos generales y específicos, tanto para el conjunto del Organismo (objetivos “corporativos”) como a nivel de centro sanitario y se incluye una interesante documentación complementaria recogida en las “notas técnicas”.

¹⁵² Véanse en particular los arts. 3 y ss. de este RD y las previsiones contenidas en el ya citado Libro blanco para la mejora de los servicios públicos, pp. 143-144. La utilización de este instrumento en el ámbito sanitario fue expresamente recomendada por el Acuerdo parlamentario de 1997 (apartado 2) y es expresamente asumido como objetivo a conseguir por el Plan de calidad total del INSALUD al que hemos aludido (objetivo 1.a).

Sobre la técnica de las “cartas de servicios” véase D. SANZ PEREZ, La posición del usuario frente a la actividad de servicio público: especial atención a los servicios sanitarios, *DyS*, 6,1 (1998), pp. 2 y ss, 7 y ss y L. MÍGUEZ MACHO, Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios, CEDECS, Barcelona, 1999, pp. 222 y ss., trabajos ambos que son anteriores al RD 1259/1999. También puede verse el documento Cartas de servicios públicos publicado por el INAP dentro de su colección “Documentos INAP”, n° 5, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1995, en cuyas pp. 57 y ss se incluye el esquema general de “carta de los servicios públicos sanitarios” aprobado en Italia por el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 19 de mayo de 1995.

¹⁵³ El Acuerdo parlamentario de 1997 propugna una ordenación legal de las prestaciones sanitarias en la que deben concretarse “las garantías básicas de las prestaciones relativas a equidad en el acceso, libre elección, información, derechos de reclamación y reintegro, calidad y tiempos de espera” (apartado 2.b). Por su parte el Defensor del Pueblo incorporó a su Informe correspondiente a 1998 (apartado 2.6 relativo a “la calidad de los servicios públicos de contenido sanitario y social”) una sugerencia en este sentido:

V. OBSERVACIONES FINALES

Una vez completado el repaso a temas que habíamos seleccionado dentro del amplio abanico de cuestiones abiertas o problemáticas en torno a la configuración de las prestaciones sanitarias, me parece todavía conveniente añadir algunas observaciones de conjunto, a la vista de cuanto queda expuesto.

A) No me parece inoportuno en primer lugar reafirmar la plena validez que, en términos generales, tiene el sistema público de asistencia sanitaria hoy existente en España, trabajosamente conseguido a través de un proceso de progresión ininterrumpida que se ha llevado a cabo a lo largo del último medio siglo.

Aunque sea una constatación compartida de forma generalizada, no es ocioso subrayar que constituye una valiosísima pieza de nuestro sistema público de solidaridad, y ello tanto desde el punto de vista *social* –implica sin duda flujos de recursos hacia las población de menor capacidad económica¹⁵⁴ – como también desde el punto de vista *territorial*¹⁵⁵, y quizás sobre todo *intergeneracional* –incorpora en particular un fuerte compromiso hacia las personas de edad avanzada–.

Se trata de una pieza de nuestro sistema de solidaridad –muy importante, como acabo de subrayar– que por lo demás parece resistir bien los aires de crisis que han soplado en los últimos años en relación con el denominado Estado del Bienestar. Aunque haya habido reticencias a las ampliaciones prestacionales, e incluso recortes en aspectos puntuales, no cabe duda de que, en conjunto, nuestro sistema público de asistencia sanitaria ha seguido reforzándose en la última década. Lo cual viene a corro-

“entre los instrumentos para la mejora de la calidad, puede citarse la vinculación de la entidad gestora de dichos servicios al cumplimiento de un determinado nivel de calidad, fijado a través de estándares o patrones, sistema cuyo perfeccionamiento llevará a compensar de forma automática a los usuarios cuando se incumpla el patrón de calidad establecido, sin necesidad de que se produzcan, como sucede en el mecanismo de la responsabilidad patrimonial, perjuicios evaluables económicamente...”

¹⁵⁴ Las prestaciones sanitarias benefician a todos en condiciones de igualdad –su utilización mayor o menor está tan solo en función de las necesidades de cada uno–, y se financian a través del pago de los impuestos, por tanto en el marco del principio de progresividad que inspira nuestro sistema tributario.

¹⁵⁵ En la medida en que se consiga un aceptable equilibrio territorial en la provisión de servicios, es obvio que hay una transferencia de recursos hacia regiones o zonas de menor nivel de renta y hacia zonas de población envejecida o con demografía escasa o dispersa (en las que el gasto público per capita necesariamente será mayor).

borar a mi juicio la validez del principio básico sobre el que se asienta, que no es otro que el aseguramiento único y universal por el Estado de la protección sanitaria del conjunto de la población, y la superioridad objetiva de esta fórmula con respecto a otras vigentes en nuestro país en otras etapas históricas o actualmente en otros países (así, los sistemas que se basan en el aseguramiento privado voluntario, más o menos incentivado por el Estado, completado con la cobertura estatal de la asistencia sanitaria de los segmentos de población de menor nivel de renta)¹⁵⁶.

B) Pero esta constatación no debe conducir a mantener actitudes de autocomplacencia y estancamiento, pues son muchas como ha quedado expuesto, las cuestiones abiertas y los retos que tiene pendientes nuestro sistema público de prestaciones sanitarias y que están o deberían estar en la “agenda” de legisladores y gestores sanitarios.

En algún caso se trata de cuestiones que admiten y exigen una respuesta inmediata mediante la correspondiente intervención del legislador que las cierre de forma

¹⁵⁶ *Un riesgo como el sanitario que afecta a toda la población, pero que incide muy desigualmente sobre ella, se soporta mejor cuanto más amplio es el colectivo de beneficiarios a los que cubre y que contribuyen a su financiación. En efecto, los riesgos vinculados con la salud de las personas afectan obviamente a todos, pero con una incidencia marcadamente desigual en el coste de la asistencia requerida por unos y otros (junto a las personas que mantienen una salud aceptable con escaso gasto sanitario hay personas con enfermedades crónicas que requieren una atención constante y costosa) y además con una distribución también desigual a lo largo de la vida humana (el gasto sanitario propiciado por una persona presenta como es sabido una fuerte concentración en la etapa final de la vida y, en todo caso, puede obviamente dispararse en cualquier momento como consecuencia de un accidente). Ante esta realidad, no cabe duda de que el aseguramiento universal por el Estado es la fórmula que ensancha al máximo el colectivo de personas entre las que se distribuyen las cargas inherentes a los gastos aludidos –marcadamente desiguales y aleatorios, como se ha indicado– y permite evitar todas las limitaciones que son propias del aseguramiento sanitario privado, que por su propia lógica empresarial tiende a excluir precisamente a las personas que más necesidades sanitarias tienen –enfermos crónicos, discapacitados, personas de edad avanzada, etc.–, por obvias razones de rentabilidad del negocio asegurador (esta es la paradoja que presenta la técnica del seguro privado aplicada al ámbito sanitario: tiende a excluir a quienes más lo necesitan).*

Sucede por otro lado que el aseguramiento único puede encontrar también argumentos a su favor desde la óptica de la reducción de gastos y de la eficiencia: evita los gastos administrativos vinculados a la existencia de una pluralidad de entidades aseguradoras y a las actividades de publicidad y marketing orientadas a la captación de clientes, permite dar la máxima rentabilidad social a determinadas inversiones en relación con enfermedades muy específicas que afectan a grupos muy reducidos de población, etc.

definitiva –así, la plena universalización de la asistencia sanitaria, que debería plasmarse en la legislación estatal básica sobre la materia–. Pero en la mayor parte de los casos –así, las cuestiones relativas al *quantum* prestacional o a la calidad asistencial y, entre las que aquí no hemos podido abordar, el logro del equilibrio territorial en la provisión de servicios o la racionalización del consumo farmacéutico y la contención del gasto asociado al mismo– se trata de temas que requieren aproximaciones sucesivas dentro de un horizonte temporal más amplio, y en las que la propia dinamicidad del sector sanitario hace que resulte ingenuo esperar una solución o cierre definitivo de las mismas a corto plazo.

C) Por último, me parece oportuno subrayar que la indudable trascendencia que tienen todas estas cuestiones, manifestada en su ostensible presencia en los medios de comunicación, no debe hacernos perder de vista el hecho de que nuestro Sistema de Salud tiene algunas importantes “asignaturas pendientes” que están fuera de lo que es propiamente la configuración de las prestaciones de asistencia sanitaria, pero que seguramente son más importantes en términos de salud para el conjunto de la población, esto es, en términos de esperanza de vida media y de calidad de vida media.

Estoy pensando en temas como la altísima siniestralidad por accidentes de tráfico registrados en nuestro país, con sus impresionantes cifras de fallecimientos y secuelas irreversibles –y también, la elevada siniestralidad por accidentes laborales que se registran en muchos sectores–, o la fuerte incidencia de las drogodependencias y otras adiciones (tabaco, alcohol, etc). También, en determinados hábitos o estilos de vida poco “saludables” vinculados al modelo de sociedad “desarrollada” al que se ha incorporado nuestro país¹⁵⁷ –especialmente en las zonas urbanas–, y, en el otro extremo, en la existencia de colectivos de población marginados que están *de facto* fuera del Sistema de Salud, a las que éste no llega o llega tarde, porque carecen de las condiciones mínimas necesarias para una vida saludable (vivienda, entorno familiar,

¹⁵⁷ *Una sociedad que muchas veces concibe a la salud como un bien o mercancía que puede comprarse en el mercado de servicios, o que puede exigirse a un Estado providente, y que, en consecuencia, tiende a ser una sociedad medicalizada y “consumista” –en el peor sentido de la expresión– de servicios de salud y de productos sanitarios–, marginándose en no pocos casos la dimensión de la responsabilidad personal en el cuidado de la propia salud (que, concebida como ese estado de “completo bienestar físico, mental y social” al que un tanto utópicamente alude el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, tiene un complejo abanico de elementos que la determinan).*

educación, etc.) y están en niveles decimonónicos desde el punto de vista de la higiene pública.

Creo que la simple mención de estos temas –en cuyo desarrollo no podemos entrar aquí obviamente- debe servir para recordar que las prestaciones públicas de asistencia sanitaria constituyen tan sólo una parte del

Sistema de Salud –utilizando esta expresión tanto en su acepción institucional como en la sociológica- y debe también ayudar a dimensionar correctamente la relevancia de los retos y cuestiones que se plantean en torno a la configuración de las prestaciones sanitarias.

GASTOS FARMACÉUTICOS Y OTRAS REFORMAS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.¹⁵⁸

Dr. Santiago Muñoz Machado.

Para introducir la cuestión, les recordaré algo que seguro que es bien conocido de todos, pero que no vendrá mal plantear para dejar establecidos los puntos de partida.

Ni la Ley General de Sanidad, ni las normas anteriores a ella, sobre todo la Ley por la que nos regimos, después de concretar cual es la estructura del Sistema Nacional de Salud y los Servicios de Salud de la Comunidades Autónomas, no se preocupó de establecer en qué consiste el derecho a la salud de cada uno de los ciudadanos españoles. Declaró, eso sí, que todos los españoles tienen derecho a la salud, circunstancia que no es sino la recogida a nivel legislativo de un derecho que ya está consagrado a nivel Constitucional, pero no específico, luego, cuáles habrían de ser las prestaciones concretas que los poderes públicos desde los sistemas sanitarios tendrían que ofrecer a los ciudadanos. Bien saben que esta falta de definición o de concreción del derecho duró bastante desde la Ley de Sanidad porque apenas llegó a ser especificada en un Real Decreto de 1995.

Por lo que concierne a las prestaciones farmacéuticas, también es claro que son una parte esencial del sistema ya que tienen una enorme significación en los costes generales del mismo. Por el contrario de lo que ha ocurrido con las prestaciones sanitarias en general, en la normativa sobre Seguridad Social desde siempre se ha establecido que incluye la prestación farmacéutica como unas de las propias de su sistema. En el artículo 106 de la Ley General de Seguridad Social de 1974 se decía que los médicos podrán prescribir libremente las fórmulas magistrales y las especialidades farmacéuticas reconocidas por la legislación sanitaria vigente que sean convenientes.

Si los medicamentos estaban lícitamente en el mercado podrían ser prescritos con absoluta libertad por los

médicos. Sólo se excluían en esta formulación inicial algunos productos que verdaderamente no se consideraban medicamentos como los dentífricos, los dietéticos, etc. Pero la Ley también disponía sobre las aportaciones del beneficiario, cifradas con carácter general en el 40% de precio de venta al público, salvo en algunos casos concretos que la contribución era del 10%.

La Ley General de Sanidad no reguló tampoco estas prestaciones sanitarias, materia que dejó entera a la legislación específica cuya norma principal es, hoy todavía, la Ley del Medicamento de 20 de diciembre de 1990. Esta Ley permite que se excluyan de la financiación “aquellos medicamentos cuyas indicaciones sean sintomatológicas o para síndromes menores, así como las exclusiones totales o parciales determinadas por el Gobierno de grupos, subgrupos, categorías, de clases o medicamentos o productos sanitarios, cuya financiación pública no se justifique o no se estime necesaria”.

La regulación actual de la selección de medicamentos a efectos de su financiación por el sistema Nacional de Salud está en un Real Decreto de 22 enero de 1993 que también sigue estableciendo algunas exclusiones generales: los cosméticos, los dietéticos, los productos de régimen, las aguas minerales, los elixires bucodentales, etc., en base a criterios que luego se agrupan y sistematizan en los anexos del Real Decreto.

Una Comisión Nacional sobre el uso racional de los medicamentos se encarga de proponer la definición de los grupos y subgrupos terapéuticos a efectos de las indicadas exclusiones. En el artículo 94.1 de la Ley del Medicamento se establecía también que en el momento de autorizar y registrar una especialidad farmacéutica, se debe decidir si se incluye o excluye como prescripción farmacéutica de la Seguridad Social. Se recogen algunos

¹⁵⁸ Transcripción literal de la Ponencia presentada en el marco del IX Congreso Derecho y Salud. “Cambios en el derecho sanitario: ¿La respuesta adecuada?”, celebrado en Sevilla en noviembre de 2000.

criterios que deben servir para tal decisión, por ejemplo, la gravedad, la duración y las secuelas de las distintas patologías, la necesidad planteada por ciertos colectivos, la utilidad terapéutica y social del medicamento, etc.

También se mantiene, en el artículo 5 del Real Decreto, antes citado, la aportación limitada de los beneficiarios a un 10% del precio de venta al público, señalándose todavía que la aportación máxima no puede superar las 400 ptas. en determinados casos.

Esta es la regulación que pasó del antiguo sistema, de la legislación de la Seguridad Social a la Ley del Medicamento, que tras sucesivas reformas se ha mantenido más o menos hasta la actualidad.

Las prestaciones farmacéuticas así concebidas en la Ley del Medicamento y en las normas que las han desarrollado, constituyen una parte importante del gasto sanitario y la preocupación, a partir de ese incremento, en los poderes públicos en España y en el resto de Europa está siendo como paliarlo, como reducirlo. Prácticamente, sólo hay dos fórmulas que se puedan emplear; o bien se exige a los ciudadanos que contribuyan al coste de los medicamentos, de las especialidades farmacéuticas, parcialmente o pagando la totalidad en determinadas especialidades; o bien se utilizan medidas legislativas o de otro orden que afecten a los precios, al crecimiento de los precios de las especialidades farmacéuticas.

En España, no así en todos los países europeos, la política que se ha seguido preferentemente a efecto de la reducción del coste farmacéutico ha sido la adopción de medidas que inciden sobre los precios de los productos farmacéuticos, es decir, se está siguiendo la opción de reducir los precios. Cuando hablamos de precios de los productos farmacéuticos en general podemos distinguir al menos tres cortes o bloques en el precio final de venta al público de una especialidad farmacéutica: está el precio industrial que es el precio del laboratorio, lo que cuesta al laboratorio producirlo más el margen comercial que se le reconoce, está el coste de la distribución y está la venta final de comercialización a través de la farmacia.

Me referiré, fundamentalmente, al problema del coste de producción, coste industrial de los medicamentos, que es realmente la clave de todas las medidas importantes de reducción que se están adoptando, por la sencilla razón de que los otros dos componentes de precio final de venta al público se pueden reducir o se incide sobre ellos con bastante mayor libertad, con el simple expediente de reducir los porcentajes o los márgenes con que actúan los comerciantes de distribución o los comerciantes minoristas.

Me pienso referir, en lo sucesivo, a las medidas que se adoptan sobre los precios industriales de los medicamentos y quiero hacerlo para valorar las soluciones que se están adoptando en los últimos años en España y para tratar de contrapesarlas con algunos valores y principios jurídicos, con algunos criterios que nos parecen de común aplicación a los juristas y que, realmente, no aparecen o por lo menos no se vislumbran sin esfuerzo en algunas de las medidas legislativas que les voy a indicar.

Realmente incidir sobre los precios de los productos de las especialidades farmacéuticas, sobre los precios industriales de los medicamentos, como medio de reducción del gasto sanitario siempre suscita una cuestión de principios; al fin y al cabo el incremento del gasto sanitario, como el incremento de cualquier gasto público, es un problema general, es un problema que afecta a lo que gastan los poderes públicos al cabo del año en un sistema político determinado. Los gastos, cuando se incrementan mucho, lo que tienen es una repercusión en la necesidad de obtener ingresos para atenderlos y los ingresos, hay un principio general que está en la misma Constitución, tienen que obtenerse de los ciudadanos en relación a su capacidad, pero de un modo general y equitativo.

Parece singular, aunque nosotros estemos acostumbrados a verlo, que realmente un problema de coste, de incremento del gasto sanitario, se resuelva necesariamente tratando de incidir en un colectivo industrial o en un colectivo empresarial determinado.

Para entender bien como están operando estas medidas de reducción del precio de los productos farmacéuticos, de las especialidades farmacéuticas, tenemos necesariamente que partir de explicar cómo se forman los precios de las especialidades farmacéuticas en nuestro sistema. En la actualidad, la regulación existente en España procede de una Directiva europea, la Directiva sobre transparencia, que fue incorporada a nuestro derecho en el Real Decreto de 23 de febrero de 1990.

Este Real Decreto recuerda en su exposición de motivos cómo se formaban los precios de los medicamentos antes de que la Directiva fuera dictada y se aprobaran, por consiguiente, las normas españolas nuevas sobre la materia. En España, dice el preámbulo del Real Decreto, fue confirmado el principio de intervención administrativa en materia de precios en la Ley de Bases de Sanidad Nacional. En esta Ley se confirmaba que los precios de los productos farmacéuticos, de las especialidades farmacéuticas, no son libres sino intervenidos y exigen una autorización de los poderes públicos. Hasta el tiempo en que el Real Decreto fue aprobado se utilizaba un sistema de fijación de precios del medicamento, recuerda su

preámbulo, mediante un escandayo normalizado, en el cual se especificaban cuales eran los costes de producción de cada una de las especialidades, y se añadía al final un beneficio razonable para cada industria en cuestión.

La Directiva del Consejo de la Comunidad Europea de 21 de diciembre de 1988, estableció medidas de transparencia para la fijación de medicamentos para uso humano y su inclusión en el ámbito de los sistemas nacionales del seguro de enfermedad. La Directiva justifica su aprobación, fundamentalmente, en el hecho de que en cada uno de los Sistemas Nacionales de Salud, cuando hay intervención de las autoridades públicas sobre los precios de los medicamentos, se utilizan criterios diferentes para esa intervención. Un resultado posible de esas intervenciones dispares en cada uno de los Estados miembros de la Comunidad Europea, podría ser, según criterio de la Directiva, que se perturbara el mercado de los productos farmacéuticos, de las especialidades farmacéuticas.

En algunos países, las industrias podrían contar con una menor intervención y una posibilidad de producir especialidades a precios que no serían competitivos para otros Estados miembros. Y lo que pretende la Directiva es que cuando se establece por los estados miembros el criterio de intervenir sobre los precios de las especialidades farmacéuticas se cumplan, al menos, una serie de requisitos mínimos. Los requisitos que establece la Directiva prácticamente se constriñen a lo siguiente: si los Estados miembros deciden intervenir sobre los precios de productos utilizados por los sistemas sanitarios o los sistemas de seguro, como se llamen en cada caso, han de utilizar el criterio de que una vez que está aprobada su utilización por el sistema sanitario procede fijar el precio para cada medicamento en particular, es decir, aprueba un sistema de fijación individual del precio para cada uno de los medicamentos que se integran en el sistema o que son utilizados por el sistema, por seguro o por el servicio sanitario público.

Cada uno de los productores de los medicamentos debe presentar una autorización de comercialización y, al hacerlo, proporcionar a las autoridades competentes la información que necesiten para conocer bien el producto y para valorar el coste más razonable para la comercialización.

Este principio es de fijación individual del precio, que es lo que resulta de la regulación comunitaria; en segundo lugar se establece como principio, igualmente, la posibilidad de que los precios sean revisados anualmente, cuando las circunstancias macroeconómicas varían; revisión

de los precios que es obligada, si se producen esas circunstancias socioeconómicas; y tercero, se habilita un sistema de congelación de los precios, igualmente justificada en circunstancias socioeconómicas sobrevenidas. La Directiva de congelación de precios no habla de reducción específica de los precios de los medicamentos.

Esta Directiva fue incorporada a nuestro ordenamiento a través del Real Decreto de 1990, que se aplica, con carácter general, a todas las especialidades farmacéuticas. Declara primero la regla de la intervención pública y de la autorización previa para precios de venta de laboratorio o precio industrial; y respecto de las reglas que han de seguirse para la fijación de precios, igualmente, establece el criterio de que los precios se fijarán individualizadamente; en un expediente individualizado, dice el artículo 3º, producto por producto.

Igualmente, en el artículo 4º se habla de la revisión individualizada del precio en todos aquellos casos en que existan razones para que un productor crea que el precio que se le ha fijado inicialmente es insuficiente por razones de orden económico. También se regula la revisión coyuntural de los precios en el artículo 5º, revisiones coyunturales de precios de productos ya comercializados, y, en cuyo ámbito, se permite la congelación de los precios, no la reducción de los precios de un modo específico. La misma regulación establecida en esta norma pasa a los artículos 100 y siguientes de la Ley del Medicamento de 20 de diciembre de 1990.

En los años 96 y 97 para excluir de la intervención pública a los medicamentos no financiados por el Sistema Nacional de Salud, a partir de la Ley de presupuestos de 30 de diciembre de 1997, se prevé que no haya intervención previa para los medicamentos no financiados por el Sistema Nacional de Salud, pero a partir de los tres años de la aprobación de esa Ley, por lo tanto ahora estamos entrando en esa previsión.

Este es el esquema; el orden de ideas del legislador y de las regulaciones de los precios industriales de los medicamentos, que se mantiene hasta que se establecen en la Ley del Medicamento las normas que lo desarrollan y que acoge los principios de la Directiva de 1988. En los últimos años, sin embargo, siempre con la motivación de reducir el gasto farmacéutico en el Sistema Nacional de Salud, se han adoptado diversas medidas que tratan de lograr ese objetivo de reducción de los costes industriales, de los costes de producción, y no de los de distribución y dispensación.

Tres vías se han empleado, fundamentalmente, para conseguir este resultado y me dispongo a hacer un co-

mentario crítico de cada una de las tres fórmulas principales que se han empleado.

La primera es de las rebajas pactadas, la segunda las rebajas generales imperativas y la tercera sería la fórmula de los precios de referencia tan de moda en estos últimos días.

La primera es la fórmula de las rebajas pactadas. El Gobierno desde hace años viene estableciendo con la industria farmacéutica acuerdos por los cuales la industria farmacéutica se compromete a contribuir con el Sistema Nacional de Salud mediante aportaciones económicas cuya justificación no suelen expresar los Convenios que se van firmando. Aportaciones que son mayores o menores dependiendo de cual sea el crecimiento global de la industria farmacéutica. El primer Convenio se firma en 1993 entre Farmaindustria, que es la patronal del sector, y la Administración Sanitaria, y se plasma el acuerdo en la Circular 18 de 1993 de la Dirección General de Farmacia y productos sanitarios

Supone este acuerdo un ajuste a la baja de los precios de las especialidades farmacéuticas de un 3% de promedio, desde el 17 de noviembre de 1993 y por un periodo de tres años. Subrayo como singular de este acuerdo que se hace mediante una Circular y que, además, afecta de modo global a las especialidades farmacéuticas que están en el mercado.

El segundo acuerdo se suscribe el 27 de julio de 1995. Éste es un poco más complejo. Interviene la Ministra de Sanidad, por un lado, y, por otro, Farmaindustria. El acuerdo tiene que tener una duración de tres años y sin que se establezca contrapartida alguna.

Estos acuerdos no tienen o no se aprecia bien cuales son las aportaciones a las que el Ministerio, o el Sistema Nacional de Salud se comprometen a cambio del esfuerzo económico que se demanda de la industria. El acuerdo de 1995 exige a la industria que debe aceptar una rebaja de los precios de los medicamentos como promedio, lo cual ya ha sido establecido y se prorroga hasta el 31 de diciembre de 1997. La industria se compromete a mantener un descuento del 1% al Sistema de Seguridad Social, aportará, al final de cada año de vigencia del acuerdo, el 100% del margen bruto correspondiente a las ventas que superen el crecimiento del 7% anual de la facturación, a cargo de la Seguridad Social que haya fijado la Administración, es decir, que pasado el 7% de crecimiento de la industria todo lo que sobrepase del 7% se entrega, se aporta a la Administración para contribuir a los costes del Sistema.

El siguiente acuerdo es un acuerdo marco, que se celebra el 1 de agosto de 1996, y opera más o menos sobre el orden de ideas que acabo de explicarles. La industria, además de las rebajas generales, hace aportaciones cuya cuantía se calcula de un modo algo más complejo pues no se aporta todo lo que supera un índice de crecimiento, sino que se establece una tarificación y dependiendo del porcentaje de crecimiento, se aportan unos porcentajes mayores o menores.

Finalmente, el último acuerdo vigente y que deroga a los anteriores ha sido el de 22 de enero de 1998, que es un acuerdo suscrito entre las Administraciones Públicas Sanitarias y Farmaindustria. También cambia el sistema anterior por algo que resulta ser un poco más contundente, más directo y de apariencia mucho más sólida. Para 1998, la industria se compromete a aportar al Sistema Nacional de Salud 29.145 millones de pesetas y 10.000 más que se aportan cumplidas determinadas condiciones que el acuerdo o convenio establece.

En el ejercicio de 1999 se aportarán 16.000 millones de pesetas en una primera entrega y luego otros 10.000 más. La fórmula para conseguir una reducción del coste farmacéutico del Sistema Nacional de Salud se alcanza con unos convenios globales con la industria en los cuales se determina que ésta debe hacer una aportación económica. Sin duda que, si estos acuerdos fueran conceptualizados como rebajas, esto es, mejores precios que la industria hace a un comprador masivo como es el Sistema Nacional de Salud, probablemente tendríamos pocas cosas que objetar, salvo la instrumentación jurídica que se hiciera de esa rebaja. Sería un acuerdo general de compra que se puede justificar en el marco de un contrato, como tal acuerdo general de compra y en su contexto exigirse una reducción de precios, como ocurre con carácter general en cualquier sector del comercio o de la industria.

Sin embargo, lo curioso de estos convenios, a cuyo estudio remito a los colaboradores de los departamentos universitarios, es que no tienen en ningún caso esta justificación, no están presentados en ningún sitio como contratos de rebajas o como contratos relativos a los precios globales que la industria farmacéutica debe ofrecer a su gran comprador, a su gran consumidor: el Sistema Nacional de Salud y los Servicios Sanitarios de las Comunidades Autónomas. El convenio alude a lo que la industria debe aportar, el dinero contante y sonante cifrado en el último acuerdo, o a los porcentajes que aluden los acuerdos anteriores, pero no dice en parte alguna a cambio de qué. En el convenio vigente, el de 20 de enero de 1998, se alude de un modo genérico a que la industria farma-

céutica es consciente del problema que plantea el crecimiento del costo farmacéutico y se dice, que el Ministerio por su parte tratará de favorecer, en la medida de lo posible, la investigación y el desarrollo en materia de especialidades farmacéuticas o que tendrá bien presente los intereses de la industria. Pero no se sabe, realmente, en qué, ni qué medidas legislativas son las que se han ofrecido.

En términos jurídicos parece que es paradigmático que este acuerdo, tal y como está presentado o al menos tal y como está escrito, es un contrato que carece de causa. No se ve, al menos, cual es el fundamento de la prestación tan cuantiosa a la que se obliga a la industria farmacéutica.

La segunda fórmula es la de las rebajas generales imperativas. Esta fórmula es de implantación reciente, incontestada porque no hay manera real de contestarla en nuestro derecho interno si no hay una movilización de los únicos legitimados para impugnar normas con rango de Ley, porque se ha interpretado mediante el Real Decreto Ley 12/99 de 31 de julio de medidas urgentes para la contención del gasto farmacéutico en el Sistema Nacional de Salud. Decreto Ley que contiene una escuetísima regulación consistente apenas en una fórmula polinómica que incorpora el artículo 1º; que, aplicándola para lo que nos interesa determina que haya una rebaja global de los precios de los productos farmacéuticos del 6%, según el cálculo aplicativo que se ha hecho de esta norma.

El Real Decreto Ley produce una reducción global de los precios de los productos farmacéuticos e introduce un sistema, por tanto, de fijación de precios novísimo, en relación con la Directiva Comunitaria por un lado, y en relación con las normas anteriores de nuestro Sistema, el Decreto del 90 y la Ley del Medicamento.

La Directiva de 1990, para homologar todos los sistemas sanitarios europeos precisamente lo que hace es indicar que, en primer lugar, los precios de los medicamentos se establecen individualmente, medicamento por medicamento; y que si hay que revisarlos por razones macroeconómicas, se revisan individualmente, y a petición específica del industrial de que se trate; y tercero, que es probable que la coyuntura económica pueda exigir una acción sobre los precios de los medicamentos, pero la actuación tiene que consistir en la congelación de los precios. No habla la Directiva en ninguna parte de una reducción global como medio de intervención.

Respecto de esto último, en el marco de las declaraciones y proyectos que han antecedido a la aprobación de la Directiva, cabe la posibilidad de interpretar que la

noción congelación incluye también una posibilidad de rebaja, pero, en todo caso, las rebajas son coyunturales o las congelaciones son coyunturales. La norma prevé expresamente que la congelación no puede tener más de un año de duración..

¿Qué valoración jurídica puede hacerse de una norma de este género? Es difícil estimar su compatibilidad. Con el derecho interno no tiene problema porque, al fin y al cabo, la aprobación o el sistema de fijación de los precios de los medicamentos, en cuestión, está como máximo en una norma con rango de Ley y el Decreto-Ley también tiene rango suficiente para cambiarlo. El problema es la Directiva Comunitaria que establece la armonización de los sistemas de fijación de precios y no parece admitir intervenciones globales sobre los precios, ni fijaciones globales, ni fijaciones de este porte.

Por supuesto, podría haber sido discutida la norma en el ámbito comunitario, pero realmente no se ha hecho, de modo que no podemos saber cuál sería la respuesta de la Comisión o en su caso del Tribunal de Justicia a una actuación como la que se ha seguido en España. Desde un punto de vista jurídico, en términos de pura hipótesis o de pura valoración abstracta de esta intervención, tendríamos que preguntarnos ¿qué es lo que ocurre si este Decreto-Ley produce una intromisión en una esfera patrimonial en un conjunto de empresas al margen de lo permitido por la norma europea? ¿Cuáles serían las consecuencias de una intervención de este género?

Examinada esta perspectiva, la norma produce dos consecuencias; por una parte, afecta a la legítima confianza que las empresas del sector tienen en que el sistema de la fijación de precios establecido en la Directiva Comunitaria se mantenga. Un sistema de fijación de precios y su concreción en relación con especialidades, así mismo, concretas, es tan importante como que los activos de las empresas farmacéuticas se sustentan, precisamente, en los precios de mercado que le fijan las autoridades sanitarias. Cada vez que se fija un precio, se patrimonializa, pasa a formar parte del activo de la empresa de que se trate y es el valor mismo que esa empresa tiene, a todos los efectos, de la obtención de créditos, de su valoración en el mercado y de cualquier actuación comercial que quiera desarrollar. Por tanto, una medida que altera la confianza en el mantenimiento estable de una norma produce un daño efectivo y evaluable.

Por otra parte, esa misma incidencia en derechos patrimoniales es una incidencia que tiene consecuencias económicas, es una norma que, puesto que reduce el 6%, priva a un grupo económico de un valor que tiene consolidado, en cuanto que se obtiene a partir de precios que

están autorizados por las Administraciones Públicas, y que, súbitamente, se revocan mediante una medida revocatoria que no es singular, que son las que admiten nuestro ordenamiento jurídico en relación con autorizaciones administrativas, que es de lo que se trata. Una revocación global, hecha con carácter general desde una norma que opera y que tiene unas consecuencias económicas evidentes.

Es un argumento un poco especulativo el que estoy manejando, porque no estamos haciendo una valoración de una sentencia de un tribunal, ni tampoco incidiendo en un procedimiento judicial que esté abierto, sino simplemente valorando cuáles son las medidas que se están adoptando o que se adoptan para acometer el grave problema del incremento de los precios de los productos farmacéuticos, de las especialidades farmacéuticas.

El tercer grupo de medidas es la que más está dando que hablar en estos días. Consiste en la aprobación de los llamados precios de referencia de las especialidades farmacéuticas.

En el caso de los precios de referencia se han aprobado dos normas principales, diríamos tres, porque la primera alusión a los precios de referencia está en la Ley de Presupuestos para 1996, pero la regulación más completa está en el Real Decreto 1035, de 18 de junio de 1999, y en la Orden que lo ha desarrollado de 13 de julio de 2000.

El Real Decreto establece el concepto de precio de referencia e indica como se aplicará. El precio de referencia es la cuantía máxima que financiará, con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales, afectos a la Sanidad, de las presentaciones de las especialidades farmacéuticas incluidas en cada uno de los conjuntos homogéneos que se determinen.

A los efectos de la aplicación del precio de referencia, el Ministerio de Sanidad y Consumo debe establecer los llamados conjuntos homogéneos, a cuyo efecto debe tenerse en cuenta (párrafo 2º del artículo 1º) que las presentaciones de las especialidades farmacéuticas en ellos agrupadas, deben estar calificadas como bioequivalentes, así como que en los mismos exista al menos una especialidad farmacéutica.

Los conjuntos homogéneos se establecen entre especialidades bioequivalentes. La bioequivalencia debe ser fijada por el Director de la Agencia Española del Medicamento, debiendo considerar a efectos de establecerla la posibilidad de intercambio de las especialidades entre sí en razón de la misma composición cualitativa y cuantita-

tiva en sustancias medicinales, forma farmacéutica, dosis, vía de administración y equivalencia terapéutica.

El modo económico de operar estas bioequivalencias lo concreta la norma luego, más adelante, diciendo que cuando el precio de la especialidad en cuestión supere la cuantía fijada como precio de referencia, el farmacéutico que tenga que dispensar la receta correspondiente la sustituirá por una especialidad genérica del mismo conjunto homogéneo, cuyo precio no supere al de referencia, salvo cuando exista informe médico específico que no lo autorice como consecuencia de problemas de alergia, intolerancia o cualquier otra incompatibilidad del beneficiario y cuando éste solicite expresamente la especialidad en cuestión, asumiendo la diferencia de coste.

El sistema de precios de referencia está, sin duda, pensado para reducir el coste farmacéutico y la fórmula consiste en que sólo abone el Sistema Sanitario, entre todos los medicamentos que tienen la misma composición cualitativa y cuantitativa, los que sean más baratos, dicho por derecho.

La Orden que ha desarrollado el Real Decreto lo completa estableciendo los grupos de medicamentos bioequivalentes y concretando, en definitiva, que cuando un médico recete en lo sucesivo un medicamento de marca determinada, el farmacéutico, al recibir la receta, lo puede cambiar por otro siempre que esté incluido en el mismo grupo de especialidades declaradas bioequivalentes.

Los argumentos jurídicos de valoración de este tipo de regulaciones, de esta tercera incidencia a través de los precios de referencia en el coste de los productos farmacéuticos, serían los siguientes.

Primera valoración. Me parece que la facultad de prescripción de los médicos, que se ha considerado hasta ahora una competencia exclusiva de los mismos, resulta, por lo menos, profundamente matizada. Un medicamento ordenado por ellos puede ser sustituido por la sola virtud de que figure en una lista oficial y por la acción aplicativa de esa lista de un farmacéutico que hasta el momento, en nuestra historia, carecía de una facultad de prescripción de este carácter.

La matización, a la que aludo, de la facultad de prescripción de los médicos ocurre siempre que se han establecido en algunos países fórmulas como ésta que estamos comentando, pero en nuestro país es mayor que en otros modelos europeos, que no son tantos por cierto los que podemos tomar como ejemplo. Sólo hay dos o tres donde se está aplicando, realmente, el sistema. En éstos otros países europeos para que la especialidad pue-

da ser sustituida, el médico tiene que autorizar en las recetas su sustituibilidad, tiene que expresar el médico, al tiempo que receta, que la especialidad puede ser cambiada por el farmacéutico dándole al paciente una de las que forman parte de los productos homogéneos. Para ello, incluso, las recetas contienen siglas relativas para facilitar la tarea al médico de la posible sustitución del medicamento recetado por otro o un genérico en su caso. Es el médico el que tiene que tachar la palabra G que suele aparecer en las recetas, por ejemplo, en Francia para marcar esta posibilidad. La anterior reserva tiene una finalidad jurídica, que es la preservación estricta del orden de competencias establecido entre los diferentes profesionales sanitarios. Trata así de preservar la facultad de prescripción del médico, separándola de la competencia de dispensación que es la que corresponde al farmacéutico. Y todo esto, no sólo por razones puramente formales de orden competencial sino también porque las especialidades farmacéuticas suelen tener componentes complementarios, aditivos que añaden o restan eficacia terapéutica a cada medicamento, y estas oscilaciones, esa eficacia terapéutica siempre debe ser valorada por el médico.

Me parece que es grave esta merma en la regulación, que ha llevado a marginar una cuestión de interés no solo para la profesión médica y la preservación de su competencia, sino para la preservación de la propia eficacia de las prescripciones que los médicos formulan en cada caso. No es menos importante, sin embargo, que asegurar que cuando se prescribe un medicamento y es sustituido por otro bioequivalente dentro de los grupos que el Ministerio va estableciendo en la Orden de desarrollo del Real Decreto de precios de referencia que es efectivamente bioequivalente.

Yo de esto confieso que naturalmente no se nada, pero por lo que tengo oído y visto, tanto en los debates que se han suscitado en los medios de comunicación como leído específicamente, porque me he ocupado del tema en algunas revistas especializadas, ahora ya técnico-médicas, la cuestión no es tan simple porque la bioequivalencia como tal no puede determinarse en todos los casos exactamente haciendo pruebas de laboratorio. Requiere una práctica y una comprobación de que realmente esa bioequivalencia se da. Tanto es así que en algunos países vecinos, algunas de estas equivalencias, fundamentalmente las de los genéricos, no se han autorizado hasta que no se tiene una cierta práctica clínica de cuál es el efecto que producen sobre algunos tipos de enfermos los productos alternativos.

En todo caso, téngase en cuenta que si esto fuera así y la equivalencia no es exacta al sustituir un producto por otro se están cambiando las prescripciones y medicando a los enfermos con especialidades farmacéuticas que pueden no contribuir a la mejora de su salud, sino que es posible resulte un empeoramiento.

He leído a este propósito un interesante informe de uno de nuestros grandes farmacólogos el Catedrático de la Autónoma de Madrid Antonio García, sobre esta cuestión de las bioequivalencias. Me deja pasmado sus conclusiones porque dice: “la bioequivalencia es la velocidad y proporción en que el mismo principio activo de dos medicamentos pretendidamente iguales alcanza la circulación sistémica. Para hallar la bioequivalencia de dos o más formulaciones farmacéuticas, de un mismo principio activo, hace falta hacer un ensayo clínico para determinar la biodisponibilidad del fármaco. La biodisponibilidad da idea de la velocidad de absorción y de la cantidad del mismo que es recibido por el paciente. Si la biodisponibilidad es una fracción pequeña de uno, indica que el fármaco se absorbe peor o que sufre un metabolismo hepático acusado”.

La afirmación de que existe bioequivalencia entre dos especialidades farmacéuticas es una cuestión de gran importancia; primero, porque hacen falta experiencias de laboratorio; y luego, ensayos prácticos que suelen hacerse con voluntarios sanos, porque dice nuestro ilustre especialista: “es necesario vigilar la aplicación de esa especialidad supuestamente bioequivalente en cada enfermo concreto, porque no es lo mismo un enfermo joven, que toma un único medicamento para contrarrestar un afección concreta, que otro no tan joven, que es tratado simultáneamente por varios medicamentos o recibe medicación para varias afecciones concurrentes”.

La conclusión que quiero extraer de esto es que no consta que en la Orden que establece las normas sobre bioequivalencia se hayan establecido, ni mucho menos, ensayos de laboratorio. Cabe suponer que si, pero los prácticos no se aluden en parte alguna, ni que haya una experiencia en España de sustitución de fármacos en los cuales se pudieran apoyar realmente la exactitud de la operación.

Me preocupa haber leído, igualmente, un informe del Consejo General de Médicos, que con ocasión de la elaboración de estas normas sobre precios de referencia, dice: “después de haber hecho un análisis de 118 distintos conjuntos homogéneos de los que establece la norma no existen garantías absolutas de que se den efectos terapéuticos idénticos, como la Ley exige, entre los diferentes medicamentos que lo componen, lo que se acentúa si

el estudio se obtiene en el aspecto de la biodisponibilidad”.

Lo cual nos conduce hacia una conclusión algo escalofriante, porque siguiendo el estudio antes he citado de los farmacólogos, resulta que es normal que los genéricos presenten unas oscilaciones en su biodisponibilidad con respecto del original de hasta el 20%, lo que supone según los farmacólogos que es posible que recetando un producto bioequivalente o un genérico, en algunos casos, se esté mermando, en la dosis que se quiere proporcionar a un enfermo, en casi hasta un 40% de la dosis terapéutica que el médico ha considerado procedente.

Esta modificación, concluye el informe que vengo citando, puede producir síntomas de toxicidad en el paciente, muchas veces de carácter grave, y si es en menos la hará inútil para curar o mejorar al paciente, y provocará que su cuadro clínico empeore y de dar lugar a situaciones de gravedad imprevisible.

Los médicos en el informe del Consejo General, que también he citado, se quejan de que no existen garantías absolutas de biodisponibilidad y achacan a estas regulaciones que no exista un control efectivo para evitar sustituciones en pacientes que puedan resultar afectados por el medicamento sustituyente. Se margina en cierta medida, por tanto, la regla de la prescripción y su reserva exclusiva a los médicos. Tampoco aquí se sigue estrictamente los ejemplos comparados, y parece, al menos,

como conclusión, que nos hubiéramos echado a la calle aplicando una fórmula que ciertamente no hemos creado nosotros, que está inventada y que se utiliza en otros sistemas sanitarios comparados, pero que es algo que en todos ellos se ha utilizado con extremada prudencia y sin marginar la función prescriptoria del médico.

Con esto concluyo. Realmente no quería ir más lejos. Lo único que quería expresarles es que, siendo un problema extremadamente grave el del crecimiento de los costes sanitarios en general, y dentro de él, profundísimo, el del aumento imparable de los costes de las especialidades farmacéuticas, las medidas que están adoptándose en nuestro Sistema en particular para atajar tal cuestión son medidas todas ellas, desde el punto de vista jurídico, problemáticas. Probablemente, además, quebrantan la coherencia interna del Sistema y frente a la fórmula general que deriva de la Directiva de 1988, aparece interferido ese Sistema, que es lógico, por una serie de subsistemas de fijación y de concreción del precio, cada uno de los cuales tienen objeciones serias que plantear.

Diría, como conclusión, que siendo inevitable que se incida en ese crecimiento, también parece inevitable que las cosas se piensen de modo general, y que se prevean actuaciones, que sin duda la hay, que tengan más coherencia jurídica y un poco de más sentido global del ordenamiento y de las exigencias mismas de la Constitución.

DERECHO A LA INTIMIDAD VERSUS TRATAMIENTO DE DATOS SANITARIOS.¹⁵⁹

Fermín Morales Prats.

El título: “El derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitarios” es un acierto porque en esta dialéctica de tensión se moverá un poco mi explicación, que no pretende ser una conferencia muy articulada sino una serie de reflexiones sobre la problemática. Dialéctica de tensión porque, como saben ustedes, está reconocido constitucionalmente el derecho a la intimidad, nadie lo duda, en su dimensión informática, artículo 18.4 de la CE, y tenemos una ley que ha sucedido a la ley del 92 de protección de datos: la Ley Orgánica de 13 de diciembre de 1999, de Protección de datos de carácter personal.

Nadie duda que hoy en día existe en España un derecho a la intimidad en su dimensión informática, traducido en una libertad informática, en un derecho a la autodeterminación informativa, en libertad informática, como lo queramos denominar, privacidad informática, como dicen los anglosajones o, como dicen los alemanes, derecho a la autodeterminación informática. Esto nadie lo duda. Pero, en el sector de la salud, de los datos sanitarios, o de esa intimidad informática proyectada en el ámbito de la salud, tampoco nadie duda de que hoy es imposible gestionar los servicios sanitarios sin una informatización de los datos sanitarios. Luego se trata de un ámbito donde las soluciones jurídicas no son fáciles. No es un ámbito donde podamos decir, como dicen a veces algunas Directivas o Convenios europeos: aquí en este ámbito interdicción o prohibición general de informatización de los datos.

No podemos elaborar soluciones jurídicas, ni de gestión de los servicios, desde esta perspectiva. Es evidente, es perentorio, es necesario, en el ámbito sanitario la informatización de los datos. Y ahí se genera una dialéctica de tensión entre un derecho a la intimidad, un derecho a la privacidad en su proyección informática, y

una informatización creciente de los datos sanitarios. Efectivamente, en este ámbito jurídico todas las fórmulas jurídicas vienen a significar un pacto entre tecnología y libertad; pacto entre tecnología y libertad que en el ámbito sanitario significa generar un circuito de confidencialidad de los datos sanitarios, es decir, hay un derecho a la intimidad, hay un derecho al control sobre esos datos sanitarios por parte del afectado, o el titular de los datos, y esos derechos deben articularse en un circuito de confidencialidad; circuito, como veremos ahora, de confidencialidad complejo.

En España ¿tenemos esclarecido ese circuito de confidencialidad, ese circuito que se genera en el ámbito sanitario de los centros de salud, de los centros sanitarios? La respuesta es no. Tenemos un ordenamiento jurídico, desde mi punto de vista, muy primario y muy deficiente, y que a grandes rasgos les describo. Tenemos una Ley de Protección de Datos que analizaremos ahora, donde en dos pasajes se habla de los datos de salud, de los datos personales sanitarios. En el artículo 7 se inscriben estos datos en el núcleo duro de la privacidad del individuo, se dice que son datos especialmente protegidos, para luego en ese mismo artículo y en el artículo 8 el legislador proceder a levantar garantías jurídicas porque es consciente de que no puede establecer unas garantías férreas, es decir, es consciente, por ejemplo, de que al titular de esos datos no se le puede estar pidiendo el consentimiento expreso todo el tiempo; es consciente el legislador de que esos datos deben poder circular en el circuito de salud. De ahí que después de decir que son datos especialmente protegidos levanta las garantías, para, al final, en el artículo 11, decir que se podrá acceder a los mismos entre los centros sanitarios del circuito público de salud, etc.

¹⁵⁹ Transcripción literal de la Ponencia presentada en el marco del IX Congreso Derecho y Salud. “Cambios en el derecho sanitario: ¿La respuesta adecuada?”, celebrado en Sevilla en noviembre de 2000

Si ustedes me permiten, las declaraciones de los artículos 7, 8 y 11 de la Ley de protección de datos, son meras declaraciones retóricas, no contienen un estatuto jurídico. Claro, uno puede pensar que este estatuto jurídico de confidencialidad de los datos, en definitiva, de pormenorización de las soluciones jurídicas, dentro de buscar fórmulas de compromiso entre intimidad y gestión de los datos, se situará, quizá, en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad a la que remite la Ley de Protección de Datos. La respuesta es no. Tampoco ahí encontramos un estatuto jurídico. Si ustedes van a la Ley General de Sanidad, a la Ley del Medicamento, etc., encontrarán también cláusulas generales, declaraciones programáticas, donde se reconoce el derecho a la intimidad, el derecho a la confidencialidad de los datos, el deber de secreto profesional, y poco más.

Quiero decir, con esto, que no tenemos un estatuto jurídico desarrollado sobre los datos personales informatizados de salud, y creo que es una necesidad legislativa imperiosa. Cuando hablo de un estatuto jurídico, ahora pondré algún ejemplo, me refiero a un estatuto jurídico desarrollado, es decir, a un segundo eslabón normativo que desarrolle y articule las declaraciones, que son sólo programáticas, de la Ley General de Protección de Datos. Claro, ustedes se preguntarán ¿es que allí donde haya una gran masa de datos informatizados deberá crearse una ley sectorial sobre los datos personales? No lo sé. Podríamos identificar distintos sectores. Pero sí tengo la certeza de que en el ámbito de los datos sanitarios es preciso la Ley, porque es ingente la informatización de datos sanitarios y la gestión de los servicios de salud y sanitarios dependen de esa informatización de datos, y todo eso se plasma en un instrumento esencial del sistema de salud, que son las historias clínicas del paciente, informatizadas por supuesto.

Y ahí sí identificamos un ámbito seguro, indiscutible, donde es precisa una ley sectorial, una ley de segundo eslabón que desarrolle la Ley General de Protección de Datos porque, insisto, no tenemos ese estatuto jurídico. Y si tuviéramos esa ley sectorial, que debería ser orgánica, por supuesto, porque significaría el desarrollo de parte esencial de un derecho fundamental como es el derecho a la intimidad en el ámbito sanitario, y los datos sanitarios forman parte del núcleo duro de la parte esencial del derecho a la intimidad, como dice la Ley General de Protección de Datos, si tuviéramos esa ley orgánica podríamos generar leyes o normativa de tercer eslabón como se ha hecho en otros países. Por ejemplo, normativa en los centros sanitarios, en los hospitales, etc., esto

es, estatutos que pormenorizaran lo que debiera decir esa Ley de los Datos Sanitarios.

Protocolos en los hospitales, como recomienda el Consejo de Europa, donde, a la vista de los aspectos de gestión de ese centro hospitalario, se articula o se modula la protección de los datos sanitarios, donde se pueden incluir incluso en el estatuto o en el protocolo de ese centro hospitalario los criterios deontológicos que parecen mejores, etc. No tenemos todo esto, y tenemos el mundo al revés, es decir, no tenemos generada la *prima ratio* jurídica, el ámbito jurídico donde se crean las reglas de juego pormenorizadas. Y, en cambio, sí tenemos desarrollada la *ultima ratio* jurídica, el estatuto jurídico más pormenorizado de la protección de datos personales y también de los datos sanitarios, como es el Código Penal del 95, es decir, lo que es el instrumento jurídico más primitivo, la *ultima ratio*, el brazo sancionador del derecho más contundente y primitivo. Hay, pues, un concreto estatuto jurídico pormenorizado de las reacciones penales cuando se producen violaciones de este derecho a la intimidad en su faceta informática. Y la situación es preocupante, porque si yo tengo la *prima ratio* atrofiada, donde las reglas de juego no están claramente establecidas y, en cambio, tengo muy desarrollado y pormenorizado el estatuto penal de las reacciones penales, pueden producirse reacciones jurídicas o soluciones jurídicas poco armónicas.

Lo comentábamos ahora en la pausa: las declaraciones o las previsiones penales del Código Penal del 95 en este ámbito no son retóricas: hay un régimen de figuras agravadas, que luego veremos, que pueden disparar las penas en 4 hasta 7 años de prisión, donde, además, hay cumplimiento de prisión efectiva. Luego les daré algunas recomendaciones respecto de cómo deben posicionarse a veces los centros sanitarios en el proceso penal cuando se produce una fuga de datos, al menos la manera de abrir un paraguas para que no le rebote al centro sanitario una fuga de datos protagonizada por un empleado desleal o una persona que trabaja en el centro sanitario y que de manera desleal provoca una fuga de datos o los vende etc., etc. Pero, la foto fija actual del ordenamiento jurídico español, para mí es preocupante. A mí me preocupa que hayamos desarrollado primero el Código Penal en esta materia de una manera muy pormenorizada y moderna -y yo he sido una de las personas que he reclamado este desarrollo penal-. De todos modos, no hemos inventado nada, pues es muy similar al que puedan tener Italia, Alemania u otros países, con matices.

No hemos inventado nada porque, claro, yo siempre he postulado este desarrollo del Código Penal del 95,

pero desde la perspectiva que hubiéramos desarrollado más la *prima ratio* jurídica. Es una suerte del mundo al revés que en otros ámbitos del Código Penal del 95 también se produce, pero este es uno de ellos y muy marcado. Y esta es la preocupación que alumbrará mis reflexiones, porque, insisto, todas las dudas que a muchos de ustedes se les generan en su vida profesional respecto de la protección de la intimidad y los datos del paciente y la gestión sanitaria de esos datos, se producen porque ustedes van a los textos normativos, a las leyes, y solamente encuentran cláusulas genéricas, incluso aunque encuentren un precepto muy largo, como el artículo 61 de la Ley General de Sanidad, que les habla de las historias clínicas, que es una parte esencial del problema del que estamos hablando ahora. Les pongo un ejemplo de mi preocupación y de la reflexión que intento traer aquí para que luego si quieren discutamos. Por ejemplo, una información de noviembre de 1999 de un periódico de tirada estatal en un artículo de reflexión a raíz de unas noticias firmado por un conocido representante de una Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública. El título del artículo de fondo es “Privatización de los archivos de historias clínicas” y es un artículo de denuncia. Uno lo lee e incluso veladamente puede pensar: cuidado, aquí se está produciendo una cesión de una masa ingente de datos personales ilegal que incluso podría encajar en el Código Penal de 1995.

Y yo puedo coger este artículo y darle la vuelta y decir: no, quien escribe esto, que es una persona autorizada en el mundo sanitario, una persona que sabe, se equivoca. Podría hacer una lectura diciendo que lo que se dice aquí da lugar a una criminalización de estas conductas, pero yo puedo también hacer otra lectura: no, se equivoca quien dice esto, porque esto es posible. Voy al artículo 12 de la Ley de Protección de Datos y no hay en realidad una cesión de datos, se trata de una decisión de centros hospitalarios que pueden decir que a partir de ahora la gestión de los archivos de historias clínicas me la hará tal empresa privada especializada; voy al artículo 12 de la Ley, que me dice que es posible realizar este tipo de acuerdos con las garantías de confidencialidad con un protocolo, etc. Y el artículo 12 de la Ley me dice que aquí no hay una cesión de datos sino que hay un acceso a los datos personales sanitarios por cuenta ajena. El responsable del tratamiento de los datos del centro sanitario firma un protocolo con una empresa especializada y si me contratan como abogado además diré que esto es mucho mejor porque esa empresa privada especializada garantizará mejor la gestión y la confidencialidad de los datos y las medidas de seguridad porque, justamente, es una empresa especializada.

Observen la banda de interrogantes: ¿Se trata de una práctica que puede quedar criminalizada? O ¿es una práctica que no debería ser tolerada? O incluso ¿es una práctica amparada y fomentada por la nueva Ley de Protección de Datos? Cuando el ámbito interrogativo es tan grande, desde lo criminalizable hasta lo fomentado por la Ley de Protección de Datos, es que no tenemos desarrollado en España de manera adecuada y articulada el estatuto de los datos sanitarios informatizados. Esta sería la reflexión. La angustia es esta, -para mí la angustia es relativa evidentemente, duermo por las noches-. La angustia profesional es esta. No hemos cerrado debates básicos sobre aspectos antiguos de la protección de datos, como es este, porque tenemos una ley desde el 92 y seguimos abriendo nuevos debates. Los especialistas en este sector ahora ya estamos en el mundo de Internet, ¿el hacker hasta qué punto debe ser castigado?

Vamos a cerrar primero estos debates primarios del problema antes de abrir otros, es decir, Internet ya lo arreglaremos, si podemos, que yo creo que no; va a ser muy difícil. Pero es que estamos abriendo otros debates cuando los debates ya un poco antiguos -la primera ley española es del 92 y el debate previo a la ley es anterior, de la segunda mitad de los años 80- no los hemos cerrado. Entonces, claro, vivimos de soluciones que, a mi juicio, no son buenas. Vivimos de soluciones traídas de consultas interpretativas a la Agencia de Protección de Datos. Sí, la Agencia de Protección de Datos de manera voluntarista te dirá lo que opina, etc., etc., siempre y cuando a un tercero previamente no se le haya ocurrido meter una querrela previamente, entonces ya ni consulta a la Agencia, ni nada. Vamos a defendernos o vamos a acusar y lo digo con cierta, debería ser felicidad, porque claro sería más trabajo para los penalistas, pero con cierta preocupación porque uno, por encima de intereses corporativos, de tener más o menos trabajo en su ámbito profesional, se antepone la conciencia jurídica general, es decir, no podemos vivir en un mundo donde potencialmente son criminalizables muchas conductas porque no está esclarecido el estatuto jurídico.

Vamos a cuestiones más concretas: ¿por qué digo todo esto? Porque la vigente Ley de Protección de Datos no ha cambiado mucho en esta materia de los datos sanitarios y de los datos de salud con respecto a la ley del 92, es decir, ni hemos avanzado ni hemos retrocedido. Es una Ley que viene a plasmar básicamente las ideas o las declaraciones programáticas. He dicho antes que los datos de salud están en el núcleo duro de la privacidad del individuo. No es una manifestación subjetiva, sino que lo dice la propia Ley. Dice en el artículo 7 cuáles son los

datos especialmente protegidos. Ahí habla de datos relativos a la ideología, a las creencias religiosas, creencias políticas etc. Habla de datos que yo todavía no sé muy bien por qué son informatizables. En otros países no lo son, por ejemplo, los datos relativos al origen racial de las personas. No me imagino un uso social positivo para la informatización de datos sobre el origen racial de las personas, no alcanzo a entenderlo. En otros países este dato del origen racial de las personas no es informatizable, hay una prohibición general, aquí sí. También son informatizables datos relativos a la vida sexual. Tampoco me imagino que por sí mismo el dato relativo a la vida sexual informatizado pueda facilitar gestión de servicios, etc., y dentro de este conjunto de datos especialmente protegidos se sitúan los datos relativos a la salud, en el artículo 7.3., junto a los datos de origen racial y de vida sexual y dice que estos datos sólo podrán ser recabados, es decir, cedidos, tratados, gestionados informáticamente cuando por razones de interés general así lo disponga una ley. Vamos a las leyes que hay y son declaraciones programáticas tan programáticas como la del propio artículo 7. Tampoco se nos pormenoriza que la Ley que permita el tratamiento de datos deba tener un rango de Ley Orgánica. Hay una suerte de deslegalización de materias aquí, porque este es un contenido esencial de derecho a la intimidad, como he dicho antes.

Efectivamente, si el sistema de salud, si los centros sanitarios, dependieran en la gestión de los datos personales de que cada vez el afectado consistiera expresamente, tendríamos una suerte de sistema atrofiado en la gestión de la información, incompleto, etc. Eso es una utopía. No se puede pedir el consentimiento expreso continuamente. Por lo tanto, siempre funcionamos con paraguas de legalidad. Y como no hay un régimen jurídico pormenorizado, los interrogantes de distintos colectivos profesionales son muchos. Por ejemplo, consultas de colectivos: en el ámbito farmacéutico los colegios profesionales tienen la reflexión siguiente: aparte de que nos busquen como partners para evitar el fraude, las recetas, etc., podíamos mejorar el servicio profesional de atención farmacéutica si tuviéramos más datos personales del paciente o del cliente a la hora de advertirle la contraindicación de medicamentos. Oiga usted, me pide un sedante muy fuerte y tiene graves problemas respiratorios, quizá está contraindicado, quizá no debería usted tomar esto, claro ahí hay un paraguas de legalidad.

Si tenemos un paraguas de legalidad o un consentimiento, podemos informatizar los datos, pero el legislador se quedó intranquilo con esto, diciendo a ver si no he aclarado las cosas, y en el artículo 7.6, unos epígrafes

más abajo, dice “no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3, datos especialmente protegidos, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención, diagnósticos médicos, etc.”.

Ya lo he dicho antes. En la intranquilidad de esclarecer que en el ámbito sanitario de prestaciones de salud es posible la informatización de datos siempre que se guarde el secreto profesional, haya confidencialidad, que es lo que dice el precepto, esto es, siempre que se trate de diagnósticos médicos, de prestación de asistencia sanitarias, tratamientos médicos, gestión de servicios sanitarios, ya no tenía más expresiones que utilizar, y dijo, bueno yo me paro aquí, siempre que dicho tratamiento se realice, será posible la informatización por un profesional sanitario, sujeto al secreto profesional. Cuidado, alguno igual no es profesional sanitario propiamente, entonces añade, o por otra persona sujeta así mismo a una obligación equivalente al secreto.

Bueno, como el artículo 10 de la Ley de Protección de Datos obliga al secreto profesional a todo aquel que trate con datos personales informatizados, que es el secreto profesional en versión informática, pues estamos al cabo de la calle. Y se equivoca porque dice: “siempre que ocurra todo esto, se podrán informatizar los datos del artículo 2 y 3”. No sólo los datos sanitarios, sino que so pretexto ahora de la gestión de los servicios y prestaciones sanitarias, se pueden informatizar datos relativos a la ideología, a la filiación sindical, a la religión, a las creencias, a la vida sexual, al origen racial. Ustedes me dirán no, esto no suele pasar en los hospitales, pero es lo que dice la Ley, es decir, que a raíz de las prestaciones sanitarias es posible. La Ley ampara la informatización de todo tipo de datos especialmente protegidos. Probablemente no quería decir esto. El legislador quería decir que solamente son informatizables los datos de salud. Pero ahí se equivocó y ahora resulta que si alguien en un centro sanitario dice no, yo puedo ahora informatizar todo tipo de datos, la ley lo ampara. En fin, que tenemos cláusulas generales que, además, no aciertan o, al menos, introducen incertidumbres interpretativas producto de defectos técnicos. ¿Y todo esto por qué es posible? Porque no tenemos establecido un debate que esclarezca el estatuto profesional de estos datos. Pero no acaba aquí la inquietud del legislador para decirle al ciudadano y a los agentes que operan en el sistema sanitario que los datos son informatizables, porque dicho todo esto, en el artículo 8, machaca, es decir, golpea de nuevo el legislador diciendo: “sin perjuicio de lo que dispone el artículo 11, Cesión

de Datos, entre administraciones, entre centros sanitarios del sistema público de salud respecto a la cesión, las instituciones y centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal”. Por tres veces nos dice lo mismo el legislador y nos lo dice retóricamente. Esto es el Estatuto de la Ley de Protección de Datos.

Evidentemente, todo esto está complementado: seguridad de datos. Nos vamos al reglamento del 99 de seguridad de datos, que por cierto es de junio del 99, creo recordar, y la nueva Ley es de diciembre del 99, por lo cual hay un desajuste de origen entre el reglamento y la Ley del 99, porque la nueva ley del 99 surge, ya en trámite parlamentario, de manera inopinada, porque en principio era una reforma parcial de la ley del 92, a la cual nos obligaba la Directiva europea sobre protección de datos, pero una enmienda a la totalidad dice que hacía falta una nueva Ley y a una parlamentaria le había gustado el tema de nueva Ley. Entonces alguien dijo: hombre, si acabamos de introducir el reglamento de medidas de seguridad; pues es igual, ya pondremos en las disposiciones finales que sigue valiendo lo relativo a la nueva ley. Pero cuando uno va al reglamento de medidas de Seguridad resulta que sí hay desajustes con la nueva Ley. Y es que, claro, el reglamento está pensando en la Ley anterior. Todo esto es una suerte de desgracia y nos abre interrogantes en cadena.

Pero vamos a la seguridad en los datos, que está en el reglamento del 99. Los datos de salud sí están protegidos. Ahí tenemos que el reglamento nos dice cosas concretas, son datos de salud especialmente protegidos y estamos en un nivel alto de medidas de seguridad. Y ahí sí es el único ámbito donde existen previsiones legales concretas, un nivel alto de medidas de seguridad, nos lo dice el artículo 4 del reglamento.

Cuando se lee el reglamento del 99 muchos de los centros sanitarios o sectores que tienen datos que están en nivel se plantean un convenio, un protocolo con una empresa especializada privada que se ocupa de estas cosas, porque si yo me he de buscar un responsable de medidas de seguridad, he de cumplir con las reglas del nivel básico, hacer auditorías periódicas, tener un registro de incidencias, tener los soportes distribuidos de determinada manera, los registros de acceso, tener copias de respaldo, recuperación y telecomunicaciones, que todo esto es muy técnico, pues claro, mejor concierto con una empresa especializada. Y ese es el sentido del artículo 12 de la Ley de Protección de Datos: oiga, mire, a mí me han metido en un huracán normativo y estoy angustiado

también, ¿qué hago? Entonces viene una empresa especializada y dice no se preocupe, que yo soy un gestor de sus datos por cuenta del responsable del tratamiento; nómbrame a mí mismo responsable de seguridad de los datos, hacemos un protocolo y un concierto, nos ampara el artículo 12 de la Ley. Si hay una fuga de datos, el primer responsable soy yo y yo le gestiono todo esto y cumplimos con el reglamento en medidas de seguridad. Entonces esa información del diario a la que he aludido antes no sería cierta, serían personas que buscan una gestión adecuada de sus datos en las medidas de seguridad, que buscan cumplir con el reglamento de medidas de seguridad de una manera adecuada. Todo esto en una lectura bondadosa de los hechos que se denunciaron. Y así está la situación. Si ustedes me preguntan ¿hay previsiones normativas más completas? Yo les diré no, no hay previsiones normativas más completas, no tenemos un Estatuto Jurídico más perfilado, a partir de aquí todo son interpretaciones y opiniones, criterios jurisprudenciales, criterios doctrinales, no hay más reglas jurídicas. No hay un régimen jurídico pormenorizado.

Por ejemplo, hablemos de las historias clínicas, tema sensible, porque ahí precisamente hay una suerte de apuesta por la integración de todos los datos personales y sanitarios de un individuo, de una integración muy sintética que desde el punto de vista de la prestación de servicios y de gestión facilite las cosas. Y ahí tenemos la declaración del artículo 61 de la Ley General de Sanidad, las previsiones generales de la Ley de Protección de Datos, derecho de acceso, modificación de errores, cancelación, pero las historias clínicas producen una problemática jurídica profunda. El artículo 61 de la Ley General de Sanidad dice que quiere garantizar el derecho a la intimidad y está el deber del secreto. Siempre este matrimonio que está en todas las declaraciones normativas. Intimidad, confidencialidad, deber del secreto profesional, este matrimonio indisoluble, porque el deber del secreto profesional es un instrumento de garantía del derecho a la intimidad, pero no avanza más la Ley ya no nos concreta.

Y ¿cuándo entender que quedo dispensado del deber del secreto profesional? Hay mala suerte en esta materia pues tampoco está desarrollada la previsión del artículo 24 de la Constitución sobre la regulación jurídica del deber del secreto profesional. Cuando cede o no cede en el proceso, pues tampoco, es decir que no tenemos ni el Estatuto Jurídico de la confidencialidad de los datos y tampoco el Estatuto Jurídico de la modulación de ese deber de secreto profesional, por ejemplo, en el ámbito judicial o en situaciones extremas, frente a la Adminis-

tración, o frente a la propia agencia de protección de datos.

¿Cómo funciona este deber de secreto profesional? Si viene un inspector de la Agencia de Protección de Datos, que es el garante de los datos informáticos, entonces yo me desnudo, le abro todos los ordenadores, le permito acceder a todas la información, o es un inspector más de la Administración Pública, donde le debo decir dígame qué quiere, déme quince días para responderle.

¿Qué es esto? Porque, claro, todos esos aspectos tan concretos no están desarrollados, ya he dicho que el artículo 24 de la Constitución en materia del deber de secreto profesional tampoco está desarrollado, y a partir de aquí todo son opiniones. Por ejemplo, ¿a quién pertenece la historia clínica? Sabemos que pertenece a alguien. Parte de esa información -leemos la Ley de protección de datos, leemos el artículo 61- se proyecta sobre el ámbito de la personalidad del paciente, por lo que hay un derecho a la intimidad, pero ¿el sujeto puede acceder a toda la historia clínica, a todo el contenido? Ahí está toda la especulación de si el propio profesional de la medicina tiene una suerte de propiedad intelectual, solamente de parte de la historia clínica donde hay aportaciones, reflexiones, deducciones de cómo evoluciona el paciente o no; o si ese contenido intelectual de la historia clínica no pertenece tanto al médico como al propio centro sanitario. Luego ahí ya tenemos un problema que habría que abordar normativamente.

¿Hay un derecho de acceso a la historia clínica por parte del propio paciente? Sí hay derecho de acceso. ¿Puede acceder a toda la historia clínica? El sentido común jurídico nos dice que no, porque puede haber reflexiones, aportaciones del médico que pertenecen al médico. Puede haber juicios subjetivos, por ejemplo, en el ámbito del tratamiento psiquiátrico de algunas enfermedades, el médico puede proyectar en esa historia clínica que el paciente tiene una mal diagnóstico, o que es bastante irreversible el proceso; y si el paciente quiere acceder a esa historia clínica, habrá que segregar la información que se le facilita porque puede recibir un fuerte impacto emocional.

Es muy fácil decir derecho de acceso a la historia clínica porque es un derecho que forma parte del núcleo esencial del derecho a la intimidad informática, del derecho de acceso, del derecho al control sobre mis propios datos. Es un derecho que hemos de madurar porque en la historia clínica puede haber partes que se refieren a la propia gestión, que pertenecen al centro hospitalario, o partes que pueden llegar a pertenecer al profesional mé-

dico porque hay reflexiones científicas de cómo progresa el paciente, e incluso, partes que afectan al paciente, pero que son juicio de evolución de diagnóstico por parte del médico, que si el paciente accede a ellos puede recibir un impacto emocional grande y negativo.

Siempre estamos ante soluciones jurídicas del principio de proporcionalidad, ese gran principio que al final es todo y nada, es decir, vamos a mantener todos los intereses en conflicto en la medida de lo posible. El derecho a la intimidad del paciente, el posible derecho de propiedad sobre el aspecto de la historia clínica del médico o del centro sanitario; lo que es evidente que aquí no podemos funcionar con soluciones rotundas: todo pertenece al médico, todo pertenece al centro sanitario o todo pertenece al paciente. Pero esto no está legislado, esto son opiniones, podemos tener alguna expresión de alguna normativa autonómica que dice algo, de alguna Comunidad Autónoma, pero poco régimen jurídico hay.

Luego se plantea que las historias clínicas pueden tener un interés científico. Aquí hay que acabar ya con un debate superfluo. Cuando hay interés científico en una historia clínica, hay una cosa que se llama, que lo dice la Directiva Europea, que lo dice la Ley de Protección de Datos, disociación de los datos. Puede tener interés científico una enfermedad que padece fulanita porque está evolucionando de una manera con el nuevo tratamiento. En efecto, puede tener todo el interés científico, pero no tiene ningún interés identificar quien es ese sujeto. Con que se diga que tiene tal edad es suficiente. Hay que disociar los datos. La cultura de la disociación hay que fomentarla, ahí donde sea posible. Y esta cultura no está fomentada.

El Instituto Nacional de Estadística no para de pedir información a los ciudadanos sobre cuestiones que afectan a la intimidad de las personas. Pero no pide disociada la información y te amenaza con sanciones. Hace unos años en una consulta al Colegio de Abogados de Barcelona, nos amenaza el Instituto Nacional de Estadística con sanciones a los profesionales que no den tales datos. Afortunadamente, yo no he recibido el cuestionario. Quien lo haya recibido que me deje ver uno. Se preguntaba: dígame usted cuáles son los clientes a los que les ha minutado más, por qué tema, cuánto dinero, quién era la parte contraria, quién trabaja en su despacho, cuánto cobra, qué experiencia tiene. Era un striptis profesional del despacho, y al final había una coletilla que decía: usted deme los datos que yo ya los convertiré en anónimos antes de introducirlos en el sistema. No mire usted, primero me los pide sin amenazarme demasiado y me los pide de manera anónima, que venga alguien del Instituto

de Estadística a mi despacho, y yo le cuento los datos y los disociamos aquí mismo; o si no cuando usted tenga los cuestionarios sellados, lacrados, etc. los abre en el propio Instituto Nacional de Estadística y el Colegio de Abogados mandará a alguien de la junta, un garante, que certificará que usted va disociando los datos, al introducirlos en el sistema.

Por qué esta constante petición de información que desde el punto de vista de la gestión del servicio, del interés científico -hablamos ahora de los datos sanitarios, pero para el Instituto Nacional de Estadística es igual- no tiene ningún sentido que el dato esté personalizado. No me invoquen Directivas Europeas. Las Directivas Europeas que esgrime el Instituto Nacional de Estadística no dicen eso. Cuando al Instituto Nacional de Estadística le dices que le voy a llevar ante la Agencia de Protección de Datos, entonces cede. Porque la Agencia de Protección de Datos le ha advertido decenas de veces que la normativa específica del Instituto Nacional de Estadística le dice que puede informatizar datos, pero con la cláusula del secreto profesional siempre. No es un mundo a parte la Ley de Protección de Datos. También está sometido el Instituto, como Administración, a la Ley de Protección de Datos.

Esto es un debate que, a mi juicio, puede cerrarse bien. Si hay interés científico en una historia clínica, disocie los datos, que no tiene por qué identificar a las personas, etc.

Este ejemplo de las historias clínicas nos dice que debemos avanzar hacia un Estatuto Jurídico pormenorizado en materia de protección de datos sanitarios o de estatuto jurídico donde se creen las reglas de juego ya aceptablemente.

Como decía antes, el ámbito o estatuto jurídico más pormenorizado está en el Código Penal. Uno lee el Código Penal y dice: es preocupante esto porque los artículos 197 al artículo 201 están dedicados a delitos contra la intimidad, entre los cuales están los delitos informáticos, de abuso informático, y, además, me dice que si los delitos contra la intimidad por abuso informático se producen respecto de datos especialmente protegidos, datos de la salud, además, el legislador prevé tipos agravados donde las penas se disparan.

Solamente quisiera hacer dos o tres reflexiones sobre las cuestiones penales. Ustedes ya van conociendo el Código Penal, que no tiene una aprobación tan reciente. Ya hace tiempo que ha entrado en vigor. De momento me voy a centrar en tres aspectos.

Primero. En el ámbito de este circuito de confidencialidad que se genera a raíz de los datos sanitarios, un circuito de confidencialidad complejo, donde participan muchas personas, donde hay grandes problemas técnicos, un gran stock de información, etc. En este ámbito los tipos penales que van a dar más juego, en teoría, no son aquellos que explícitamente hablan del abuso informático, porque los tipos penales o las conductas delictivas del artículo 197 están estructurados de tal manera que siempre reclaman dos fases en la comisión del delito; una, que haya un acceso ilícito a los datos, un apoderamiento ilícito, un tratamiento ilícito, que se informaticen datos que no deben ser informatizados. Ese es el presupuesto, la conducta básica, y sobre esa conducta básica hay una conducta agravada, que es la cesión a terceros o revelación ilícita de los datos. De manera tal que sin el presupuesto del acceso lícito no puede funcionar el delito agravado de revelación. Pero en el ámbito de los centros sanitarios lo más frecuente es que se produzcan fugas, cesiones o comunicaciones de datos ilícitas, es decir, que la hipótesis es otra a la prevista en el delito de abuso informático del artículo 197, la hipótesis secuencial es otra; una persona que lícitamente detenta los datos, los gestiona, trata con ellos, accede lícitamente a ellos, e ilícitamente luego los revela, los cede, los comunica a terceros, es una hipótesis diversa la del artículo 197. Probablemente el legislador penal no fue consciente de esto, cuando hablaba de tipos agravados, del responsable de los datos sanitarios, porque todos los tipos del artículo 197, están estructurados en estas dos fases.

Y, en cambio, en esta materia el precepto que adquiere un juego aplicativo, probablemente inadvertido en un primer momento, es el artículo 199 del Código Penal, donde habla de la violación del secreto profesional. Cuando uno lee el artículo 199, probablemente piensa en conductas como la intimidad no informática, no de abuso informático, piensa en el profesional de la abogacía, en el profesional de la medicina, etc., que revela datos de su paciente, pero no de manera informática. El artículo 199 es el precepto que puede entrar más en aplicación, con penas menores a las del 197, porque ahí sí hay una persona que lícitamente detenta la información e ilícitamente la revela a terceros. Ningún problema hay para acudir al 199 para incriminar las conductas más frecuentes ilícitas con relevancia penal, que gravitan solo sobre la cesión, comunicación o revelación ilícita de los datos.

Porque el artículo 199.2 cuando habla de profesionales que revelan los secretos de otra persona, estructura el precepto sobre profesionales que tienen una obligación jurídica estatal, instituida por el derecho estatal, de reser-

va o sigilo profesional. Cualquier persona que trata con datos especialmente sensibles del núcleo de la intimidad en el ámbito informático, en la gestión informática de un servicio, está sometida al secreto profesional, porque lo dice el propio artículo 10 de la Ley de Protección de Datos que hay un deber profesional de secreto. Luego hay un deber de secreto profesional informático, que la Ley de Protección de Datos, extiende en el tiempo, incluso a un momento posterior en el que ya haya finalizado la relación profesional con esos datos; una previsión novedosa que no existe en otros ámbitos del secreto profesional: aún después de finalizar su relaciones con el titular del fichero pervive la obligación de secreto profesional para evitar situaciones que podemos imaginarnos todos: una empresa le dice, deja de trabajar ahí y dame todo el stock de información que te doy no sé cuantos millones de pesetas y además te contrato. El sujeto deja de trabajar y dice yo ya he cesado, ya no estoy allí, ya no tengo deber de secreto profesional. Evidentemente esas situaciones de fraude de secreto profesional han querido ser evitadas. El precepto en juego es el 199; un precepto que puede dar muchísimo juego. Evidentemente, son tantas las personas que pueden tener acceso a los datos en un circuito de prestación sanitaria que el artículo 199 va muy bien, incluso si podemos discutir el carácter profesional de alguien que trata con los datos de las historias clínicas no es problema, porque el artículo 199.1 del Código Penal habla también de la revelación de los secretos conocidos en razón del oficio, de las relaciones laborales. Lo digo porque si alguien del personal subalterno piensa que el propiamente no es un profesional, también está incurso en el 199 porque eso es una revelación de secreto relevante penalmente. El artículo 199, que no está previsto para conductas ilícitas en el sector informático, paradójicamente es el precepto más aplicable en las situaciones tipo, podrán haber accesos incontinentes en el ámbito del 197, pero lo más normal serán fugas de datos provocadas por personas que están dentro del circuito de confidencialidad.

Segunda cuestión. El Código Penal contiene en el artículo 200 una previsión un poco enigmática, dice: lo dispuesto en este capítulo de delitos contra intimidad será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes. Es decir, que el Código Penal en el artículo 200, de un plumazo, en un breve artículo dice, mire, todo lo que he dicho hasta ahora también es aplicable a los datos reservados de personas jurídicas. ¿Qué son datos reservados de personas jurídicas? En la Ley de protección de Datos no se habla más que de personas físicas, es decir, la Ley española responde al nivel están-

dar patrón de las Leyes europeas, después del debate de principios de los 80, donde se decidió en los países europeos no extender esta legislación de protección de datos a los datos de personas jurídicas. Vamos a los convenios internacionales y lo mismo, se someten las Directivas y los Tratados internacionales de protección de datos, a los de personas físicas. Vamos a la doctrina del Tribunal Constitucional y alguna sentencia dice que en el ámbito domiciliario, de la protección de los domicilios, etc., puede haber una suerte no de intimidad, sino de que la persona jurídica vehiculiza la intimidad de las personas físicas. Podemos discutir si el honor es de las personas, si es de los colectivos, de las personas jurídicas, pero intimidad relativa a los datos personales informatizados, las personas jurídicas no tienen intimidad.

¿Cómo se interpreta esto? Porque esto es importante. Yo interpreto que por datos reservados de las personas jurídicas se está refiriendo a personas jurídicas que gestionan, detentan, poseen, custodian, datos de personas físicas, es decir, son datos reservados de personas jurídicas, pero que reflejan datos de la intimidad de personas físicas, de terceros. Esto ocurre en muchos ámbitos, en las entidades bancarias, por ejemplo, centros sanitarios, sistema de salud y así sucesivamente. Y lo que ha querido el Código Penal es legitimar a estos custodios de datos de terceros que los gestionan, que los tratan, que tienen que incluir medidas de seguridad para protegerlos. El Código Penal ha querido extender la tutela penal, legitimando a estas personas jurídicas para que se puedan personar en el proceso como acusadores si hay una fuga de datos.

La solución jurídica no me parece mala, es una solución experimental, la he podido vivir en la práctica profesional, y aceptada por los tribunales; porque, claro, si tú a los responsables de una persona jurídica les dices, tienes que nombrar a un responsable del tratamiento de datos, tienes que nombrar un responsable de medidas de seguridad, tienes que cumplir con las medidas de seguridad, te responderán que yo no puedo ser el vigilante y asegurar que todas las personas que estén implicadas con este fichero o banco de datos serán fiel proyección de todas las normas jurídicas. Yo no sé si tendré un empleado infiel, si tendré un empleado que vaya mal de dinero y con problemas familiares y tome estos datos a cambio de dinero. Y lo que el Código Penal quiere establecer es la posibilidad de que los responsables de estas personas jurídicas, que tienen sobre sí estas obligaciones que les impone la Ley de Protección de Datos, en un primer momento puedan denunciar los hechos, porque sino no podrían denunciarlos ya que, en principio, son delitos

perseguidos a estancia de parte del propio titular de los datos. Esto legitima a las personas jurídicas a denunciar la fuga de datos. Porque si la persona jurídica no denuncia en vía penal la fuga de datos con comunicación paralela a la Agencia de Protección de Datos, luego en el ámbito del proceso penal puede quedar en una posición procesal diversa, y el que da primero da dos veces, denuncia tú, personate tú como acusador y evita males mayores. Luego pasa lo que pasa, que se hace ofrecimiento de acciones al titular de los datos personales y el titular dice a mí no me maree, yo que sé; pero es que aquí se ha personado el que detenta sus datos y está acusando de que sus datos están circulando por ahí; pero a mí no me maree, ya ha ejercido la acción penal y a mí no me

maree. Esto es muy común, hay muy poca cultura jurídica en el ciudadano a la hora de proteger su intimidad.

La previsión del artículo 200 da un gran juego aplicativo. No es que las personas jurídicas tengan intimidad en sí mismas, sino que yo creo que es una previsión instrumental con una gran previsión procesal. En la práctica estos delitos contra la intimidad están generando, al menos en una primera fase aplicativa, muchos procedimientos en fase instructoria, más de los que preveíamos, es decir, la impresión es que el ejercicio de acciones penales cuando vienen apoyadas en una buena prueba policial por parte de profesionales informáticos, que describen en términos inteligibles al Juez de Instrucción la fuga de datos padecida, etc., pues el procedimiento penal avanza.

EL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA LEY GENERAL DE SANIDAD Y LA LEY DEL MEDICAMENTO Y EL USO RACIONAL DEL MEDICAMENTO. SU PROBLEMÁTICA.

*M^a del Carmen Vidal Casero. Dra. en Farmacia, Biología y Geografía e Historia.
Profesora titular de Historia de la Farmacia y Legislación Farmacéutica.
Facultad de Farmacia. Valencia.*

Sumario:

1.-INTRODUCCIÓN. -PRESTACIONES DEL INSALUD.-

2. ALGUNAS MEDIDAS TENDENTES A CONTROLAR EL GASTO FARMACÉUTICO DEL INSALUD Y A FAVORECER EL USO RACIONAL DEL MEDICAMENTO.

2.1. Prestaciones del Insalud. Prestaciones farmacéuticas. 2.1.1. Control recetas médicas.-2.1.1.1. Recetas médicas Ordinarias y de TLD. 2.1.1.2. Recetas de estupefacientes. 2.1.1.3. Recetas especiales.-2.2. Régimen de intervención de precios. 2.3. Precios de referencia. 2.4. Financiación selectiva. 2.5. Copago. 2.5.1. Aportación reducida de los enfermos de sida. 2.5.2. Aportación de medicamentos para enfermos crónicos. 2.6. Prestaciones de fórmulas magistrales. 2.7. Prestaciones de productos sanitarios y de efectos y accesorios. 2.8. Prestaciones complementarias.- 2.9.- El Insalud y las oficinas de farmacia.-2.9.1.-Dispensación de medicamentos en las oficinas de farmacia.-2.9.1.1. Sustitución de medicamentos en las oficinas de farmacia. 2.9.1.2. Margen comercial.

1.-INTRODUCCIÓN.

R. Revilla en 1992¹⁶⁰ y Hernández Vicente en 1999¹⁶¹ resaltaron que el importe anual de la factura en medicamentos y los porcentajes de incremento interanual de dicha factura en España, muy superiores de los índices de inflación interanuales han preocupado y preocupan a los políti-

cos, a los profesionales sanitarios y a la opinión pública. Adicionalmente los indicadores establecidos para medir la bondad del consumo y utilización de medicamentos muestran que en los primeros lugares del consumo se han encontrado medicamentos cuya eficacia terapéutica no estaban demostrada. La evidencia de que la calidad de consumo y utilización de medicamentos no es buena ha motivado el desarrollo de los programas sobre el uso racional del medicamento. La Ley 25/1990, del Medicamento dedica todo el Título Sexto al establecimiento de normas y principios sobre el uso racional de medicamentos¹⁶², entre los que se comprende: procedimiento para la financiación pública de medicamentos, la revisión de los precios de medicamentos, las obligaciones de los pacientes referentes a la participación en el pago a satisfacer por los medicamentos y productos sanitarios que les proporcione el Sistema Nacional de Salud, la valoración de la prescripción y los conciertos entre farmacias y Sistema Nacional de Salud.

Por otro lado, el art. 94 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre (BOE, 22 diciembre) establece que el alcance de la financiación pública de los medicamentos, por el Sistema Nacional de Salud, dependerá, entre otros factores, de su utilidad social.

Una cosa es que un medicamento sea seguro (nulo o mínimos efectos no deseados), eficaz (finalidad terapéutica alcanzada en las condiciones habituales de uso¹⁶³ y de calidad (producto)¹⁶⁴ y como tal sea incluido en el registro

¹⁶⁰ Revilla R. *Uso racional de medicamentos en Atención Primaria. El Médico.* 1992; (11-4): 40-53.

¹⁶¹ Hernández Vicente JM^a. *En 1999 creció la intervención sobre el medicamento. Indufarma.* 1999; (35): 10-4.

¹⁶² Herrera Carranza J. *Dispensación racional de los medicamentos. Definición pendiente. Farmacia Profesional.* 1999; (marzo): 95.

¹⁶³ Salleras Sanmarti L. *Eficacia o efectividad. Jano.* 1988; (803): 9.

¹⁶⁴ Herrera Carranza J. *El nuevo paradigma ético de la nueva de farmacia. Farmacia Clínica.* 1998; 15 (8): 506-11.

de especialidades farmacéuticas¹⁶⁵ y otra, muy distinta, que sea eficiente y como tal deba ser financiado públicamente. Un medicamento será útil socialmente si contribuye al bienestar social de España. Para ello debe comprobarse que constituye la manera más eficiente de solucionar un problema de salud, valorándose como beneficios de la alternativa medicamentosa no tan solo los estrictamente sanitarios, sino aquellos derivados de externalidades tecnológicas y mejoras en la ocupación y en la balanza de pago.

Al decir de Ortun Rubio¹⁶⁶ la financiación selectiva de medicamentos constituye un mecanismo para conducir la actuación sanitaria por los caminos que mejor garanticen una sociedad competitiva y sana.

En este trabajo se analiza el desarrollo legislativo de la Ley General de Sanidad¹⁶⁷ y Ley del Medicamento¹⁶⁹ en los aspectos concernientes al uso racional del medicamento, y que ha motivado el estudio en el presente trabajo de 84 disposiciones, junto con tres aclaraciones dictadas por los tribunales de justicia, al par que se ha efectuado un estudio crítico de las disposiciones, poniéndose en evi-

¹⁶⁵ Precisamente para ello se dicta el RD 1564/1992 (BOE, 2 de febrero); y el Decreto sobre registro de medicamentos (Valverde J et al. Especificidad de la calidad farmacéutica: el nuevo decreto de laboratorios. *Cienc Pharmaceutica*. 1993; 3 (3): 169-74).

¹⁶⁶ Ortun Rubio V. Financiación selectiva de medicamentos. *Revista Rol de Enfermería*. (143-144): 13-5.

¹⁶⁷ La Ley General de Sanidad regula las actuaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (Lorenzo y Montero R. La ley General de Sanidad en el Derecho español. *Noticias médicas*. 1991; (3443): 141-5).

¹⁶⁸ Entre las disposiciones dadas en 1986 se encuentran: O. 30 abril de 1986 (BOE, 3 mayo c.e. BOE 22 mayo) de normalización de recetas médicas; O. de 10 junio 1986 (DOGC, 4 julio) por la que se regulan los depósitos de medicamentos en centros hospitalarios (Cataluña); O. 15 julio 1986 (BOE, 19 julio) por la que se adapta la Ley 30/1985 del impuesto sobre el valor añadido y la indicación del precio en el envase exterior de las especialidades farmacéuticas (Granda E. Ley de Sanidad y primera victoria del margen (1986). *Offarm*. 1992; (julio-agosto): 33-40).

¹⁶⁹ La Ley del Medicamento tiene que ser desarrollada por parte de las CCAA de acuerdo con los distintos niveles de competencia normativa en cuanto a la regulación de la prescripción y dispensación (atención primaria, hospitalaria y especializada y asistencial en el Sistema Nacional de Salud) y ordenación farmacéutica (Bel Prieto E., Suñé Arbussá JM^a. La Ley del Medicamento y las competencias autonómicas. *Offarm*. 1991 (octubre, II): 73-8).

¹⁷⁰ La Ley del medicamento se ha modificado por las leyes siguientes: Ley 22/1993, de 29 diciembre (BOE, del 31); Ley 13/1996, de 30 diciembre (BOE, 31 diciembre); Ley 66/1997, de 30 diciembre (BOE, del 31); Ley 50/1998, de 30 diciembre (BOE, del 31, c.e. BOE 7 mayo); y Ley 14/2000, de 29 diciembre (BOE 30 diciembre. Algunas de estas modificaciones han sido analizadas por: Bel Prieto E, Suñé Arbussá JM^a. Modificaciones a la Ley del Medicamento. *Cienc Tecnologia Pharm*. 1999; 9 (2): 81-98

dencia las ventajas e inconvenientes que pueden tener algunas de las disposiciones dictadas y que pueden generar problemas en diferentes sectores de la sociedad española.

2.-ALGUNAS MEDIDAS TENDENTES A CONTROLAR EL GASTO FARMACÉUTICO DEL INSALUD Y A FAVORECER EL USO RACIONAL DEL MEDICAMENTO.

En las últimas décadas, los países desarrollados han experimentado un incremento en el gasto sanitario global que ha llevado a la adopción de medidas dirigidas hacia un control del gasto y una mayor utilización de recursos. Este incremento de costes se debe principalmente al progreso tecnológico de la medicina, a factores poblacionales (creciente envejecimiento de la población) y de morbilidad (aumento de la prevalencia de enfermedades crónicas).

Dentro del gasto público sanitario, el gasto farmacéutico requiere mención, por su evolución, e incluso por los riesgos para la salud que puede entrañar el abuso de medicamentos. En términos generales, el aumento del gasto farmacéutico se debe a varios factores: aumento del coste por receta; incremento del número de recetas de pensionistas en circulación; aumento de los medicamentos¹⁷¹ implicados en los procesos crónicos o de larga duración¹⁷¹.

El gasto farmacéutico público en el Sistema Nacional de Salud a través de las oficinas de farmacia supuso en 1999 un incremento neto del 8 % respecto a 1998. Entre 1986 y 1995 la factura de farmacia para el Sistema Nacional de Salud creció en términos netos en un 14,4 %. Entre 1995 a 1997 se observa un significativo aumento en el número de especialidades farmacéuticas registradas bajo la calificación de genéricos, especialmente acusado durante el último trimestre de 1998¹⁷². La factura de farmacia para el Sistema Nacional de Salud entre 1997 a 1999 fue del 7,15 %¹⁷³, ascendiendo el gasto farmacéutico en el Sistema Nacional de Salud a 1.041.047 millones de pesetas¹⁷⁴. En consecuencia, mediante Resolución de 16 de septiembre de 1999 (BOE, de 23 de septiembre) se ordena la publicación

¹⁷¹ Sastre Gervás I, Figueiras Guzmán A. Estrategias de contención del gasto farmacéutico (I). Nivel de actuación: pacientes. *Pharm. Care Esp*. 1999; 1 (3): 173-8.

¹⁷² "El gasto farmacéutico registró un incremento neto del 8 % en 1999". *El Farmacéutico*. 2000; (237): 22.

¹⁷³ González Bueno A. Botiquines en los buques mercantes. *Acófar*. 1999; (abril): 24-6.

¹⁷⁴ "El gasto farmacéutico superó en 1999 el billón de pesetas". *Offarm*. 2000; (marzo): 18.

del Acuerdo de convalidación del RD-Ley 12/1999¹⁷⁵, de medidas urgentes para la contención del gasto farmacéutico en el Sistema Nacional de Salud.

El término uso racional de medicamentos, aunque usado ampliamente, no tiene una definición inequívoca. Es una meta a conseguir que consiste en maximizar los beneficios que se obtienen del uso de los medicamentos, minimizar los riesgos que comportan su uso, minimizar los costes que originan y tener en cuenta las preferencias del paciente con relación a los medicamentos elegidos¹⁷⁶. Este uso racional exige por tanto que se contrapesen los beneficios, los riesgos y los costes y es responsabilidad de los gobernantes, de los órganos de reglamentación competentes¹⁷⁷, de la industria farmacéutica, de los profesionales de atención sanitaria¹⁷⁸, de los enfermos y de toda la población.

2.1.-Prestaciones del Insalud. Prestaciones farmacéuticas.

La Ley General de Sanidad (1986) establece la regulación de las acciones conducentes a la efectividad del derecho a la protección de la salud, en su doble dimensión, individual y colectiva. Introduce el principio de universalización del derecho a la asistencia sanitaria.

El establecimiento de prioridades en sanidad es un objetivo a conseguir en todos los sistemas sanitarios, lo que motiva la elaboración de paquetes básicos de prestaciones junto a otras prestaciones que persiguen el mismo fin. En España, el catálogo se presenta como instrumento para delimitar el paquete básico de tecnologías que será financiado públicamente¹⁷⁹.

El RD 1274/1992 (BOE, 9 noviembre) crea la Comisión Nacional para el Uso Racional de Medicamentos. Y mediante RD-Legislativo 1/1994 (BOE 29 junio) se aprueba el Texto Refundido de la Seguridad Social, en el que se integran, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, los textos legales específicos de la Seguridad Social dados hasta ese momento. Se reconoce el derecho de los

españoles a la Seguridad Social, y se concreta el campo de aplicación de las prestaciones en la modalidad contributiva y no contributiva. Se fija la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, y en sus más de doscientos artículos se pormenoriza las contingencias protegibles y las protecciones a dar en los casos de accidentes de trabajo, enfermedad profesional, enfermedad común, incapacidad laboral transitoria, invalidez, recuperación, jubilación, muerte y prestaciones familiares.

El RD 63/1995 (BOE 10 febrero) ordena y sistematiza las atenciones y prestaciones sanitarias directas y personales del Sistema Nacional de Salud. Un catálogo de prestaciones sanitarias consiste en una especificación del conjunto de servicios o tecnologías sanitarias que son objeto de cobertura o financiación dentro de un sistema sanitario. Los catálogos de prestaciones pueden perseguir diferentes objetivos: el más habitual es el control y racionalización del gasto del sistema. En ocasiones persiguen objetivos de seguridad contractual o sencillamente de información, e incluso pueden ser utilizados para aumentar la equidad del sistema sanitario garantizando el acceso de toda la población a un conjunto de servicios o promoviendo la cobertura efectiva de colectivos sociales más necesitados de prestaciones y menos favorecidos económicamente¹⁸⁰. En este Real Decreto se distingue entre las prestaciones que se han de facilitar en todo caso, y aquellas otras merecedoras de ayudas económicas, según los casos y baremos algunos pendientes de concreción. La O. de 18 de enero de 1996 (BOE, 7 febrero) desarrolla el Real Decreto mencionado perfilando el contenido y ámbito de prestaciones. Realmente el proceso de priorización es complejo, y no hay un único método consensuado y aceptado internacionalmente para conseguirlo. Se deberá hacer pues grandes esfuerzos para encontrar una manera de limitar los costes sin perder ni la calidad de los servicios sanitarios existentes ni la equidad, se deberá encontrar una manera razonable y justa para decidir qué servicios sanitarios se incluirá en un paquete básico accesible en condiciones de igualdad para toda la población¹⁸¹.

Por Resolución de 28 de octubre de 1998 (BOE, 17 noviembre) de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales, se ordena la publicación del Acuerdo 1/1997, de 27 de noviembre, por el que se aprueba el Sistema de Financiación de los Servicios de Sanidad en el periodo de 1998-2001.

¹⁷⁵ BOE, 16 de agosto; convalidado por Resolución de 16 de septiembre 1999. BOE, de 23 de septiembre).

¹⁷⁶ Iniesta A. *Uso racional de los medicamentos en Atención Primaria, indicadores y estudios de intervención*. *Ars Pharmaceutica*. 1996; 37 (2): 221-38.

¹⁷⁷ Bonal J. *El farmacéutico y el uso racional del medicamento*. *El Farmacéutico*. 1993; (extra junio): 34-6.

¹⁷⁸ Carmona i Cornet AM^a. *La evolución conceptual del uso racional del medicamento en la farmacia comunitaria*. *El Farmacéutico*. 1997; (abril): 82-5.

¹⁷⁹ Costa Fons J. *Catálogo de prestaciones sanitarias. Priorización*. *Farmacia Profesional*. 1999; (febrero): 18-20.

¹⁸⁰ *Ibidem*

¹⁸¹ Silvestre Navarro B. *Introducción a la bioética (7ª parte): la distribución de los recursos sanitarios*. *Farmacia Clínica*. 1998; 15 (1): 40-7.

El art. 94 de la LM altera sustancialmente las condiciones establecidas en la Ley General de Sanidad, que reconoce el derecho a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar, todo dirigido a establecer la salud. La LM va más allá, atribuyendo al Gobierno la potestad de eliminar de la Seguridad Social medicamentos y productos sanitarios porque "no se justifique o no se estime necesario su financiación"¹⁸². La exclusión de medicamentos a través de revisiones periódicas a que hace referencia el párrafo 5º, ha de ser interpretado. Priman en la LM y disposiciones que han desarrollado el art. 94 los criterios económicos, el gasto farmacéutico, que tienen un valor en el ejercicio de este Derecho constitucional pero no puede ser prioritario y menos si con su aplicación se condicionan otros derechos de mayor protección que el económico-contable como es el del libre ejercicio de la profesión médica o del usuario a conservar o restablecer su salud¹⁸³.

2.1.1. Control recetas médicas.

2.1.1.1. Recetas médicas ordinarias y de TLD.

La LM (art. 85) define la receta, como el documento que avala la dispensación bajo prescripción facultativa y válido para todo el territorio nacional, que se editará en la lengua oficial del Estado sin perjuicio de las lenguas oficiales de cada CA. En las recetas y órdenes, el facultativo incluirá las pertinentes advertencias para el farmacéutico y las instrucciones para la mejor observancia del tratamiento.

Por OM de 1 de febrero¹⁸⁴ de 1990 (BOE 9 febrero, c.e. BOE 19 marzo)¹⁸⁴ se determina la existencia de las recetas oficiales del SNS, un modelo para el tratamiento general y otro para el

TLD¹⁸⁵. Al ser objeto de recurso por parte del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y de la Federación empresarial de farmacéuticos se aprueban nuevamente los modelos oficiales por O. de 23 de mayo de 1994 (BOE, 31 mayo) se reglamenta los modelos oficiales de recetas utilizadas para prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud; que ha sido ampliado por O. de 4 de febrero de 1998 (RCL 1998, 372) y modificado el art. 4.1 y lista anexa por O. de 29 de septiembre de 1995 (RCL 1995, 2774).

Se establecen los requisitos de prescripción y dispensación en dichas recetas así como una relación de principios activos que podrían prescribirse en las mismas siempre y cuando fueran formulados como monofármacos salvo las asociaciones que explícitamente se citan. La relación de principios activos se ha ido actualizando en el tiempo a través de las correspondientes disposiciones^{186 187}.

Existen en la actualidad unos medicamentos (especialidades farmacéuticas publicitarias) que para su dispensación y prescripción no requieren receta médica¹⁸⁸ y son de dispensación obligatoria en las oficinas de farmacia, aunque es bien sabido que desde hace tiempo estas especialidades corren el peligro de acabar "vendiéndose" en las grandes superficies¹⁸⁹, como ya ocurre en al-

¹⁸² Con relación a esto, las leyes financieras de los años 1996, 1997 y 1998 han llevado a cabo importantes modificaciones de la Ley del medicamento para definir las especialidades farmacéuticas genéricas, establecer los procedimientos de financiación pública, crear la Agencia del medicamento y establecer el sistema de precios de referencia. La de 1999 hace, además, un intento desesperado para tratar de impedir las exportaciones paralelas (Granda Vega E. El precio de los medicamentos. Opacidad. Farmacia Profesional. 2000; (abril): 7-12).

¹⁸³ Beato Espejo M. El derecho a la prestación sanitaria: Libertad de prescripción y dispensación. Derecho y Salud. 1994; (2): 70-86.

¹⁸⁴ La O. 1 febrero 1990 fue modificada por O. 28 abril 1992 (BOE, 8 mayo) y el anexo III por O. 28 junio 1993 (RCL 1993, 2061).

¹⁸⁵ La lista vigente fue dada por OM 23 mayo 1994 (BOE, de 31 mayo) con modificaciones introducidas por OOMM 29 septiembre 1995 (BOE, de 11 mayo) y 4 febrero 1998 (BOE, de 12 febrero).

¹⁸⁶ Como son: O. 28 abril 1992 (BOE, de 8 mayo); O. 28 junio 1993. (BOE, de 3 julio); O. 23 mayo 1994 (BOE, de 31 mayo); O. 29 septiembre 1995 (BOE, de 11 octubre); O. 4 febrero 1998 (BOE, 12 febrero).

¹⁸⁷ Arias Fernández J et al. Medicamentos para tratamientos de larga duración: estructura del mercado y consumo durante 1994. Inf Terapéutica del Sistema Nacional de Salud. 1996; 20 (1): 8-11.

¹⁸⁸ En consideración al art. 31.4 de la Ley 25/1990 la Agencia Española del Medicamento (sus Estatutos fueron aprobados por RD 520/1999. BOE, 31 de marzo) puede autorizar especialidades farmacéuticas que no requieran prescripción en receta médica

¹⁸⁹ Recuérdese que de acuerdo al art. 87.g LM en este caso se deberá informar, aconsejar e instruir al paciente sobre su correcta utilización (Herrera Carranza J. Consideraciones éticas sobre la indicación (prescripción farmacéutica). Farm Clin. 1997; 14 (8): 528-31). Me pregunto, ¿quien lo hará en las grandes superficies?.

gunos países¹⁹⁰, aunque en la realidad los países de la UE han optado porque estos medicamentos salgan del canal farmacéutico¹⁹²; y otros medicamentos (corrientemente denominados medicamentos éticos) que es requisito obligatorio para la dispensación en la oficina de farmacia la prescripción en receta médica. La problemática estriba en que a menudo no se exige en las oficinas de farmacia la correspondiente receta, con lo que se está produciendo el consumo indiscriminado que una gran parte de la población hace de algunos medicamentos (v.gr. antibióticos) con lo que está provocando una creciente resistencia de las bacterias más comunes¹⁹³. De aquí que la Red Española de Atención Primaria (REAP) estén recomendando la prescripción y dispensación de antibióticos siempre con recetas y solo en situaciones en que las ventajas superen a los inconvenientes¹⁹⁴.

Razonablemente al ser la receta TLD una orden médica de tracto sucesivo que se hace ejecutiva en uno o varios momentos a través del tiempo, si un farmacéutico dispensase de una sola vez los cuatro envases autorizados para receta TLD, estaría incurso en responsabilidad por infracción de reglamentos para la segunda, tercera y cuarta dispensación¹⁹⁵. A veces se opina que el volante de instrucciones para el paciente, con las indicaciones del médico y en su caso del far-

macéutico, es una mejora asistencial, pero el resto es una excesiva burocracia, complicando enormemente la labor de médicos y farmacéuticos¹⁹⁶, y que más parece ideada con fines de control de los agentes sanitarios y del gasto económico que con los de lograr una real mejora de la asistencia¹⁹⁷.

2.1.1.2.-Recetas de estupefacientes.

La drogodependencia es uno de los problemas que más preocupa a la sociedad por la enorme dimensión que ésta abarca. Muchas veces la droga y la drogadicción no es la causa o el problema, sino el síntoma o la consecuencia de una situación personal carencial e insatisfactoria. Tal vez deberíamos cuestionarnos, ¿por qué alguien se droga?, ¿por qué tantos adolescentes y jóvenes necesitan consumir drogas?, para ello habría que analizar y tomar conciencia del clima cultural, social y familiar y del horizonte de vida que se presenta, especialmente a los jóvenes, y, por tanto, buscar nuevas alternativas a todos los niveles, comenzando por los más cercanos e inmediatos: familia, escuela, barrio, cultura, participación político-administrativa etc.¹⁹⁸.

Para evitar la utilización indiscriminada de estupefacientes y psicotropos, es prudente que se encuentren fuertemente controlados. El modelo de receta oficial de estupefacientes previsto en el RD de 8 de julio de 1930 (Gaceta del 15) y RO de 8 de noviembre de 1930 (Gaceta del 11), y por el que se aprueba el Reglamento provisional sobre la Restricción de Estupefacientes, requiere por una parte su adecuación a lo establecido en el RD 1910/1984 (BOE 29 septiembre, rect. BOE 22 mayo 1986), y por otra, la actualización de las medidas que garantizan la seguridad, evitan su falsificación y facilitan el uso racional de estas sustancias, mejorando sus posibilidades de prescripción y dispensación, de acuerdo con los avances terapéuticos habidos en este campo sanitario, a la par que se posibilitan mecanismos de control eficaces y acordes con la actual estructura

¹⁹⁰ Se dispensan en grandes superficies: en Irlanda, algunos medicamentos sin receta; en el Reino Unido, los productos GSL; en Dinamarca, los productos homeopáticos, las plantas medicinales y las vitaminas; en Holanda, los medicamentos sin receta; en Alemania, los medicamentos OTC no reembolsados

¹⁹¹ "Sin receta, pero con racionalidad". *El Farmacéutico*. 1999; (217): 9; Bermejo A. Los grandes establecimientos de alimentación han anunciado su intención de vender especialidades farmacéuticas publicitarias antes de fin de año. *El Farmacéutico*. 2000; (241): 24-8.

¹⁹² "En la Unión Europea se dispensan las especialidades farmacéuticas publicitarias en las oficinas de farmacia". *La Revista de Farmacia*. 2000; 1 (26): 8-9.

¹⁹³ Esnal MJ. Osakidetza intenta frenar el consumo de antibióticos sin receta. *El Farmacéutico*. 1999; (222): 32; Vicente González J. Genoma y resistencia a los antibióticos. *Farmacéuticos*. 2001; (enero): 32-3.

¹⁹⁴ Red Española de Atención Primaria. Los antibióticos con receta. Documento de Valencia. *Pharm. Care. Esp*. 2000; (2): 201-3.

¹⁹⁵ Alvarez Lillo M, Sánchez y López de Vinuesa F. La receta médica de larga duración. Riesgo, protección e información del consumidor. *Offarm*. 1994; (mayo): 87-90.

¹⁹⁶ Pacheco D. Vida y desventuras de la nueva receta. *Offarm*. 1992; (febrero): 11-3.

¹⁹⁷ "Las nuevas recetas. ¿Mejora de la asistencia o apoteosis de la burocracia. *Acófar*. 1991; (marzo): 21-8.

¹⁹⁸ Ruiz Vilafranca D. Una realidad cercana a los farmacéuticos: la drogodependencia. *Acófar*. 2000; (mayo): 16-8.

del Sistema Nacional de Salud. La modalidad terapéutica dirigida a personas dependientes de opiáceos quedó configurada mediante el RD 75/1990¹⁹⁹ por el que se regulan dichos tratamientos en centros o servicios sanitarios debidamente acreditados. El RD 1573/1993 (BOE, 4 octubre) somete a ciertas restricciones la circulación de estupefacientes y la O. de 25 de abril de 1994 (BOE, 3 mayo)²⁰¹ regulan las recetas y los requisitos especiales de prescripción y dispensación de estupefacientes para uso humano, de manera que la prescripción y dispensación de medicamentos que contengan sustancias estupefacientes incluidas en la Lista I de la Convención Única de Estupefacientes, y ulteriores modificaciones se realizará en recetas oficiales, que vienen a sustituir el carnet de extradosis, ya que con el sistema implantado se permite detectar la primera prescripción reiterada y en consecuencia, evitar el tratamiento múltiple de un paciente por varios médicos, o desviaciones análogas. Por otra parte, amplía las posibilidades de prescripción, tanto en lo relativo a cantidad de medicamento como a período de tratamiento a que se destina. La O. de 29 de septiembre de 1995 (BOE, 11 octubre) modifica la norma anterior, ampliando la lista de principios activos que requieren receta oficial de estupefacientes. Y el D. 24/1995 de 14 febrero (BOJA 14 marzo) regula la distribución, control y procesamiento de las recetas oficiales de estupefacientes en Andalucía.

En 1998 las farmacias catalanas y andaluzas se unieron a las vascas y navarras en la iniciativa de dispensar metadona a los drogadictos que siguen sus tratamientos psicofarmacológicos para su dependencia. Estos programas permiten reforzar el papel de agente de salud de los farmacéuticos y significará una mejora a estos pacientes, puesto que habrá más centros donde atender a los

toxicómanos y éstos no tendrán que hacer desplazamientos largos e innecesarios²⁰².

2.1.1.3.-Recetas especiales.

Las recetas médicas de los servicios de las Administraciones públicas incluidas el Insalud y demás entidades gestoras de la Seguridad Social, los servicios sanitarios e Instituto Social de las Fuerzas Armadas²⁰³, Mutualidad de funcionarios²⁰⁴ y otros establecimientos o servicios similares²⁰⁵, pueden tener unos requisitos y configuraciones especiales siempre que respeten las normas generales establecidas para las recetas médicas²⁰⁶.

2.2.-Régimen de intervención de precios.

La intervención sobre el precio del medicamento responde a dos razones: de un lado existe un control de precio o de sus incrementos por razones de política económica general. Desde otra perspectiva, se trata de incidir en el precio del medicamento por las características propias de este producto, ya que el consumo del medicamento tiene una clara incidencia en el gasto sanitario²⁰⁷.

El RD 271/1990 (BOE, de 2 de marzo) reorganiza la intervención de precios de especialidades farmacéuticas de uso humano. Y la LM (arts. 100-104) re-

¹⁹⁹ RD 75/1990 de 19 enero (BOE, de 23 enero); el art. 3.3 modif. por RD 1131/1990 de 14 septiembre (BOE, 18 septiembre).

²⁰⁰ Esta disposición fue impugnada por el CGCOF (Sánchez López de Vinuesa F, Giménez Giménez MA. La sentencia del TS de 19 de julio de 1991 y el uso racional del medicamento. *Offarm* 1992; (junio): 95-100).

La Circular de 2 de febrero del 2000 prohíbe importar/exportar de/ a determinados países algunas sustancias químicas tóxicas y precursores químicos (BOE 17 febrero).

²⁰¹ Contra esta disposición interpuso recurso contencioso-administrativo el Consejo General Colegios Oficiales de Farmacéuticos que fue desestimado por el Tribunal Supremo (OM 27 febrero 1998. BOE, de 30 de marzo).

²⁰² "Nuevos acuerdos para dispensar metadona a toxicómanos". *El Farmacéutico*. 1998; (209): 45.

²⁰³ -La participación de los beneficiarios quedó regulada por RD 2116/1978 (BOE, de 7 de septiembre); el art. 2 de esta disposición fue desarrollado por RD 2669/1983 (BOE, de 18 de octubre).

²⁰⁴ La aportación del beneficiario es del 30% del importe tanto en especialidades farmacéuticas, como en fórmulas magistrales, efectos o accesorios que pueden ser prescritos en el modelo oficial de receta de Muface; recogido en el concierto publicado por Resolución 20 diciembre 1985 (BOE, de 24 de diciembre) y que está vigente en régimen de prórroga anuales, salvo denuncia de alguna de las partes

²⁰⁵ Como es la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL), cuya prestación farmacéutica se rige por RD 3241/1983 (BOE, de 31 de diciembre); esta disposición fue ampliada por O. 30 marzo 1984 (BOE, de 10 abril); la prestación farmacéutica está regulada en el art. 83 de los estatutos de la Mutualidad, en lo que atañe a la prestación de la asistencia sanitaria, estos estatutos fueron modificados por O. 15 febrero 1984 (BOE, de 22 de febrero).

²⁰⁶ Elola Somoza J et al. Asistencia sanitaria pública en España. Gasto y cobertura. *Jano*. 1988; (827): 522.

²⁰⁷ Torno Mas J. El precio de las especialidades farmacéuticas. *Derecho y Salud*. 1997; 5 (2): 161-90.

gula la intervención de los precios de los medicamentos por la Administración, cuyo régimen fue seriamente modificado por la Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social, publicada por Ley 66/1997 en 30 de diciembre²⁰⁸, de acuerdo con lo dispuesto en ella, la intervención administrativa en los precios queda limitada a aquellas especialidades financiadas con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la Sanidad. Por O. 9 marzo 1999 (BOE, 26 marzo) se ordena la revisión de precios de los medicamentos no financiados, de manera que con esta modificación se produce un acercamiento normativo a la situación vigente en la UE, ya que la casi totalidad de los Estados miembros tienen liberalizados los precios de este tipo de especialidades, al considerar que las condiciones de competencia hacen innecesaria la intervención administrativa. El mayor precio de las nuevas especialidades farmacéuticas autorizadas en los últimos años, así como la coyuntura económica existente y los niveles presupuestarios establecidos para el gasto sanitario, y en concreto para la prestación farmacéutica, motivó la adopción de una serie de medidas orientadas a la reducción de ese gasto, que se recogen en el RD-Ley 31 julio 1999 (BOE 16 agosto, convalidado por Resolución 16 septiembre 1999, BOE, 23 septiembre), entre ellas la reducción del precio industrial máximo de las especialidades farmacéuticas. Otro nuevo RD-Ley de 23 junio 2000 (BOE 24 junio, convalidado por Resolución 29 junio 2000, BOE, 7 julio) establece una serie de medidas urgentes de contención del gasto farmacéutico público y racionalización del uso de los medicamentos, entre las que se encuentran la modificación del precio de venta al público de las especialidades farmacéuticas publicitarias.

Como indica Granda Vega²⁰⁹ la intervención de precios tiene cada vez menos sentido al existir actualmente sistemas de limitación de los precios financiados en el Sistema Nacional de Salud; y como resalta Beato Espejo²¹⁰ no hay que temer a la desregulación de los precios siempre que vaya acompañada de medidas que fortalezcan el mercado. Los costos del sector sanitario deben ser transparentes, ello favorecerá la

participación social en el costo del producto y animará la competencia. La doctrina ha señalado que un exceso de regulación por conseguir la normalización no es necesariamente lo más beneficioso para los usuarios.

2.3.-Precios de referencia.

Los precios de referencia son los precios máximos que las administraciones sanitarias abonarán por un determinado principio activo²¹¹ incluido en un determinado grupo homogéneo que ha sido ya previamente fijado²¹².

La Ley 25/1990 (art. 94) establece los fundamentos para la regulación de un sistema de precios de referencia por el que se rija la financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la sanidad, de las presentaciones de especialidades farmacéuticas bioequivalentes.

Los precios de referencia introducen un tipo de sustitución en la oficina de farmacia que es obligada y se refiere a la prescripción de un medicamento por encima del precio de referencia (art. 94 LM, tercer párrafo ap. 6). En este caso, la sustitución se hace por una especialidad bioequivalente, ya sea DCI²¹³ o marca (si prospera la enmienda puesta por el País Vasco). El art. 94 ap. 6 de la Ley 66/1997 (BOE, de 31 de diciembre) determina que el farmacéutico sustituya la presentación de la especialidad farmacéutica prescrita cuando ésta supere la cuantía establecida como precio de referencia, excepto si el beneficiario opta por aquélla.

El RD 1035/1999 (BOE, 29 junio) regula el sistema de precios de referencia por el que se regirá la financiación, cuya aplicabilidad ha sido dada en la Circular 374/2000 del Consejo General de Consejos Oficiales de Farmacéuticos. A estos efectos se considera precio de referencia la cuantía máxima que se financiará, con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad, de las presenta-

²⁰⁸ González Bueno A. *El precio de los medicamentos no financiados. Acófar*. 1999; (mayo): 30-2

²⁰⁹ Granda Vega E. *El precio de los medicamentos. Opacidad. Farmacia Profesional*. 2000; (abril): 7-12.

²¹⁰ Beato Espejo M. *El derecho a la prestación sanitaria: libertad de prescripción y dispensación. Derecho y Salud*. 1994; 2 (2): 70-86.

²¹¹ "Precios de referencia". *Farmacéuticos*. 1999; (mayo): 11

²¹² "Precios de referencia y conjuntos homogéneos". *Farmacéuticos*. 2000; (abril): 12-4.

²¹³ Martínez Recari C. *El decreto sobre los precios de referencia. Revista Grupo Safa*. 1999; (octubre): 18-22.

²¹⁴ Recuérdese que un medicamento genérico es un medicamento esencialmente similar, de la misma composición cualitativa y cuantitativa en principios activos que el medicamento modelo y cuya bioequivalencia con aquel ha sido demostrada por un estudio apropiado de biodisponibilidad (Elsen Ch. *Le médicament générique et la substitution. J Pharm Belg* 1996; 51 (6): 316-20).

ciones de especialidades farmacéuticas incluidas en cada uno de los conjuntos homogéneos que se determinen. Posteriormente este Real Decreto se ha desarrollado en la O. de 13 de julio de 2000 (BOE, 25 julio)²¹⁵ aprobándose 114 conjuntos homogéneos con sus respectivos precios de referencia. Con esta medida la Administración proyectó ahorrar en el año 2000 un mínimo de 24.000 millones de pesetas²¹⁶.

La puesta en marcha de los precios de referencia puede situar el campo de batalla de la industria en la oficina de farmacia²¹⁷, pero esto solo ocurrirá en los momentos de desconcierto inicial, ya que una sustitución por debajo del precio de referencia no puede ser realizada más que por causa legítima, no coincide precisamente con la legítima causa de racionalizar nuestras existencias teniendo un número ilimitado de genéricos. En esta situación, la oficina de farmacia se ve abocada a seguir teniendo de todo, y a no ver mejorado su margen más que en casos y territorios muy concretos en los que los médicos se ven forzados a prescribir en DCI²¹⁸.

Ante este panorama, los objetivos del farmacéutico deberá ir dirigido hacia la colaboración en la contención del gasto farmacéutico a cambio de mejoras en el margen (que en el momento actual es del 33 %), obteniendo incentivos en la sustitución (que en la actualidad no se le da)²¹⁹, permitiéndole retener una parte de la diferencia de precio entre el producto más caro y un producto genérico, tal como hacen en los Países Bajos²²⁰ y que pase de ser una anécdota a un verdadero derecho farmacéutico, con lo que los precios de referencia, además de bajar el precio, logren contener el gasto farmacéutico de forma sostenida. En

relación con esta medida, que pretende dirigir la prescripción médica, no faltan quienes se preguntan en qué va a quedar la labor del médico²²¹. Sobre esta cuestión el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos tuvo conocimiento e informó a su vez a los Colegios Oficiales de Farmacéuticos mediante Circular nº 171/100, de las manifestaciones de otros colectivos sanitarios, relativos a las competencias que cada grupo profesional debe adoptar, respecto a la dispensación de medicamentos genéricos²²².

Por otro lado, tal como sucede en todos los países con experiencia en los medicamentos genéricos, por criterios de seguridad sanitaria se excluyen de registrar como medicamentos genéricos los principios activos que presentan problemas críticos de biodisponibilidad, los que tienen un margen reducido de seguridad con un historial denso de reacciones adversas graves, los que exigen una farmacovigilancia muy activa, los que son todavía mal conocidos por su comportamiento clínico irregular y, en general, los que están definidos como problemáticos en algún aspecto relacionado con la eficacia, seguridad o calidad. Es lógico que siempre exista una lista oficial de principios activos susceptibles de presentarse en forma de especialidades farmacéuticas genéricas equivalentes validadas, revisables al compás de la evolución de los criterios²²³.

2.4.-Financiación selectiva.

La LM (art. 94) al tratar de los procedimientos para la financiación pública de los medicamentos con cargo al Sistema Nacional de Salud, dice en su punto 2 que "podrán no financiarse con fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la Sanidad aquellos medicamentos cuyas indicaciones sean sintomatológicas o para síndromes menores, así como las exclusiones totales o parciales determinadas por el Gobierno de grupos, subgrupos, categorías o clases de medicamentos o productos sanitarios, cuya financiación pública no se justifique o no se estime necesaria". Y añade en el punto 5 que "el Gobierno revisará periódicamente y actualizará la relación de los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica de la Seguridad Social, de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias y la evolución de los

²¹⁵ Martín Barea M^a P. *Conjuntos homogéneos y precios de referencia*. *Offarm*. 2000; (noviembre): 70-88

²¹⁶ "Sanidad espera ahorrar este año un mínimo de 24.000 millones de pesetas con la aplicación de los precios de referencia". *Offarm*. 2000; (marzo): 14-6.

²¹⁷ Díaz García JM. *Precios de referencia (y II). Consecuencias de su posible implantación en España y comparación con otros países*. *Offarm*. 1998; (abril): 66-76.

²¹⁸ .-"Consecuencias de la implantación de los precios de referencia para la oficina de farmacia". *Revista Grupo Safa*. 1999; (junio): 12-3.

²¹⁹ "Los farmacéuticos y las especialidades farmacéuticas genéricas". *Farmacéuticos*. 1999; (228): 6-8.

²²⁰ Sastre Gervás I, Figueiras Guzmán A. *Estrategias de contención del gasto farmacéutico (y III). Nivel de actuación: Industria farmacéutica y canales de distribución y dispensación*. *Pharm Care Esp*. 1999; (1): 313-21.

²²¹ "Precios de referencia". *El Médico*. 1998; (16 octubre): 3.

²²² "Genéricos y precios de referencia". *Farmacéuticos*. 2000; (mayo): 16.

²²³ .-Villarroya Ponsirenas T. *Genéricos equivalentes validados*. *Indufarma*. 1995; (enero-marzo): 7-9.

criterios de uso racional y conocimientos científicos". Esto supone que la Ley consagra arbitrariamente que no todos los fármacos serán financiados por la Seguridad Social²²⁴.

Tras la aprobación de la Ley del Medicamento se ha ido preparando el terreno para la implantación de las llamadas listas negativas en el sistema de financiación pública de medicamentos²²⁵. Con esta medida se pretende introducir una cierta racionalización en la prescripción a través de recetas de la Seguridad Social. La exclusión de especialidades farmacéuticas de la oferta de la Seguridad Social, ofrece dificultades técnicas importantes y puede introducir elementos discriminatorios en el sistema²²⁶.

En 1993 y a través del RD 83/1993 (BOE, 19 febrero) sufrimos por primera vez el recorte de la relación de medicamentos financiados con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad, disposición que va a ser desarrollada por la O. de 6 de abril de 1993 (BOE, 13 abril), y su aplicabilidad en la Circular 9/93. El RD 2208/1994 (BOE, 28 noviembre) excluye los medicamentos homeopáticos, de conformidad con el art. 54 de la Ley del Medicamento. En 1995 el mercado de especialidades farmacéuticas en España está compuesto de 8390 especialidades farmacéuticas con 10747 formatos autorizados, de ellos, 7918 están financiados por el Sistema Nacional de Salud, 1435 son publicitarios y 832 están excluidos de la financiación por aplicación del RD 83/1993²²⁷. En 1998 y bajo la argumentación de la evolución del criterio del uso racional de medicamento, el desarrollo de los conocimientos científicos y el necesario control del gasto público en el ámbito sanitario, nos enfrentan a una ampliación del primer medicamentazo, mediante el RD 1663/1998 (BOE, 25 julio), incluyéndose los grupos y subgrupos terapéuticos excluidos de la financiación a partir del 1 de septiembre de 1998 trayendo como consecuencia la exclusión de un gran número de fármacos de UTB^{228 229}, con-

cretamente de 869 medicamentos²³⁰; contemplándose además la posibilidad de que algunas especialidades farmacéuticas se puedan financiar exclusivamente cuando se destinen a ciertas indicaciones terapéuticas o se utilicen por colectivos específicos²³¹. Sanidad asegura que el ahorro en farmacia en 1999 superó los 60.000 millones de pesetas, 20.000 de los cuales debidos a la entrada en vigor de medidas como el Decreto de Financiación Selectiva²³². Sin embargo el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos asegura que esta medida de recortes no será efectiva y menos a largo plazo²³³; y al decir de Suñé Arbussá²³⁴ y otras voces autorizadas²³⁵ este tipo de retirada de medicamentos "baratos" ha de conducir indefectiblemente a la prescripción de otros que no lo son tanto ni aporta ninguna ventaja terapéutica para el presunto enfermo.

El RD 1663/1998 (BOE, 25 de julio) no fue muy bien recibido ni por la sociedad española en general, ni tampoco por los gobiernos de algunas CCAA. Y ello motivó que algunos medicamentos excluidos de la financiación pública hayan sido asumidos por ciertas CCAA. Así lo ha hecho Andalucía que se siguen prescribiendo con cargo a fondos propios ocasionando en 1999 un desembolso de más de 3403 millones de pesetas y Navarra (Decreto foral 1 septiembre 1998. BO Navarra septiembre)²³⁶ que ha asumido el coste de los

²²⁴ Pacheco D. Algunos puntos polémicos de la Ley del medicamento. *Offarm.* 1991; (febrero): 12-3.

²²⁵ Rodríguez Moreno C et al. Medidas de racionalización: libertad de prescripción. *Derecho y Salud.* 1997; 5 (2): 227-54

²²⁶ Naveira AM. ¿Por qué una nueva política farmacéutica?. *El Médico.* 1997; (20-IX): 14-9.

²²⁷ López Rodríguez RM et al. Mercado de especialidades farmacéuticas en España. *Cienc Pharm.* 1996; 6 (5): 257-62

²²⁸ Vázquez Taboada JA et al. Fármacos de utilidad terapéutica baja (UTB) más prescritos en el Sistema Nacional de Salud. *Revista O.F.I.L.* 1998; 8 (3): 22-34.

²²⁹ Dentro de los UTP se distingue los UTB1 (monofármacos o asociaciones con falta de eficacia demostrada) y los UTB2 (asociaciones de varios principios activos de eficacia reconocida pero cuya asociación no es aconsejable) (Encinas Barrios MC et al. Medicamentos de utilidad terapéutica baja. Valoración del consumo en un hospital y su área de influencia. *Farm Clin.* 1995; 12 (5): 298-310).

²³⁰ "¿Actualidad. Un "medicamentazo necesario". *La Revista de farmacia.* 1998; (abril): 12-3.

²³¹ Martín Barea Mª P. Últimas modificaciones en las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. *Offarm.* 1998; (noviembre): 49-52.

²³² "Sanidad asegura que en 1998 el ahorro en farmacia ascendió a 60.000 millones, 20.000 de ellos gracias al "medicamentazo". *El Médico.* 1999; (5 febrero): 22

²³³ "Luz verde al "medicamentazo". *Farmacéuticos.* 1998; (septiembre): 6-9.

²³⁴ Suñé Arbussá JMª. El "medicamentazo" y su entorno. *Cienc Pharm.* 1998; 8 (1): 1-2.

²³⁵ Suñé Arbussá JMª. "España va bien". *La farmacia, fatal.* *Cienc Tecnol Pharm.* 1999; 9 (3): 103-4.

²³⁶ Lo hace en virtud del Decreto foral de 1 de septiembre de 1998. BO Navarra, de 2 de septiembre.

834 medicamentos excluidos de la Seguridad Social²³⁷.

2.5.-Copago.

La evolución histórica del sistema de copago español lo ha llevado a un grado de complejidad considerable, derivado de la combinación de diversos tipos de criterios a menudos contradictorios. El sistema vigente²³⁸ (copago del 40% de los trabajadores activos)²³⁹ presenta una capacidad recaudatoria pequeña²⁴⁰, no pudiendo considerarse como un elemento de contención del crecimiento del gasto farmacéutico público. A su vez, su sistema de exclusiones permite la utilización de mecanismos fraudulentos por el usuario para evitar el pago. Sánchez de Cuesta²⁴¹ considera que los precios de referencia son una forma encubierta de pago. Además, estas medidas conducentes al pago o copago por parte de pacientes sensibles a esta variable, como es el subgrupo de población de menor poder adquisitivo, como pensionistas, se traduce en una disminución del cumplimiento terapéutico, que conlleva un menor tiempo de la aparición de complicaciones y un mayor coste, para la sociedad, de la recuperación

de estos pacientes²⁴². De hecho el sistema de copagos tiene efectos en la industria, ya que las modificaciones en los porcentajes de participación del usuario afectan a los laboratorios. Otras opciones de participación, como la que se está iniciando de la combinación de los precios de referencia con los copagos marcarán una estrategia distinta de la Administración Pública, como financiador del consumo de medicamentos, que conllevará a cambios en las políticas de investigación, de solicitud de fijación de precios y de ventas²⁴³.

A veces hay quien comenta que será beneficioso controlar el gasto sanitario público tomando otras medidas. Entre las opciones planteadas han sido la de aumentar la participación en el coste de medicamentos²⁴⁴, y, eventualmente, de otros servicios sanitarios a todos- incluyendo a los jubilados²⁴⁵-, pero ligando la cuantía de la participación individual a la capacidad económica²⁴⁶; la de poner un sistema de copagos en los servicios hoteleros de los hospitales, mediante el pago de una cantidad a fijar en concepto de alimentación²⁴⁷; mediante el pago de una cantidad por receta o en función de su pensión²⁴⁸.

La participación del usuario en el coste puede comportar que los más enfermos y necesitados se vean afectados negativamente por la medida. Una solución parcial es fijar un límite de copago anual ("stop-loss"),

²³⁷ González X. El Gobierno navarro gasta 160 millones en financiar el "contramedicamentazo". *El Farmacéutico*. 1999; (231): 40-1.

²³⁸ -Se reglamenta por RD 83/1993 (BOE, de 19 de febrero), desarrollada por OM 6 abril 1993 (BOE, de 13 de abril) para la aplicación de esta norma la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios dictó dos Circulares aclaratorias: Circular 7/1993 (Madrid 4 junio 1993) y 16/1993 (Madrid 15 octubre 1993). Los anexos a esta OM han sido modificadas y actualizadas por Circular 9/1993 (Madrid, de 15 junio) y 15/1993 (Madrid, de 27 septiembre) de la DGF y PS

²³⁹ En los de aportación reducida (O. 19 mayo 1978, BOE, de 27 de mayo) será del 10 % del precio de venta al público, hasta un importe máximo que se actualiza anualmente por el Ministerio de Sanidad y Consumo en función de la evolución del índice de precios al consumo (v.gr. O. 19 octubre 1994. BOE, 31 octubre; O. 18 octubre 1995. BOE, 4 noviembre).

²⁴⁰ El beneficiario no realizará aportación alguna en los tratamientos que se realicen en las instituciones propias o concertadas de la Seguridad Social, en los que tengan su origen en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, en las dispensaciones a pensionistas de la Seguridad Social, pensionistas que realicen trabajo por cuenta ajena, trabajadores en situación de invalidez provisional derivadas de enfermedad común y accidente no laboral con derecho a prestación farmacéutica de la Seguridad Social y enfermedades afectados por el síndrome tóxico.

²⁴¹ -Mencionado en: Nicolás C. Los precios de referencia son una forma encubierta de copago. *Indufarma*. 1999; (35): 3-7.

²⁴² -Sanz Granda A. Influencia del copago en el cumplimiento terapéutico. *El Farmacéutico*. 2000; (249): 92-4.

²⁴³ Juárez Castelló CA et al. La participación del usuario en el coste de la sanidad. Alternativas a los copagos. *Farmacia Profesional*. 1999 (julio/agosto): 14-8.

²⁴⁴ Aunque esta medida al decir de Pérez Matheos podría sustentarse en motivos relacionados con la contención del gasto público u otras razones del carácter presupuestario, pero difícilmente puede justificarse como medida de contención del consumo farmacéutico (Pérez Matheos J. La dinámica del gasto farmacéutico en el espacio europeo (y II). Impacto de los copagos y conclusiones. *Offarm*. 2000; (marzo): 90-102).

²⁴⁵ Rovira Fons J., Antoñanzas Villar F. Financiación pública de medicamentos. La exclusión y sus consecuencias. *Farmacia Profesional*. 1998; (julio-agosto): 7-12.

²⁴⁶ Cuadra M. de la. Nuevas ideas sobre la contención del gasto farmacéutico. *El Farmacéutico*. 2000; (246): 56-7.

²⁴⁷ Rovira Fons J., Antoñanzas Villar F. Financiación pública de medicamentos. La exclusión y sus consecuencias. *Farmacia Profesional*. 1998; (julio-agosto): 7-12.

²⁴⁸ Suñe Arbussá JMª. La financiación de la Sanidad. *Cienc Pharm*. 1998; 8 (4): 150-1.

de modo que el exceso por encima de ese límite sea financiado por el fondo asegurador general²⁴⁹.

2.5.1.-Aportación reducida de los enfermos de sida.

Los enfermos de sida han constituido un colectivo con grandes necesidades terapéuticas y profilácticas durante años. Las necesidades terapéuticas de estos enfermos y la gravedad, duración y secuelas de sus patologías han aconsejado establecer la aportación económica limitada en el pago a satisfacer por la obtención de medicamentos, para garantizar su atención sanitaria y hacer real y efectiva dicha prestación, teniendo en cuenta sus condiciones sociales y humanas²⁵⁰. Mediante el RD 1867/1995 (BOE, 1 diciembre), se ordena que la participación en el pago a satisfacer por los enfermos de sida, de los medicamentos que proporciona el Sistema Nacional de Salud a través de receta oficial, con cargo a fondos de la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad, será del 10 % del precio de venta al público, con el límite de aportación previsto en el art. 5 del RD 83/1993 (BOE, 19 febrero), de una aportación reducida para enfermos crónicos; las medidas específicas serán dadas por O. de 24 de noviembre de 1995 (BOE, 2 diciembre) que establece que la aportación reducida en la dispensación de medicamentos, se aplicará en las recetas oficiales para activos de la Seguridad Social, que incorporen la leyenda "Campaña Sanitaria".

2.5.2.-Aportación de medicamentos para enfermos crónicos.

Los enfermos crónicos en cuanto al copago tienen también un tratamiento especial²⁵¹, actualizándose el importe máximo de la aportación de los beneficiarios en dispensaciones de las clasificadas en grupos o subgrupos terapéuticos incluidos en el anexo II del RD 83/1993 y O. 19 octu-

bre 1994 (BOE, 31 octubre); y siendo posteriormente nuevamente actualizado por O. 18 octubre 1995 (BOE, 4 noviembre).

2.6.-Prestaciones de fórmulas magistrales.

La formulación magistral es sanitariamente necesaria y conveniente²⁵², pero para la seguridad de los pacientes y para salvaguardar su prestigio, es necesario que se garantice plenamente su calidad galénica y farmacológica²⁵³. La LM (art. 8.9) define la fórmula magistral como el medicamento destinado a un paciente individualizado, preparado por el farmacéutico o bajo su dirección, para cumplimentar expresamente una prescripción facultativa detallada de las sustancias medicinales que incluye, según las normas técnicas y científicas del arte farmacéutico, dispensado en su farmacia o servicio farmacéutico y con la debida información al usuario²⁵⁴. Se deben elaborar (art. 35.2 LM) en las oficinas de farmacia y servicios farmacéuticos legalmente establecidos que dispongan de los medios necesarios para su preparación de acuerdo con las existencias establecidas en el Formulario Nacional.

La aparición masiva en el mercado de productos adelgazantes, la gran demanda de los consumidores y su habitual utilización a través de fórmulas magistrales y preparados oficinales en cuya composición figuran sustancias anorexígenas, solas o asociadas con otros medicamentos, ha llevado a la Administración sanitaria mediante O. de 14 febrero de 1997 (BOE, 26 febrero) a restringir la utilización de algunas materias primas, y la retirada a petición de los fabricantes de los principios activos dexfenfluramina y fenfluramina tras detectarse casos de hipertensión pulmonar y otros desequilibrios psicofísicos y suponer su empleo un riesgo innecesario para la salud. Se prohíbe la utilización de órganos o glándulas de origen humano o animal así

²⁴⁹ Silvestre Navarro B et al. *Introducción a la bioética (8ª parte): el derecho a la prestación farmacéutica*. *Farm Clin*. 1998; 15 (2): 109-14.

²⁵⁰ Giménez y Giménez Mª A. *Prestaciones farmacéuticas a enfermos de sida*. *Acófar*. 1996; (344): 35-6.

²⁵¹ Como aconsejó el Informe Abril, especialmente por motivos de equidad (Pacheco D. *Informe sobre la sanidad pública de la Comisión Abril. La salud si tiene precio*. *Offarm*. 1991; (octubre, I): 16-8).

²⁵² Ibáñez Bermúdez S. *Fórmulas magistrales en los servicios farmacéuticos de hospitales*. *Offarm*. Mayo: 57-62.

²⁵³ -Vidal Casero, Mª C. *La calidad en la formulación magistral. Asegurar el porvenir*. *Farmacia Profesional*. 1995; (febrero): 47-53.

²⁵⁴ Lo que más define a la formulación magistral es su capacidad de individualizar el tratamiento del paciente, con lo que se consigna una valiosa alternativa al medicamento fabricado industrialmente (Baixauli Comes V. *Formulación magistral y preparados oficinales*. En: "Los farmacéuticos en la Sanidad del siglo XXI". Libro resúmenes-posters. Congreso Nacional Farmacéutico. Consejo General de Colegios oficiales de farmacéuticos. Colegio Oficial de Farmacéuticos Las Palmas. Las Palmas; 2000: p. 88).

como sus derivados (extractos y polvo)^{255 256}; se prohíbe- salvo excepciones- asociar sustancias medicinales con acción anorexígena, diurética, psicotrópica, hormonal, laxantes, entre si o con otras sustancias medicinales en una misma fórmula o preparado oficial; y se regula los tratamientos contra la obesidad, celulitis y otras patologías concomitantes, los cuales no podrán ser superior a tres meses, debiéndose someter al paciente a las pruebas analíticas, bioquímicas y farmacológicas usuales, así como aquellas que sean aconsejables para disminuir los posibles efectos adversos²⁵⁷. Desde el punto de vista de la oficina de farmacia es importante tener presente esta reglamentación sobre fórmulas magistrales para el control de peso y valorar el poder adictivo de los anorexígenos adrenérgicos con el fin de detectar cualquier tratamiento que se prolongue a la aplicación para otros fines de algunos productos.

Los beneficiarios de la Seguridad Social podrán obtener fórmulas magistrales siempre que se encuentren sus materias primas aprobadas en los conciertos²⁵⁸. Lógicamente las fórmulas magistrales (y también los preparados oficinales) se rigen por las mismas exclusiones generales, en su financiación por el Siste-

ma Nacional de Salud que los demás medicamentos (art. 6 RD 83/1993. BOE, de 19 de febrero).

En la actualidad se dispone de unas "Normas de correcta fabricación de fórmulas magistrales y preparados oficinales" publicadas en 1991 como desarrollo de la LM²⁵⁹. Estas directrices - que describen las condiciones generales que deben reunir el personal, los locales y el utillaje²⁶⁰ - tienen el carácter de recomendación, con el objetivo de que el profesional se vaya adaptando a estos requerimientos que aspiran a que el farmacéutico se adapte a una forma de operar homogénea para conseguir el mayor grado de calidad posible²⁶¹, sin embargo la mayoría de farmacéuticos comunitarios desconocían estas normas y carecían de aparatos para realizar el control de calidad de materias primas y de productos acabados²⁶². Asimismo, la LM (art. 35) recoge los requisitos que deben de reunir las fórmulas magistrales, y el RD 175/2001 (BOE, de 16 marzo) aprueba las normas de correcta elaboración y control de calidad de fórmulas magistrales y preparados que habían sido ya objeto de un perfil en la Ley 19/1998 de ordenación farmacéutica de la CA de Madrid (BOCM 3 diciembre 1998, c.e. 17 febrero 1999), transcribiéndose las normas de la industria farmacéutica sin apenas variaciones, sin pensar que la realidad de la oficina de farmacia es muy distinta, con poco personal y otras actividades aparte de la preparación de fórmulas magistrales, por lo que estas normas van a beneficiar a las oficinas de farmacia más grandes y pudientes, impidiendo a las²⁶³ oficinas medianas y pequeñas su cumplimiento. Aún no obstante, falta bastante por regular, entre ello: a) los controles micro-

²⁵⁵ La Agencia Española del Medicamento ha prohibido la elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales de los que formen parte cualquiera de las sustancias anorexígenas de acción central. Desde el Ministerio de Sanidad y Consumo se ha ordenado la retirada del mercado de las especialidades farmacéuticas comercializadas con el nombre: Delgamer, Finedal, Antiobes Retard y Tegisec, aplicando lo dispuesto en el art. 15 a de la Directiva 75/319/CEE modificada, según la cual se deben retirar del mercado aquellos medicamentos que contengan como principio activo: fenfluramina, antepiramina, clobenzorex, fenproporex, fentermina, mazindol, mefenorex, norpseudoefedrina, fenmetrazina, fendimetrazina, fenbutrazato y/o propilhexedrina ("La Agencia Española del Medicamento ordena la retirada del mercado de cinco especialidades farmacéuticas". *Offarm.* 2000; (mayo): 32).

²⁵⁶ El Delgamer etc no están indicados para el tratamiento de la obesidad. Por otro lado está la labor que llevan a cabo ciertas clínicas de adelgazamiento, en las que se realizan tratamientos que en la mayoría de los casos rozan el fraude ("Intrusismo profesional y escaso control, causantes del mal uso de los fármacos adelgazantes". *Offarm.* 1999; (noviembre): 21).

²⁵⁷ González Bueno A. Crónica legal del medicamento. *Acófár* 1997; (abril): 26-8.

²⁵⁸ Existe un nuevo concierto entre el Insalud y las oficinas de farmacia, con vigencia del 1 noviembre 1998 al 2002 (Cuadras M. Nuevo concierto entre el Insalud y las oficinas de farmacia. *El Farmacéutico.* 1998; (215): 32-3); además, existen conciertos en diferentes CCAA ("Nuevo concierto farmacéutico gallego". *Farmacéuticos.* 1999; (235): 8). En este último concierto se fija un nuevo precio único de los envases de fórmulas: 75 pesetas; y un precio único de preparados oficinales de 850 pesetas

²⁵⁹ Vidal Casero M^a C. La calidad en la formulación magistral. *Asegurar el porvenir. Farmacia Profesional* 1995; (febrero): 47-53.

²⁶⁰ Ibáñez Bermúdez S. Fórmulas magistrales en los servicios farmacéuticos de hospital. *Offarm.* 1993; (mayo): 57-62. Las directrices del Grupo de Trabajo constituido por el Consejo Interterritorial de Salud en 1989 ha sido publicada en *Pharm Care Esp* 1999; 1 : 133-44.

²⁶¹ Vidal Casero M^a C. La correcta fabricación de fórmulas magistrales. *Hefame.* 1997; (octubre): 379-81

²⁶² Viñuales Lorente A. verificación del cumplimiento de las normas de correcta fabricación de formulación magistral y preparados oficinales en las oficinas de farmacia. En: "Cuenta con nuestro Consejo". *Actas XI Congreso nacional de Farmacéuticos. Colegio Oficial de Farmacéuticos de Málaga.* Málaga. 1997: pp. 328-30.

²⁶³ Valero Serrano R. La elaboración de los medicamentos en la oficina de farmacia del año 2000. *La Revista de farmacia.* 2000; (febrero): 7.

biológicos de los productos terminados²⁶⁴; b) el concepto de fabricación a terceros evitando situaciones de competencia²⁶⁵; c) la información pertinente sobre las nuevas sustancias que se manejan²⁶⁶; d) es necesario avanzar en la delimitación de los conceptos de publicidad e información al profesional sobre fórmulas magistrales. Precisamente la ausencia de controles de calidad ha dado origen a algunos errores que han tenido, en determinadas ocasiones, resultados muy graves para los pacientes.

2.7.-Prestaciones de productos sanitarios y de efectos y accesorios.

La Ley 14/1986 de 25 de abril dedica su Título V (arts. 95-103) a tratar "De los productos farmacéuticos". En la mitad de ellos se hace referencia a artículos o productos sanitarios que, por tanto, se incluyen dentro del concepto general de productos farmacéuticos²⁶⁷. La Ley del medicamento (art. 8.12) define los productos sanitarios como cualquier instrumento, dispositivo, equipo, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos que intervengan en su funcionamiento destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con alguno de los siguientes fines: diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad; diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia, investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico; o regulación de la concepción. Siempre que el producto no ejerza su acción principal por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, aún cuando puedan contribuir a estos medios. A efectos de su prescripción y dispensación, la legislación entiende por efectos y accesorios aquellos productos sanitarios, de fabricación seriada, que se obtienen en régimen ambulatorio y que están destinados a utilizarse con el fin de llevar a cabo un tratamiento terapéutico o ayudar al enfermo en los efectos indeseables de ésta. De acuerdo con esta definición tienen el carácter de efectos y accesorios: los materiales de cu-

ra; los utensilios destinados a la aplicación de medicamentos; los utensilios para la recogida de excreta y secreciones; los utensilios destinados a la protección o reducción de lesiones o malformaciones²⁶⁸.

La Ley del Medicamento (art. 1.3) declara tener por objeto, entre otros, la regulación de los principios, normas, criterios y exigencias básicas sobre la eficacia, seguridad y calidad de los productos sanitarios a los que define en su art. 8.12. Esta Ley junto con la Ley General de Sanidad se desarrollará mediante el RD 414/1996 (BOE, 24 abril)²⁶⁹, encomendándose a la Administración sanitaria del Estado el valorar la seguridad, eficacia y eficiencia de las tecnologías relevantes para la salud y la asistencia sanitaria, reglamentándose los principios, normas, criterios y exigencias básicas sobre la eficacia, seguridad y calidad de éstos. Se establecen las condiciones que deben reunir los productos sanitarios y sus accesorios para su puesta en el mercado, puesta en servicio y utilización, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad que les sean de aplicación. La Circular 22/1997 de la DGF y PS clarifica la legislación aplicable a los productos sanitarios no activos^{270 271}. El RD 2727/1998 (BOE 12 enero 1999) introduce que a reserva de lo que en su caso establezca la legislación sobre profesiones tituladas, las actividades de fabricación a medida de productos ortopédicos deberán rea-

²⁶⁴ "La importancia de la formulación magistral". *La Revista de Farmacia*. 2000; 1 (27), 1 diciembre: 17-8.

²⁶⁵ "Se celebró en Alicante la VI sesión científica de la Asociación española de farmacéuticos formulistas". *Offarm*. 2001; (enero): 34-8.

²⁶⁶ "Pautas del ejercicio profesional de la oficina de farmacia". COF de Zaragoza. Zaragoza; 1998: pp. 40-1

²⁶⁷ Bel Prieto E., Suñé Arbussá JM^a. Regulación de los productos sanitarios (I). *Cienc Pharm*. 1997; 7 (5): 243-7.

²⁶⁸ González Bueno A. *Manual de la Legislación Farmacéutica*. Doce Calles. 2^a ed. Madrid; 1999: pp. 512-3.

²⁶⁹ El RD 414/1996 (BOE, 24 abril) será modificado por el RD 2727/1998 de 18 diciembre (BOE 12 enero 1999) añadiéndose una disposición adicional décima referente a técnicos responsables de ortopedia que establece "2. En defecto de profesional titulado a que se refiere el art. 18, las actividades de venta (...) podrán realizarse bajo la supervisión de un profesional en activo que cuente con tres años de experiencia y así se haya identificado en la comunicación a las Comunidades Autónomas".

²⁷⁰ -Los productos sanitarios no activos son aquellos que se destinan a transmitir, sin ninguna modificación significativa, energía, sustancias u otros elementos de un producto sanitario activo al paciente. Los productos sanitarios activos es todo producto sanitario cuyo funcionamiento depende de una fuente de energía eléctrica o cualquier fuente de energía distinta de la generada directamente por el cuerpo humano o por la gravedad (Bel Prieto E, Suñé Arbussá JM^a. Legislación aplicable a los productos sanitarios no activos: Circular informativa n° 21/97, de 28 de julio de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios. *Cienc Pharm*. 1998; 8 (1): 38-45).

²⁷¹ -La Circular 22/97 de la DGF y PS de 28 julio recoge el procedimiento a seguir para la obtención de licencia previa de entidades e instalaciones de productos sanitarios y sus accesorios (Suñé Arbussá JM^a, Bel Prieto E. Regulación de los productos sanitarios (II). *Cienc Pharm*. 1997; 7 (6): 295-309).

lizarse bajo la supervisión de un técnico responsable titulado, cuya titulación acredite una cualificación adecuada para estas funciones²⁷². Y el RD 1662/2000 (BOE, 30 de septiembre) va a reglamentar los productos sanitarios para diagnóstico in vitro, siendo sus objetivos fundamentales la eliminación de obstáculos al comercio intracomunitario.

Como se ha dicho con anterioridad, en 1995 y en base a la Ley General de Sanidad, se dicta el RD 63/1995 (BOE, 10 febrero) ordenando y sistematizando las atenciones y prestaciones sanitarias directas y personales del Sistema Nacional de Salud. A finales de 1995 el ambiente farmacéutico se hallaba preocupado ante las medidas tomadas o anunciadas por el gobierno para rebajar o frenar el consumo farmacéutico. Una de las medidas fue la reducción del gasto en determinados productos sanitarios, en especial absorbentes para la retención urinaria. Este fue el germen que provocaría la aparición del RD 9/1996 (BOE, 7 febrero), en la que se regula la selección de efectos y accesorios, su financiación por la Seguridad Social y su régimen de suministro extrahospitalario²⁷³ permitiéndose la entrega de efectos y accesorios en los centros sanitarios directamente a los usuarios, acabándose con la exclusividad de su dispensación en las oficinas de farmacia²⁷⁴. A finales de 1996 se actualiza la composición de la Comisión Técnica Asesora sobre prestación ortoprotésica²⁷⁵ (O. 12 diciembre 1996. BOE del 20). El RD 9/1996 (BOE, 7 febrero) modificado por el RD 2727/1998 (BOE 12 enero 1999)²⁷⁶ regula la prestación de los efectos y accesorios, su financiación con fondos de la Seguridad Social o fondos esta-

tales afectos a la sanidad y su régimen de suministro y dispensación a pacientes no hospitalizados, que tengan derecho a ello, permitiéndose su dispensación en centros y residencias de tercera edad; medida que según comentó la Ministra de Sanidad en la presentación del mencionado Real Decreto tenía como objetivo ser un instrumento con el que se pretendía que los farmacéuticos bajasen el margen comercial y así conseguir un precio equivalente del que se podía obtener por vía de concurso²⁷⁷.

Las prestaciones ortoprotésicas se concretan según el RD 63/1995 (BOE, 10 febrero), desarrollada por O. de 18 de enero de 1996 (BOE, 7 febrero) y modificada parcialmente por O. de 30 de marzo de 2000 (BOE, 11 abril), actualizándose en este última las ayudas para la audición.

2.8.-Prestaciones complementarias.

El RD 63/1995 de 20 de enero (BOE, 10 febrero) incluye entre las prestaciones complementarias del Sistema Nacional de Salud los tratamientos dietoterápicos complejos para quienes padezcan determinados trastornos metabólicos congénitos de hidratos de carbono o aminoácidos. Por medio de la O. de 30 de abril de 1997 (BOE, 14 mayo) se concreta los trastornos metabólicos que se incluyen en las prestaciones sanitarias del Insalud. Esta OM viene a establecer entre otras cosas, el listado de trastornos metabólicos congénitos susceptibles de ser tratados con productos dietéticos destinados al efecto y financiados por el Sistema Nacional de Salud²⁷⁸. La problemática de una aplicación estricta de la OM es que se ha observado que un 99 % de las personas tratadas no se encuadran en las patologías indicadas en la citada Orden, aunque en muchos casos se les administren productos de elección y correcta indicación.

2.9.-El Insalud y las oficinas de farmacia.

2.9.1.-Dispensación de medicamentos en las oficinas de farmacia.

El art. 3.3. del Título 1 LM dispone que "la prescripción y dispensación de medicamentos deberá realizarse de acuerdo con los criterios básicos del uso racional que se establecen en esta

²⁷² Este tema ha sido estudiado por: Suñé Arbussà JM. Efectos y accesorios y prestación ortoprotésica en el Sistema Nacional de Salud. *Cienc. Pharm.* 1997; 7 (4): 181-8.

²⁷³ -Suñé Arbussà JM^a. Efectos y accesorios y prestación ortoprotésica en el Sistema Nacional de Salud. *Cienc Pharm.* 1997; 7 (4): 181-8.

²⁷⁴ Suñé Arbussà JM^a. Legitimidad de la pérdida de la exclusividad de dispensación de los efectos y accesorios por parte de las oficinas de farmacia. *Offarm.* 2000; (marzo): 54-5.

²⁷⁵ -Hasta el 14 agosto 1999 sería competente la Dirección General de Farmacia para conceder licencias de funcionamiento para la fabricación de productos de ortopedia, pero una vez en vigor la norma sería competente las Comunidades Autónomas en su concesión.

²⁷⁶ Recuérdese que entre los efectos y accesorios se encuentran los utensilios para la recogida de excretas y secreciones, los de ostomía y los de incontinencia, que permiten al usuario integrarse dignamente en su medio laboral, social o familiar (Segarra Giner J. La ortopedia en la farmacia. *Calidad de vida. Farmacia Profesional.* 1993; (febrero): 60-2).

²⁷⁷ "En respuesta al Decreto sobre efectos y accesorios". *Farmacéuticos.* 1996; (febrero): 7.

²⁷⁸ Morales S et al. Consumo de productos dietoterápicos. *Propuesta de regulación. Farmacia Profesional.* 1998; (abril): 11-6.

Ley". Estos criterios fueron regulados en los arts. 3.1 y 3.4 de la misma Ley²⁷⁹.

No cabe duda de que el farmacéutico está obligado a dispensar las recetas correctamente prescritas siempre en las oficinas de farmacia legalmente establecidas como indica el art. 107 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto refundido de 1974 (RCL 1974/1482 y NDL 27361) y ahora el art. 3.4 de la Ley del Medicamento en el que se prohíbe la venta a domicilio²⁸⁰ y cualquier tipo de venta indirecta al público de medicamentos²⁸¹ y en el art. 108 b) de la misma Ley se tipifica como infracción grave dispensar medicamentos en establecimientos distintos de los autorizados²⁸². El TS confirmó la sentencia dicta por la Audiencia Territorial de Pamplona de 19 de noviembre de 1987, que desestimaba recurso interpuesto por un farmacéutico contra sanción impuesta por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos por recepción de recetas médicas fuera de las oficinas de farmacia y servicio a domicilio de los medicamentos²⁸³.

Aspectos como la capacidad de sustitución del farmacéutico, la necesidad de informar a los pacientes-clientes y las repercusiones que estas medidas conllevan son temas que se plantean actualmente los farmacéuticos de oficinas de farmacia ya que en ocasiones deberán comunicar

al pensionista que tiene que pagar²⁸⁴. Sería quizás aconsejable como medida complementaria para racionalizar el gasto la introducción de las dosis unitarias en las oficinas de farmacia, y el adecuar los tamaños de los envases, para así asegurar que el paciente reciba la dosis apropiada a sus necesidades de tratamiento y no le sobre medicación²⁸⁵, ya que acaban en el cubo de la basura o almacenados en los botiquines caseros, o se traduce en un mal cumplimiento del tratamiento²⁸⁶.

2.9.1.1.-Sustitución de medicamentos en las oficinas de farmacia.

La sustitución de medicamentos prescritos en receta médica está reglamentado por el art. 123 del RD 1910/1984 de 26 septiembre (BOE 29 de octubre) y desarrollado entre otras por OM de 28 de mayo de 1986 (BOE, de 6 junio, rectificado BOE, 15 julio); el art. 90 LM recoge en lo esencial, lo dispuesto en estas normas. El ap. 1 de este art. ha sido modificado por el art. 169 de Ley 13/1996 (BOE, 31 diciembre). Los medicamentos que se puede sustituir tienen unas limitaciones de sustitución añadidas, derivadas de su especial sistema de financiación (cf. el art. 94 LM con las modificaciones introducidas, entre ellas en la Ley 13/1996 (BOE, 31 diciembre) y Ley 66/1997 (BOE, 31 diciembre).

Con independencia de la sustitución que el farmacéutico debe de hacer obligatoriamente cuando el medicamento se encuentre por encima del precio de referencia establecido (art. 94 LM, tercer párrafo ap. 6), además existe otro dos tipos de sustituciones que puede hacer: la sustitución por causa legítima (art. 90 LM) que es la sustitución que existe casi desde siempre y se refiere al agotamiento de existencias de la especialidad prescrita por el médico por cau-

²⁷⁹ Bel Prieto E., Suñé Arbussá JMª. *La Ley del medicamento y las competencias autonómicas*. *Offarm*. 1991; (octubre (II)): 73-8.

²⁸⁰ Sorprendentemente la Ley de Ordenación de Galicia permite la venta de fármacos a enfermos crónicos por correo o servicio de mensajería (Vallejo I. *La Ley de Ordenación Farmacéutica de Galicia*. *Offarm*. 1998; (diciembre: 28-9).

²⁸¹ -Sin embargo, la actividad desarrollada por algunos farmacéuticos llevando a las localidades pequeñas y alrededor de su oficina de farmacia responde a una práctica que se lleva a cabo en pequeñas localidades para facilitar el servicio a aquellos que no residen en localidades con oficinas de farmacia y para dispensar el mayor número de recetas que se prescriban en su zona, pero no constituye una obligación del farmacéutico como tal ni, por ello, puede ser sancionado cuando se niega a efectuarlo respecto a algunas personas (TSJ CL Valladolid, S. 30 marzo 1999, RJCA 1999/1226).

²⁸² Bel Prieto E. *Recepción de recetas fuera de la oficina de farmacia: servicio domiciliario*. *Offarm*. 1991; (mayo (I)): 37-9. Una situación similar fue analizada en la STSJ Baleares S. 12-2-1999, RJCA 1999, 852.

²⁸³ Bermejo A. *Genéricos, precios de referencia y sustituciones*. *El Farmacéutico*. 1999; (223): 44-53.

²⁸⁴ Sastre Gervás I., Figueiras Guzmán A. *Estrategias de contención del gasto farmacéutico (y III)*. Nivel de actuación: Industria farmacéutica y canales de distribución y dispensación. *Pharm Care Esp*. 1999; 1 (5): 313-21.

²⁸⁵ "Partidos políticos y farmacia española. Un debate abierto". *Farmacéuticos*. 1998; (213): 14-8.

²⁸⁶ Cortés Montejano EM. *Denominaciones oficiales de fármacos. Dificultades de la adaptación de la denominación común internacional (DCI) al castellano*. *Cienc Pharm*. 1997; 7 (5): 235-42

sas ajenas a la farmacia como por ejemplo una guardia, etc. En estos casos el farmacéutico puede sustituir por una especialidad de las mismas características con advertencia al interesado. En 1996 se produjo una modificación en el sentido de que si el médico prescribe una EFG solo será sustituible por otra EFG. En relación con esto, el art. 89 LM establece que en los casos que el prescriptor indique en la receta simplemente una DOE, el farmacéutico dispensará, si la hubiere una especialidad farmacéutica de las autorizadas bajo tal denominación y si no la hubiere una bajo denominación convencional a su criterio profesional. Como se sabe la DOE son las DCI en su versión española cuya adaptación ha generado problemas, de manera que se han producido errores, comprensibles y difíciles de detectar por el volumen de la información que se maneja²⁸⁷. El segundo tipo de sustitución que puede hacer es la sustitución libre del farmacéutico (art. 89 LM), ésta en el caso de que el médico exprese únicamente la DCI o la DOE el farmacéutico puede dispensar una especialidad de la misma denominación (no se indica ya si es o no bioequivalente), en el caso de que exista y si no existe, puede dispensar una bajo denominación de una marca a su criterio profesional²⁸⁸.

Existen medicamentos que nunca podrán ser sustituidos sin la autorización expresa del médico prescriptor, concretamente aquellas especialidades farmacéuticas que por razón de sus características de biodisponibilidad y estrecho margen terapéutico, determine el Ministerio de Sanidad y Consumo.

2.9.1.2.-Margen comercial.

En virtud de la LM, y considerando la coyuntura económica de la nación española, y como medio de ahorrar parte de la factura de medicamentos²⁸⁹, la Administración ha

estimado conveniente disminuir el margen comercial de las oficinas de farmacia poniendo como argumento una utilización más racional de los medios financieros destinados al Sistema Nacional de Salud, así como a las restricciones presupuestarias, y valorando un supuesto incremento de los ingresos en las farmacias, más elevado que el nivel medio de crecimiento. De esta manera, el RD 165/1997 (BOE, 8 febrero) establece los márgenes correspondientes a la dispensación al público de especialidades farmacéuticas de uso humano, que se fija en una cuantía de 27,9 % sobre el precio de venta al público sin impuestos, y del 10 % del precio de venta al público sin impuestos para las especialidades farmacéuticas acondicionadas en envase clínico rebajándose el margen profesional de las oficinas de farmacia en dos puntos²⁹⁰. En el RD-Ley 5/2000 (BOE, 24 junio; c.e. BOE 7 julio) de medidas urgentes de contención del gasto farmacéutico público de racionalización del uso de medicamentos se establece para las presentaciones farmacéuticas de precio de venta al público de laboratorio superior a 13.035 pesetas el margen de 5.580 pesetas por envase, fijándose el margen profesional de las oficinas de farmacia por dispensación y venta al público de especialidades farmacéuticas genéricas en el 33 % sobre el precio de venta al público sin impuestos; mientras que en el caso de dispensación de especialidades farmacéuticas publicitarias, las oficinas de farmacia disponen de la facultad de aplicar descuentos de hasta el 10 % en el precio de venta al público impuestos incluidos, fijado en el envase, que será considerado precio máximo de venta al público, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento. Se introducen los márgenes escalonados para los fármacos de prescripción, los descuentos sobre el volumen de ventas de las farmacias a la Seguridad Social y la posibilidad de establecer descuentos en los precios de las especialidades

²⁸⁷ Granda Vega E. Precios de referencia. Reacción de reducción. *Farmacia Profesional*. 1999; (enero): 9-16.

²⁸⁸ Granda Vega E. Margen profesional. Beneficio o maleficio. *Farmacia Profesional* 1993; (enero): 5-10.

²⁸⁹ -Martín Barea M^a P. La legislación farmacéutica en 1997. *Offarm*. 1998; (suplemento 1 marzo): 34-46

²⁹⁰ Martínez Y. Márgenes escalonados, descuentos a la Seguridad Social y en las especialidades farmacéuticas publicitarias. *El Farmacéutico*. 2000; (246): 28-31

farmacéuticas publicitarias. Se concreta en fijar un margen del 33 % sobre el PVP de los medicamentos genéricos, mientras que para el resto de los medicamentos se mantienen el 27,9 % hasta un precio límite: cuando el importe del fármaco supere las 13.085 pesetas el margen máximo se fijará en 5.580 pesetas. Igualmente se establecen descuentos sobre el volumen de venta de las farmacias a la Seguridad Social a partir de facturaciones mayores a los 4,6 millones de pesetas mensuales. El descuento máximo será del 13 % a partir de 42 millones de pesetas de facturación mensual. Según el Gobierno estas medidas adoptadas mejorarán los gastos farmacéuticos y fomenta el uso racional de los medicamentos²⁹¹. Esta medida ha sido el resultado de una gestión larga, puesto que el PP en 1998 anunció la retirada de la proposición de ley²⁹². Esta pretendió regular que el margen profesional de las oficinas de farmacia se fijara en cantidades determinadas por acto de dispensación y un % escalonados en función del precio del medicamento, que se establecerían conforme a lo previsto en el párrafo 2º del apartado 1 del art. 100 LM.

CONCLUSIONES.

- 1.-Los catálogos de prestaciones sanitarias persiguen objetivos de seguridad contractual o sencillamente de información, e incluso pueden ser utilizados para aumentar la equidad del sistema sanitario garantizando el acceso de toda la población a un conjunto de servicios o promoviendo la cobertura efectiva de colectivos sociales necesitados de prestaciones y desfavorecidos económicamente.
- 2.-La utilización racional del medicamento es importante. Es razonable que los medicamentos sean prescritos con criterios científicamente establecidos, usados en las condiciones y pautas indicadas, el cumplimiento del tratamiento facilitado y vigilado, y los problemas relacionados con el uso de los mismos prevenidos o mitigados. Adicionalmente todo el proceso debe ser realizado de forma eficiente. Se debe de utilizar eficazmente todos

los recursos que sean dirigidos a mejorar la calidad de vida de los pacientes y usuarios a un coste soportable por el Sistema Nacional de Salud y por la sociedad. El farmacéutico debe contribuir a que se haga un uso racional, seguro y coste-efectivo de lo mismo, especialmente en el caso de aquellos farmacéuticos que de algún modo participan en la recomendación, dispensación, información, selección y prescripción de medicamentos.

- 3.-Diferentes medidas ha tomado la Administración con la finalidad de intentar controlar el excesivo gasto farmacéutico existente en España. Entre ellas: a) los precios de referencia, en los que los farmacéuticos deberán de colaborar en la contención del gasto farmacéutico de forma sostenida; b) el copago que tiende a combinar los precios de referencia con el pago (para determinados beneficiarios del Insalud) de un porcentaje del precio de venta del medicamento, fomentándose la dispensación de los medicamentos genéricos, lo cual es sin duda una medida interesante; c) la financiación selectiva, con las famosas listas negativas (que son una forma encubierta de copago); d) La introducción de los márgenes escalonados, los descuentos sobre el volumen de ventas de las farmacias a la Seguridad Social y la posibilidad de establecer descuentos en los precios de las especialidades farmacéuticas publicitarias, que fomentará al decir del Gobierno el uso racional de los medicamentos; e) la normalización de las recetas médicas ordinarias, para TLD y de estupefacientes tenderá a favorecer un mayor control y racionalización de la prestación farmacéutica del Insalud.
- 4.-Las medidas adoptadas por el Gobierno: fomento de EFG, el medicamentazo, el establecimiento de un sistema de precios de referencia, la reducción de márgenes a la farmacia, desde el punto de vista económico y de momento, no se ha mostrado eficaces en la contención del gasto farmacéutico, y solo ha servido para enrarecer el ambiente farmacéutico, además de haber dotado de cierta complejidad administrativa la prestación farmacéutica.
- 5.-Si bien es verdad que la Ley del Medicamento en los aspectos relativos al uso racional del medicamento se ha desarrollado bastante, aún se observa que:
 - 5.1. Falta por desarrollar: a) la publicación del Formulario nacional; parcialmente b) la legislación sobre fórmulas magistrales.

5.2. Se observa que parte de la legislación promulgada puede generar problemas especialmente: a) la aplicación estricta de la O. de 30 de abril de 1997 referente a los trastornos metabólicos

²⁹¹ .-"El Gobierno da marcha atrás a su propuesta de escalar los márgenes". *El Farmacéutico*. 1998; (201): 28-30.

²⁹² *Ibidem*

que se incluyen dentro de las prestaciones sanitarias, ya que se ha observado que en un 99 % de las personas tratadas no se encuadran en las patologías indicadas en la Orden, b) los precios de referencia va a complicar la gestión de las oficinas de farmacia, incrementando el trabajo del farmacéutico, sin ser como contrapartida incentivado por este esfuerzo; c) la sustituciones de medicamentos que se han reglamentado están desencadenando controversias, especialmente entre los médicos y los farmacéuticos; d) los márgenes escalonados para los fármacos de prescripción, los descuentos sobre el volumen de venta de las farmacias a la Seguridad Social ha sido muy mal acogido por los farmacéuticos de oficina de farmacia que han visto

mermados sus emolumentos; e) los medicamentos genéricos tampoco han sido bien acogidos, además de que indudablemente ofrecen dificultades técnicas importantes y podría introducir elementos discriminatorios en el sistema (de aquí que algunos medicamentos excluidos de la financiación pública han sido asumidos por los gobiernos de algunas CCAA); f) es de difícil comprensión que si se ponen en vigor las famosas listas negativas excluyéndose de la financiación por el Sistema Nacional de Salud de fármacos de UTB, los gobiernos de algunas Comunidades Autónomas (v.gr. Andalucía y Navarra) los continúen sufragando con los fondos de las respectivas Comunidades.

LEY HOLANDESA DE ‘TERMINACIÓN DE LA VIDA A PETICIÓN PROPIA’ NUESTRA CONSIDERACIÓN ACERCA DE LA EUTANASIA

Armando S. Andruet (h)

*Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
y Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica de Córdoba (Argentina)*

Sumario:

- I- *Consideración previa*
- II- *Los antecedentes legislativos y los conceptos sociales*
- III- *Aproximación en conjunto a la Ley Holandesa 26691*
- IV- *Breve exégesis de las “definiciones” (art. 1)*
 - A. El médico y la ciencia médica
 - B. La acción terapéutica de dar muerte al paciente
- V. *Comentarios a los “requisitos de cuidado y esmero profesional” (art. 2)*
 - A. Petición voluntaria y meditada
 - B. Dolor insoportable sin mejora ulterior
 - C. Información al paciente de la situación
 - D. Inexistencia de otra solución razonable
 - E. Consulta y visita por un médico extraño
 - F. Matar con el máximo cuidado y esmero profesional
- VI. *Anexo: Ley Holandesa 26691*

I.- CONSIDERACION PREVIA

En primer lugar puede parecer de extraña razonabilidad, que nos tengamos que ocupar de una ley de los Países Bajos –República de Holanda-, por lo tanto extranjera y que formalmente se nomina: “Ley de Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio”²⁹³, cuando en rigor de verdad en nuestra legislación nacional no es menor el volumen legislativo existente, como así tampoco los

²⁹³ Cfr. art. 24.

temas que en ellas se tratan con particular interés en los que hacen a la relación nuclear del mismo derecho no ya con el hombre, sino con la vida misma del hombre²⁹⁴ que como tal, se inscribe en la misma sustancialidad del derecho como conducta recta que es²⁹⁵.

La explicación, aunque huelga el tener que señalarlo es la triste originalidad que ella como tal propone y que le otorga una singular valencia dentro del mundo de las normas jurídicas, y que aún teniendo una obvia competencia territorial intrascendente para nuestra República, no podemos dejar de advertir, que ha impuesto de una reflexión en prácticamente todas las comunidades jurídicas internacionales, sean ellas para aprobarla o reprobarla. Mas parece que en verdad, lo que no se puede asumir es un estado de pasividad intelectual.

No dudamos y sin que ello importe arrogarnos aptitudes que puedan ser consideradas propias de clarividentes o alguna cuestión semejante que algunas otras comunidades encontraran valiosas algunas -o todas- las conclusiones de

²⁹⁴ Sólo por citar un antecedente, por este tiempo se ha sancionado en el ámbito de la Cámara de Diputados de la Nación, la ley de Salud Reproductiva que tal como se puede advertir de la misma discusión parlamentaria, han sido severamente cuestionados en ella elementos vitales de la misma cosmovisión que los hombres tienen no sólo de sus mismos derechos subjetivos y reproductivos, sino de su miramiento a lo propiamente trascendente que en cada uno de los mismos existe.

²⁹⁵ Lo cual hace en rigor de verdad pensar, que no se puede continuar ignorando a veces en la legislación, cual perspectiva antropológica subyace lo cual a la vez, traslada el problema a una definición anterior, como es la propiamente ideológica filosófica.

la nombrada ley²⁹⁶ y por lo cual también, las consideraciones que hagamos a la ley holandesa resultarán extensibles a las que, en términos generales se puedan dictar sobre la matriz de la anteriormente citada²⁹⁷.

II.- LOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y LOS CONTEXTOS SOCIALES

Resulta de una inocultable evidencia que los hechos sociales son en la mayoría de las oportunidades, aquellos que potencian los cambios legislativos; son sin mas los nombrados acontecimientos históricos la causa eficiente de la misma sanción normativa ulterior. El legislador no regula en abstracto, sino que con buena lógica, lo hace sobre los hechos sociales que como tal, resultan ser relevantes socialmente.

²⁹⁶ De hecho que hemos tomado reciente conocimiento que en Bélgica se ha presentado una ley para despenalizar la eutanasia, cuyo texto borrador al menos todavía transita tres ejes principales: la despenalización parcial de la eutanasia propiamente, la creación de una Comisión Federal de Evaluación y seguimiento de la ley, una sección importante que asegure la existencia de los cuidados paliativos.

²⁹⁷ Se puede señalar al sólo modo informativo; que con antelación a la ley holandesa en el año 1996 el estado australiano de Territorio del Norte sancionó una ley de suicidio asistido; que en rigor de verdad fuera la primera en el mundo. De cualquier manera corresponde señalar, que durante el año siguiente el Parlamento Federal la revocó a ella; en gran medida ello es debido a que la misma Asociación Médica Australiana, la Iglesia Católica y grupos étnicos en particular, se promovió un pleito ante el mismo Tribunal Supremo de Darwin en el nombrado Territorio del Norte. Se puede leer su texto completo y además un excelente comentario crítico a ella, efectuada por Luis F. Niño en *Cuadernos de bioética*, N° 1 (1997) pág. 219-238).

Además, en los EE.UU., el estado de Oregon desde el mismo año 96 se permite el suicidio asistido por médicos para los pacientes terminales. Finalmente no se puede ocultar, que existen otros países –Suiza, Colombia, Bélgica- que como tal toleran la práctica eutanásica aunque no la hayan legalizado propiamente.

Una perspectiva relativamente completa del estado de la legislación vinculada con la temática de la eutanasia, puede ser consultada en Díez Ripolles, J. y Muñoz Sánchez, J.; *El tratamiento jurídico de la eutanasia, una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996. A su vez una síntesis de ella, puede ser leída en Hidalgo, S.; *La frontera de la vida: muerte digna y eutanasia ¿nuevas alternativas del siglo XXI?* en Revista La Ley Actualidad N° 70 (1999), Bs.As., Diario del 13.VI.99.

El dilatado periplo de la fijación del derecho²⁹⁸, se inicia con los supuestos fácticos aislados, luego la generalización de ellos que como consecuencia trae, modo erráticos en la jurisprudencia de responder a los mismos para que luego de la ulterior pacificación de la jurisprudencia, se logre algún tipo de cristalización general de la respuesta en la ley misma. La pregunta sería, ¿Porqué escaparía a tal periplo la ley que ahora nos ocupa?. No hay razón. Los contextos sociales y económicos de Holanda en alguna manera, resultaban ya proclives a dicha solución legislativa y en verdad también hay que decirlo, desde algunos años atrás, existía respecto al tema nodal de la ley y que luego avanzaremos, una cierta posición tomada en cuanto a su asimilación²⁹⁹ por parte de la comunidad médica y también judicial³⁰⁰. De manera que la norma, ha venido una vez más, a consolidar conductas, comportamientos y realizaciones sociales existentes con anterioridad³⁰⁰.

Nos permitimos señalar dicho aspecto, porque la votación que en el Senado consolidó el nombrado texto legisla-

²⁹⁸ No puede dejarse de recordar la extraordinaria obra de Guzmán Brito, A.; *La fijación del derecho*, Santiago, Universidad Católica de Valparaíso, 1977.

²⁹⁹ Desde el punto de vista jurisprudencial, se puede reconocer una evolución de ella en el tema tanto de la eutanasia como del suicidio asistido, particularmente desde los antecedentes de la misma Corte de Rotterdam del 1.XII.81. Una síntesis de dicha línea de pensamiento jurídico forense, puede ser leída en Gevers, J.; *El suicidio médicamente asistido y la justicia holandesa* en Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada, Bs.As., Sudamericana, 1998, pág. 297 y ss, Coordinaras Luna, F. y Salles, A.

³⁰⁰ No se puede ocultar que ha tenido una vigencia sumamente gravitante para el resultado normativo en cuestión, la conocida Asociación Holandesa que promueve la eutanasia voluntaria (Nederlandse vereniging voor Vrijwillige Euthanasie - Nvve) que como tal, ha sido altamente operativa a sus efectos finales, logrando instalar una para nada despreciable estrategia asentada en que la preocupación es afirmar y bregar la misma 'calidad de vida' y por lo cual, la solución final individual es en el caso, una realización claramente humanitaria.

Además de ello la mencionada Asociación no duda en tratar de marcar ciertos rasgos sociológicos diferenciadores en la sociedad de los Países Bajos y que como tal, habrían gravitado en modo activo para el resultado legislativo, entre ellos apunta: La alto cobertura médica que existe en la sociedad holandesa, que supera el 95% de la población, afectada a una medicina privada; La medicina y cuidados paliativos altamente desarrollados y una Excelente relación medico-paciente (vide www.euthanasia.org).

En realidad la existencia de dichas Asociaciones es muy fuerte a nivel internacional, al grado tal, que se encuentran hoy federadas. Se pueden agregar a la nombrada, como principales las siguientes: en EE.UU. The Hemlock Society y también The Society for the Right to Die, en Francia la Asociación por el Derecho a Morir con Dignidad y en Gran Bretaña The Voluntary Euthanasia Society.

tivo -con 46³⁰¹ votos a favor y 28 en contra, sobre un total de 75 bancas³⁰¹ - y que había sido aprobada en el mes de noviembre del año 2000 en Diputados -104 votos contra 40-; pues recoge en términos generales los no menores lineamientos que en dicha temática habían sido sugeridos ya en el año 1990 por el mismo Fiscal General de Holanda, quien publicó una suerte de instructivo que debía ser utilizado por aquellos fiscales que tuvieran que investigar en supuestos casos de eutanasia y de auxilio al suicidio. A tal punto tales directivas resultaron pertinentes, que fue en febrero del año 1993 en donde la mayoría de la Cámara Baja, otorgó rango normativo a dicha otrora directiva.

No debe sorprender entonces, que aproximadamente desde noviembre del año 1990, los médicos informaran a los fiscales casos de eutanasia y auxilio al suicidio, lo cual permitió contabilizar para el nombrado año 90, 590 casos y luego para el período 1992, la cantidad de 1300³⁰², ha informado la prensa local, que durante el año 2000 fueron detectados oficialmente 2123 casos de eutanasia; para concluir se puede estimar que actualmente se estima que la eutanasia causa ya el 2,6% de los fallecimientos anuales y que como tal, carecen de respaldo formal que la ley seguramente vendrá a otorgar³⁰³. Fue el mismo Ministro de Justicia, Benk Korthals, quien señaló a manera de argumento convencional que la ley aprobada, venía a dar vigencia formal a los lineamientos aprobados en el año 1993 por el cual los médicos, han venido asistiendo a los suicidas con aprobación tácita; afirmando categóricamente que: “Es algo

bueno que en algún momento la práctica corriente se convierta en ley”³⁰⁴.

De cualquier manera para ser honestos, habría que señalar que todavía la problemática en Holanda es anterior a la década del 90; pues ya en el año 1982 a instancias del Ministerio de Sanidad y de Justicia, se puso en marcha una Comisión Estatal sobre Eutanasia, para que ordenara la futura política a ser atendida por el Estado en dicha temática; y cuya labor fuera elevada en el año 1985 a los organismos ministeriales requerientes. En los nombrados antecedentes que son indicados por dicha Comisión Estatal, se advierte que se remontan los mismos con suficiente base documental institucional hasta comienzos de los años 70³⁰⁵.

III.- APROXIMACION EN CONJUNTO A LA LEY HOLANDESA 26691

En primer lugar se debe señalar, acorde a lo que ha sido apuntado más arriba, que la ley en estudio avanza en manera importante sobre un supuesto fáctico antes existente en la misma Holanda; pues, con antelación a tal fecha, existía en realidad una suerte de despenalización de la eutanasia, ahora se logra su legalización mediante la inclusión de una eximente penal en el Código respectivo³⁰⁶, para aquél médico, que cumpliendo con ciertas exigencias objetivas, subjetivas y también administrativas, da por terminada la vida de un paciente a su petición o también, cuando hubiera prestado auxilio al suicidio del nombrado moribundo.

Hay que señalar y en modo alguno debe ello ser considerado peyorativo, que con independencia de lo que resulta ser la naturaleza material de la nombrada ley, como es ayudar a que otro se quite la propia vida o dar muerte sim-

³⁰¹ Las cifras señaladas pueden ser desagregadas de la siguiente manera: “Tres de los grupos parlamentarios -los liberales del VVD, los demócratas D66 y los verdes Groenlinks- votaron unánimemente a favor de la propuesta y únicamente un parlamentario de los laboristas se mostró contrario a la ley. Las demás fracciones parlamentarias -en total son nueve en Holanda- votaron en contra” (vide página www.reforma.com/internacional del día 28.XI.00).

³⁰² Respecto a las cifras y procedimiento indicado en el instructivo señalado, cfr. Casado González, M.; *La eutanasia - Aspectos éticos y jurídicos*, Madrid, Reus, 1994, pág. 104. En otro lugar se han indicado los siguientes guarismos, así: “En Holanda fueron ‘eutanasiados’ por los médicos, tras una petición expresa, 2.300 pacientes en 1991, según el informe oficial de Rammelink. En otros 400 casos los médicos colaboraron al suicidio y en cerca de 1.100 casos de los llamados ‘incapaces de voluntad propia’ pusieron fin a esas vidas. Las cifras clandestinas debieron de ser bastante más altas” (Küng, H. y Jens, W.; *Morir con dignidad- Un alegato a favor de la responsabilidad*, Madrid, Trotta, 1997, pág. 43).

³⁰³ Cfr. Editorial del Diario *The Wall Street Journal*, del día 30.IX.99.

³⁰⁴ Vide página www.CNNenEspañol.com/Mundo del día 10.IV.01.

³⁰⁵ Cfr. el Informe final de la Comisión Estatal de los Países Bajos sobre la Eutanasia (Government printing office - The Hague) 1985; en Casado González, M.; *La eutanasia - Aspectos éticos y jurídicos*, Madrid, Reus, 1994, pág. 105.

³⁰⁶ Art. 293 según texto modificado por la presente ley, dice: “1. El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta. 2. El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2 de la ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme al artículo 7, párrafo segundo de la ley reguladora de los funerales”.

plemente a otro; y que en modo alguno compartimos y adelantamos en ese sentido nuestro desarrollo ulterior, pues lo cierto es que la ley goza, de una claridad, sintaxis, metodología y elaboración comprensiva que resulta ser altamente encomiable. De tal punto de vista, consideramos que resulta ser una pieza técnicamente recomendable, reiteramos para evitar equívocos, cuando de analizar la metodología legislativa se trata³⁰⁷.

La estructura de funcionamiento de la ley es la siguiente. Por una parte se establecen ciertas exigencias o condiciones subjetivas y objetivas que el médico debe advertir en el paciente para llevar adelante la intervención letal sin perjuicio de algunas diferencias según cual sea la edad del paciente (art 2). Por otro lado, un procedimiento de notificación y comprobación por parte de Comisiones Regionales Estatales que juzgarán, el adecuado cumplimiento de los nombrados requisitos objetivos y subjetivos por parte del médico a la época en que realizara la intervención sanitaria tanática (arts. 3 y 8).

Además de ello, se prescribe un cuidadoso mecanismo de funcionamiento administrativo de tales Comisiones (arts.4, 5, 6, 7, 12, 13, 15 al 19), las que volverán su dictamen al médico una vez evaluada su misma conducta (arts. 9) y con comunicación también a la misma Fiscalía General del Estado (art. 10); en todos los casos se prevén criterios de resguardo de datos y registro de la totalidad de la información utilizada (11 y 14).

Por último la ley, propone las correspondientes modificaciones normativas en el Código Penal y por las cuales se considera no-punible la maniobra médica indicada, cuando ella haya sido cumplida con las pautas objetivas, subjetivas y administrativas antes brindada (art.20). También, se modifican algunos artículos de la Ley Reguladora de los Funerales, principalmente en cuanto a la manera en que son expedidos los certificados de defunción, cuando el fallecimiento tiene como causa origen una aplicación de técnicas destinadas a la terminación de la vida a petición propia o al auxilio al suicidio (arts. 21 y 22).

Como se advierte, el núcleo del problema se ordena en los dos primeros artículos de la ley; toda vez que una gran parte de los que siguen, y antes de la tercera sección, son formulaciones meramente administrativas que deben ser

atendidas. La última, como se adelantó, es sólo la correspondiente adecuación normativa al nuevo ideario legislativo a los fines de evitar cualquier tipo de contradicción, vaguedad o laguna.

Siendo nuestro análisis ahora sólo acotado a una particular preocupación de la mencionada ley, y que como tal se instala en la misma degradación en el tratamiento de la vida de la persona humana y por lo tanto, claramente violatoria dicha realización médica de los ‘deberes de los médicos hacia los enfermos’ de los que se encuentran impuestos dichos profesionales acorde resulta del Código Internacional de Ética Médica³⁰⁸, es que sólo miraremos los dos primeros capítulos ‘Definiciones’ y ‘Requisitos de cuidado y esmero profesional’, que contienen los dos primeros artículos a su vez, y dejando para otra oportunidad, una consideración que resulte abarcativa en su totalidad del nombrado texto legislativo.

IV.- BREVE EXEGESIS DE LAS ‘DEFINICIONES’ (art. 1)

Capítulo 1 - Definiciones

Artículo 1

En esta ley, se entenderá por:

- a) Nuestros ministros: el ministro de Justicia y el ministro de Sanidad, Bienestar y Deporte;
- b) Auxilio al suicidio: ayudar deliberadamente a una persona a suicidarse o facilitarle los medios necesarios a tal fin, tal y como se recoge en el artículo 294, párrafo segundo, segunda frase, del Código Penal;
- c) El médico: el médico que, según la notificación, ha llevado a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o ha prestado auxilio al suicidio;

³⁰⁷ No se nos escapa por lo dicho, que Jan Renkema –doctor en filología por la Universidad Libre de Amsterdam-, de algún tiempo a esta parte, es el primer asesor lingüístico del Parlamento holandés y editor –además- de las normas de ortografía holandesa. La obra más importante que hemos conocido del nombrado autor es *Introducción a los estudios sobre el discurso*, Barcelona, Gedisa, 1999.

³⁰⁸ Se apunta allí: “El médico debe recordar siempre la obligación de preservar la vida humana” (*Código internacional de ética médica*, Adoptado por la 3ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (Londres, 1949) y enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial (Sydney, 1968) y la 35ª Asamblea Médica Mundial (Venecia, 1983). Además de ello, y para no volver sobre el ya conocido Juramento Hipocrático, pues recordamos el que se ha adoptado internacionalmente por dicha comunidad científica y que es conocido como la Declaración de Ginebra (Adoptado por la 2ª Asamblea General de la AMM (Ginebra, 1948), enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial (Sydney, 1968), la 35ª Asamblea Médica Mundial (Venecia, 1983) y la 46ª Asamblea General de la AMM (Estocolmo, 1994), la cual reza –en lo pertinente-: “Velar con el máximo respeto por la vida humana desde su comienzo, incluso bajo amenaza; y no emplear mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas”).

d) El asesor: el médico al que se ha consultado sobre la intención de un médico de llevar a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o de prestar auxilio al suicidio;

e) Los asistentes sociales: los asistentes sociales a que se refiere el artículo 446, párrafo primero, del libro 7 del Código Civil;

f) La comisión: comisión de comprobación a que se refiere el artículo 3;

g) Inspector regional: inspector regional de la Inspección de la Asistencia Sanitaria del Control Estatal de la Salud Pública”.

A.- EL MEDICO Y LA CIENCIA MEDICA

En el primero de los artículos en consideración, y tal como se ponderó más arriba, el legislador holandés se encarga de definir en manera inequívoca, quienes son y definitivamente que rol tienen asignado, cada uno de los mismos operadores de la nombrada ley. Así, qué autoridades intervienen y cuáles funciones ellas cumplen; todo lo cual no permite colegir otra cosa que la ponderación valiosa a los contornos metodológicos a los que ya nos referimos, puesto que con tal gestión se cierra a futuro cualquier discusión respecto a cual fue, la misma ³⁰⁹ intención o tésis que el legislador como tal quiso tener .

Nos detendremos exclusivamente en la consideración que se realiza en el inc. ‘c’ del nombrado artículo 1, cuando define quien es, aquél que se nombra como ‘el médico’ y que tipo de actuación efectúa. Omitimos los restantes, por ser ellos descriptivos de funciones propias que tienen asignadas cada uno de los restantes operadores dentro de la mencionada ley y por lo cual, no ofrecer aspectos de discusión alguna.

En dicho orden señalamos, que el nombrado profesional es quien habrá de ejecutar en el caso concreto, el acto eutanásico, es decir quien terminará con la vida del paciente a su propio pedido; o por el contrario en una categoría más leve, colaborará prestando el auxilio para que el paciente pueda en definitiva darse muerte por sí mismo; actividad toda ella que es explicada sintéticamente hay que decirlo, mediante la noción de ‘Auxilio al suicidio’ que se destaca en el inc. ‘b’ de la mencionada ley.

³⁰⁹ En este sentido se ha seguido una de las reglas fundamentales que el propio Bentham disponía que debían ser atendidas al tiempo de redactarse las leyes, y que el lo ubicaba simplemente bajo el título de ‘ambigüedad y oscuridad’ (cfr. *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pág. 30)

Sin embargo como se tiene que advertir, mas allá del lacónico descriptivo ya enunciado; la gravedad de la definición, impone tener que efectuar algunas breves aunque útiles consideraciones puesto que en rigor, nos encontramos aquí con el propio núcleo ideológico de la totalidad de la ley, como a la vez, y tal como el propio Miguel de Unamuno escribía, con “el único verdadero problema vital, del que más a las entrañas nos llega, del problema de nuestro destino individual y personal, de la inmortalidad del alma”³¹⁰, esto es entonces, de la muerte misma.

Hasta donde hemos podido conocer, y quizá mirando retrospectivamente la misma historia de la cultura y en ella de la medicina³¹¹; no se puede dudar en tener que afirmar que en muchas ocasiones, los médicos no se han sentido impuestos inexorablemente de vencer la muerte del paciente en la contingencia médica³¹²; sino que han comprendido sabiamente, que existen evidentes estados de salud que aconsejan en buen espíritu, ‘abandonar’³¹³ el paciente para que finalmente la muerte acontezca por si sola.

Es obvio sin embargo, que en tanto la ‘muerte’ ha ido perdiendo un espacio de propiedad natural es que han ido aumentando alrededor suyo, otro conjunto de componentes no presentes primitivamente en ella, tales así: ideológicos, culturales, jurídicos y técnico-salvíficos; con lo cual ha ido

³¹⁰ Sigue diciendo “El hombre Kant no se resignaba a morir del todo. Y porque o se resignaba a morir del todo dio el salto aquel, el salto inmortal, de una a otra crítica” (*Del sentimiento trágico de la vida*, Madrid, Aguilar, 1987, pág. 10).

³¹¹ Vide Babini, J.; *Historia de la medicina*, Barcelona, Gedisa, 2000.

³¹² Bien ha sostenido desde este punto de vista Diego Gracia, a quien no se le puede reprochar bajo ningún aspecto ser un autor heterodoxo, que a partir de la medicina científica en Grecia es que la eutanasia se medicaliza. Sostiene entonces que: “Suele afirmarse que la medicina tiene por objeto luchar por la vida, defender la vida, y que por tanto siempre se ha opuesto a las prácticas eutanásicas. Pero esto no sólo no es cierto, sino que la verdad es más bien la contraria: la medicina occidental ha sido desde sus orígenes una ciencia eutanásica” (*Ética de los confines de la vida* en *Ética y Vida: Estudios de Bioética*, Bogotá, El Buho, 1998, T.III, pág. 272).

³¹³ La palabra ‘abandonar’ etimológicamente se explica que proviene “Del fr. Abandonner id., deriv. de laisser à bandon ‘dejar en poder (de alguien)’, bandon ‘poder, autoridad’ y éste del fránico bann ‘mando, jurisdicción’ (hoy alem. Bann)” (Corominas, J.; *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Madrid, Gredos, 1998, pág. 19, 2ª col.). Como se puede colegir entonces, la actitud de abandono que el médico efectúa del paciente, no es de alguna manera como dejarlo expuesto a que la misma suerte lo acompañe, sino entregarlo a que un poder superior y anterior al mismo que desde la medicina el nombrado puede ejecutar, pues se ocupe de una realización ulterior que intrínsecamente debe ser seria y condigna a la misma naturaleza humana.

disminuyendo³¹⁴ y en algunos casos logrando el propio olvido de la misma naturalidad que el morir como tal posee y que de alguna manera se advierte reflejado en un proceso evolutivo que va siendo jalonado por las siguientes etapas a su respecto: Desacralización, Desocialización, Muerte y rentabilidad, Muerte y ciencia, Urbanización y cementerios³¹⁵.

Todo ello sin dejar de atender, que en dicha gestión de 'abandono por desahucio médico' van implícitas una gran cantidad de atenciones básicas y funcionales que como tal, importarán un tránsito desde ya menos cruento y hasta donde ello es posible, más digno³¹⁶. Lo cual como es obvio, que no presupone la existencia ya sólo de la totalidad de alternativas que la terapia contra el dolor propone, sino también y quizás con mayor énfasis, una adecuada contención psicológica, afectiva y emocional del moribundo que a veces, no está suficientemente atendido e incorporada dentro de los capítulos propuestos por la medicina paliativa³¹⁷; aunque en rigor de verdad está fuera de cualquier duda que a ella la integran³¹⁸.

³¹⁴ Cfr. Ariés, P.; *El hombre ante la muerte*, Taurus, Madrid, 1977; *Morir en occidente*, Bs.As., Adriana Hidalgo, 2000. En lo que corresponde a la perspectiva filosófica en sentido estricto de la muerte, con provecho se puede disfrutar el valioso estudio –poco difundido– de García, J.; *El morir humano- Consideraciones bioéticas sobre la eutanasia*, San Juan, Universidad Católica de Cuyo, 1999.

³¹⁵ De incalculable valor para la comprensión final del problema la obra de Thomas, L.; *Antropología de la muerte*, México, F.C.E., 1993.

³¹⁶ Se ha escrito que "En la literatura clásica eutanasia y desahucio son términos correlativos (...) Los médicos han practicado tradicionalmente la eutanasia pasiva (desahucio) y aun la eutanasia activa, en aquellos casos en las características peculiares de la enfermedad" (Núñez Carpizo, E.; *Eutanasia, un problema de axiología jurídica* en Revista de la Facultad de Derecho de México N° 223-224 (1999), México, UNAM. De todas maneras y tal como indicaremos a lo largo del trabajo, consideramos que la equivalencia desahucio y eutanasia pasiva no es correcto.

³¹⁷ De reciente traducción al español la obra de Célerier, M.; Oresve, C.; Janiaud-Gouitaa, F.; *El encuentro con el enfermo*, Madrid, Síntesis, 2001, resulta una síntesis excelente desde la perspectiva dinámica de la medicina interna, el psicoanálisis y la neuro-psiquiatría, todo ello puesto en función de un mejor paso o atención, de la vida a la muerte.

³¹⁸ Para el Comité de Expertos de la O.M.S. (804-1990), Cuidados paliativos "es el cuidado activo y total de los pacientes en el momento en que su enfermedad no responde a las medidas curativas". Siendo el principal objetivo el control del dolor y otros síntomas, así como los problemas sociales y espirituales. Puede leerse con sumo interés el artículo publicado por

Conviene aclarar también, para todo lo que queda del presente artículo, que si bien se podría decir junto a Heidegger que la persona que acaba de nacer está ya madura para morir y por ello le cabe el adjetivo de moribunda; pues intentamos utilizar dicha noción en un carácter mas restringido, aunque de todas maneras siempre sujeto a una debida ubicación contextual, por lo cual, provisoriamente se puede afirmar que se consideran 'moribundos' los sujetos que han llegado al fin de su vida, a los enfermos incurables, los terminales, los que se hallan in extremis o los que están ya condenados, para emplear las fórmulas consagradas³¹⁹.

La asociación entonces fuerte, que se realiza de ordinario entre médico y vida; en todo tiempo y a cualquier costo es falaz, porque históricamente ello no ha sido de esa manera; y recoge en su predicación más intereses ajenos a la ciencia médica que propios a ella³²⁰. Seguramente que tampoco mantenemos en el punto, una categoría cultural semejante a la existente en la medicina hipocrática, en donde el individuo que gozaba de una enfermedad propiamente incurable, era de inútil objeto para la medicina. Basta con recordar a tal respecto que sostenía dicho autor: "... voy a definir lo que considero que es la medicina: el apartar por completo los padecimientos de los que están enfermos y mitigar los rigores de sus enfermedades, y el no tratar a los ya dominados por las enfermedades, conscientes de que en tales casos no tiene poder la medicina"³²¹.

Como conclusión que también se puede colegir de lo antes nombrado; es que el mismo tema de la eutanasia³²² -

María de los Angeles Pruvost; *Morir con dignidad* en Revista *Ethica* N° 18 (1996), Córdoba, pág. 13/17).

³¹⁹ Cfr. Thomas, L.; *La muerte – Una lectura cultural*, Barcelona, Paidós, 1991, pág. 65 y ss.

³²⁰ Señala Diego Gracia: "La palabra eutanasia se utiliza, que sepamos, desde los tiempos del emperador Augusto, y hasta finales del Siglo XIX significó el acto de morir pacíficamente y el arte médico de lograrlo" (*Ética de los confines de la vida en Ética y Vida: Estudios de Bioética*, Bogotá, El Buho, 1998, T.III, pág. 276). Con mayor detalle y del mismo autor *Historia de la eutanasia* en *La Eutanasia y el Arte de Morir*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1990, pág. 13/32.

³²¹ Vide *Tratados Hipocráticos*, Sobre la Ciencia Médica, Madrid, Gredos, 1990, T.I, parágrafo 3, pág. 111. Introducción general a cargo de Carlos García Gual. También entre otros Platón, *República*, 406c, 407c-e, 408b, 409e, 410a.

³²² Sin perjuicio de las demás consideraciones que efectuaremos luego, destacamos al menos una conceptualización –puesto que todavía deliberadamente no lo hemos querido realizar– de lo que por ella se debe entender. Prefiriendo ahora, la misma conceptualización que la Asociación Médica Mundial, máximo organismo internacional en ética profesional, diere en su Declaración sobre la Eutanasia de 1987: "La eutanasia, es decir, el acto deliberado (por acción u omisión) de dar fin a la vida de un paciente, aunque sea por requerimiento de éste o a petición de sus familia-

que se inicia ya con una problemática vinculada a la misma equivocidad³²³ de lo que se quiere significar con ella, y concluye implicando problemas no sólo culturales, sino también políticos, sociales y económicos³²⁴ - tal como aparece en la actualidad presentado y debatido el tópico, deviene claramente moderno³²⁵. Pues con anterioridad, resultaba al menos admitido dentro de los mismos cánones del arte médico, que el mencionado 'abandono' no podía importar en sí mismo ningún acto contrario a la misma ciencia médica.

Seguramente que el progresivo mejoramiento dentro de la medicina, como así también del conocimiento de la misma organización biológica del hombre y de la aparatología como soporte de aplicación de dichos conocimientos³²⁶ fueron severamente responsables, que se fuera ges-

res, es contraria a la ética". De todas maneras no podemos dejar de incorporar otra conceptualización que en los últimos tiempos hemos visto muy difundida, y que como tal, resulta altamente encriptadora de lo que verdaderamente es la eutanasia pero que sin embargo, resulta utilizada en no pocos ámbitos profesionales y también en determinados comités de ética hospitalaria, así se dice que "es el acto o la omisión del acto que provoca deliberadamente el deceso del paciente que sufre de manera insoportable o vive una degradación insostenible" (Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies, París, Ediciones Legislativas, 1997).

³²³ En este orden nos pareció categórica la afirmación que hace ya algún tiempo formulara Patrick Verpieren de que el nombrado concepto de 'eutanasia' es un verdadero paradigma de la ambigüedad semántica (cfr. *La muerte y el morir en la era tecnológica* en Revista Criterio, Bs.As., 1976, pág. 176).

³²⁴ Resultaría extenso señalar la gran cantidad de clasificaciones que se han propuesto de diferentes prácticas que se consideran -con acierto o sin él- eutanásicas. Al sólo efecto ilustrativo, se puede entonces clasificar ella según haya sido voluntaria o provocada, por lo tanto se hablará de eutanasia autónoma o heterónoma; si es ella mirando cual sea la actitud frente al curso vital se puede diferenciar en: pura, lenitiva, auténtica o genuina, esta última también se la nombra como solutiva, resolutive (cfr. una explicación de cada una de ellas en Niño, L.; *Eutanasia- Morir con dignidad*, Bs.As., Universidad, 1994, pág. 82 y ss).

³²⁵ A tal respecto basta con advertir cuales son los argumentos que sustentan la llamada -eufemísticamente hablando- 'ética de la eutanasia', para así poder corroborarlo. En dicho orden son paradigmáticas las posiciones de Joseph Fletcher, Marvin Kohl, Daniel Maguire y Richard Mc Cormick, una excelente síntesis de ellas, y por lo tanto de la perspectiva más o menos compartida respecto al tópico por autores que admiten, justifican y en última instancia son solidariamente responsables de leyes como las que nos ocupan, se puede consultar en Aguilera, P.; *En la frontera vida/muerte- Problemas bioéticos*, Santiago, Editorial Universitaria, 1990, pág. 174 y ss.

³²⁶ En verdad no se puede desconocer, que quizás con independencia del fabuloso desarrollo que ha existido en la ingeniería electrónica en general, sea la medicina una de las ciencias aplicadas en donde mayor producción de conocimiento y reco-

tando con gran énfasis al menos dentro del siglo XX, el paradigma de que la medicina como tal y los médicos como sus operadores profesionales, prácticamente como de ciencia invencible y que en el fondo, no existen enfermedades incurables; de tal guisa que resultaba en pocos y sólo en algunos casos, vencidos los médicos y la medicina en la primera vuelta al menos, por la muerte³²⁷.

La efectiva posibilidad de agregar un plus mayor o menor de vida, aunque con una disminución sustancial de la misma calidad de ella³²⁸, resultó ser un modelo de ejecución profesional que en verdad se puede decir, ha caracterizado a la última media centuria del siglo pasado. Hacemos votos, porque nos estemos acercando a una vuelta reflexiva al verdadero orden de la medicina como ciencia práctica y no como un instrumento de mera sobrevida y de carta de triunfo de la vida sobre la muerte, con desprecio a veces por la misma calidad de vida humana y que adecuadamente comprendida, debe ser vista como faceta de la misma dignidad humana y no como opuesta a ella. Motivo por el cual destacamos, que comprendemos dicha noción, formando parte de la misma vida y no como separada de ella: el criterio de calidad de vida se contextualiza como auxiliar y

nocimiento ha existido. Si a ello se suma, la no menor complementariedad que entre una y otra se advierte, se tiene como resultado que los propios tiempos de investigación sobre el hombre o su genoma por caso, se han visto severamente anticipados.

³²⁷ "El mundo de la salud aparece, en efecto, como el lugar donde se manifiestan con mayor evidencia las contradicciones propias de la situación histórica del hombre. Es ahí donde las esperanzas alimentadas por los logros espectaculares de la medicina moderna chocan con la experiencia cotidiana de la enfermedad, del envejecimiento, del sufrimiento y de la muerte. Esta dramática experiencia, hecha de esperanzas y de fracasos, de alegrías y de angustias, donde los sentimientos adquieren una especial densidad humana y espiritual, obliga al hombre a una revisión de vida frecuentemente radical" (Pontificia Comisión para la Pastoral de los Agentes Sanitarios, *Religiosos en el mundo del sufrimiento y de la salud*, Roma, 1987, I).

³²⁸ Conviene recordar a este respecto, por ser ello de uso frecuente, que la noción de calidad de vida aparece como una variable que conjuga un conjunto de elementos anteriores: movilidad física, dolor y agotamiento, capacidad para cuidar de sí mismo y aptitud para entablar relaciones interpersonales. Aparecen ellos junto con la misma cantidad de vida, conformando un índice mixto -de calidad de vida- que son conocidos como QALY (quality, adjusted-life-year) o AVAC (años de vida ajustados a calidad). Primigeniamente el introducido por W.O. Spitzer en el año 1981 conocido como QLI (quality of life index), que tenía como variables y luego con respectivos desagregados los siguientes ítems: Actividad, Vida diaria, Salud, Apoyo y Aspecto (cfr. Boladeras Cucurella, M.; *Bioética*, Madrid, Síntesis, 1999, pág. 119/120; además con mayor detalle en Bowling, A.; *La medida de la salud. Revisión de las escalas de medida de la calidad de vida*, Barcelona, Masson, 1994).

complementario del primario y radical, como es el respeto a la vida misma³²⁹.

De cualquier manera queremos dejar a salvo también, a efectos de no generar con ello confusión alguna, que no nos convierte la afirmación anterior en una suerte de fundamentalistas de la calidad de vida, pues ella sigue siendo, para decirlo –pensando en Aristóteles– no otra cosa, que una misma categoría o predicamento del ser-substancia y que como tal es el hombre con su vida, aunque sea ella enferma, debilitada y a punto de agotarse. La calidad de la vida –aunque sea redundante decirlo– es sólo una manera en que dicha substancia viva –persona humana– se realiza, pero en modo alguno la esencializa³³⁰.

Huelga señalar, que el desarrollo tecnológico de la medicina nos ha llevado en modo precipitado a lo que se nombra como la distanacia³³¹ o el empleo de medios terapéuticos desproporcionados y en consecuencia donde los pacientes, son víctimas de un desideratum enfermizo de quienes tienen que vigilar por su salud, y que lejos de permitir el morir cuando ello deviene lógica y naturalmente adecuado a las circunstancias biológicas del sufriente enfermo; asumen los médicos actitudes de verdaderos

cruzados contra la muerte, intentando evitar que ello se cumpla³³².

Al grado extremo tal estado de pérdida de rumbo en dichas cuestiones, que es el mismo paciente quien comienza en los últimos años, a tener que tomar la totalidad de recaudos posibles a los fines de asegurarse de que, cuando no pueda decidir por sí mismo, atento a su estado de gravedad física, los médicos no decidan que su vida no puede concluir y se encarnicen prolijamente sobre su cuerpo, mediante toda la aparatología que ellos cuenten para no dejarlo morir³³³.

De tal guisa deviene claro, y ello lo hemos podido acreditar personalmente en sin número de oportunidades y también de la bibliografía resulta sin error posible; de que gran parte de los médicos tienen temor de cometer actos presuntamente eutanásicos sobre sus pacientes, dejándolos morir, cuando ello deviene como una conclusión natural y previsible que acontezca³³⁴ y toda terapia se torna claramente fútil³³⁵; lo cual no significa que con ello ni se lo

³²⁹ Sarmiento, A.; Ruiz Pérez, G.; Martín, J.; *Ética y genética*, Pamplona, Eunsa, 1993, pág.78. Además en particular se puede leer con todo detalle en Gracia, D.; *Ética de la calidad de vida*, Madrid, Fundación Santa María, 1984.

³³⁰ Muy sugerente en este orden nos ha parecido la afirmación efectuada por Fernández Crehuet, de que “la nueva noción de dignidad entendida como calidad de vida es equívoca”, agregaríamos por nuestra cuenta, que no sólo que es equívoca, sino que intrínsecamente es falaz, puesto que en último grado a lo que tiende ella, es claramente a generar una política de desontologización de la categoría sustancial del hombre, y pretender juzgarlo al mismo sólo por una modalidad, que si bien importante, no lo esencializa (cfr.; *Eutanasia, atención a pacientes terminales y profesionales de la salud. Intervención en la comisión del Senado de España sobre eutanasia (1999) en Cuadernos de Bioética N° 44 (2001)*, Valencia, pág. 55/62).

³³¹ También se la conoce a ella, como ‘tecnicismo médico abusivo’, ‘obstinación, encarnizamiento, ensañamiento terapéutico’; incluso ‘rabia terapéutica’. De esta última se ha ocupado de definirla G. Perico como “aquel conjunto de iniciativas clínico-asistenciales de carácter más bien excepcional, que se aplican a un enfermo que está para morir, es decir, en condiciones gravísimas y ya más bien próximo al fin. La finalidad, según la intención de los médicos, es la voluntad de alejar, a toda costa, el aproximarse al fin, no obstante saber que ya no disponen de verdaderas ‘terapias’, capaces de mejorar las condiciones sanitarias o de bloquear la enfermedad, la cual, no obstante todo, tarde o temprano llevará, irremediamente, al paciente a la destrucción completa” (citado por Tettamanzi, D.; *Eutanasia- La ilusión de la buena muerte*, Caracas, Paulinas, 1985, pág. 53).

³³² También se ha ilustrado la mencionada situación destacando que: “La moderna tecnología médica, incluso si no puede curar, aliviar o comprar un plazo adicional de vida que merezca la pena, por corto que sea, si puede retrasar de múltiples maneras el final más allá del punto en el que la vida así prolongada le merece la pena al paciente mismo, incluso más allá del punto en que él puede valorarla” (Jonas, H.; *Técnica, medicina y ética*, Barcelona, Paidós, 1996, pág. 160).

³³³ En el ámbito americano los llamados ‘testamentos vitales’, ‘directrices previas o anticipadas acerca de la muerte propia’, ‘órdenes de no reanimar’ u otras nominaciones por el estilo; resultaron ser un primer indicio serio de la gravedad de ciertos comportamientos profesionales propiamente desmedidos. Al respecto se puede consultar con gran interés jurídico, sin perjuicio que la obra tiene ya sus años en Highon, E.; Wierzb, S.; *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Bs.As., Ad Hoc, 1991.

En el ámbito del derecho español hemos tomado conocimiento que recientemente la comunidad autónoma de Galicia, imitando a Extremadura y también Cataluña –que fuera la pionera–, han regulado el derecho de que una persona pueda decidir en forma anticipada a que no se le prolongue la vida innecesariamente (vide *Diario El País*, Madrid, 21 y 28 de abril de 2001).

³³⁴ Cabe destacar que dicha ideología médica, no sólo que ha venido generada desde la propia configuración científico-técnica que se le otorga a la medicina, sino también por las no menores implicancias jurídicas –pleitos de mala praxis– a los que advierten que podrían quedar expuestos y promovidos por familiares desdichados por la pérdida del familiar mezquinamente atendido; y a lo que hay que decir también con algún pesar, que la magistratura ha brindado cierta atención otrora al menos.

³³⁵ Tratamiento inútil o también nombrado fútil, es aquél que correctamente aplicado y con indicación precisa no obtiene el resultado esperado. Por ejemplo, ante una sepsis de foco no

abandone en términos jurídicos, materiales y también espirituales; ni tampoco que se ejecute una acción directa en contra del mismo a los fines de multiplicar la progresividad del suceso luctuoso; sino que se le proporcione una buena muerte, nada más.

Por lo cual, que sea el médico quien colabore con la misma terminación de la vida, cuando ello significa que no asumirá actitudes que aparecen claramente desmesuradas y obsesivas a los efectos de mantenerla a la misma; favoreciendo con ese accionar la muerte digna de cada uno de los enfermos, no parece en modo alguno reprochable³³⁶. “Una cosa es respetar la voluntad del enfermo y no poner en su cuerpo lo que él rechaza, y otra cosa muy distinta quitarle directamente la vida. El primero es un acto del enfermo, en tanto que el segundo es del médico”³³⁷. Tal aspecto en verdad no se diferencia de la misma observación que desde el punto de vista confesional se ha brindado a dicho tratamiento.

Bien podríamos afirmar, con las licencias que nos permitimos no siendo médicos, que los nombrados profesionales pues que deben ser suficientemente custodios y defensores de la vida humana y de la salud del hombre, mas no por ello, tomar actitudes militantes y fundamentalistas en su defensa a cualquier costo³³⁸. La vida digna del hombre impone en igual sentido una muerte digna³³⁹, esto

localizado puede iniciarse un tratamiento con cefalosporinas de tercera generación, metroimidazol y un aminoglucósido, e incluso maniobras agresivas, pero el enfermo fallece en shock séptico. El tratamiento fue correcto y bien indicado, pero ha sido inútil.

³³⁶ Desde la propia perspectiva confesional católica la respuesta es la misma: “... desde el punto de vista ético, la mayoría de los autores y la doctrina de la Iglesia condena cualquier tipo de eutanasia en sentido estricto, pero no obliga a la distanancia en todas las situaciones, y permite, por tanto, el abandono de toda técnica desproporcionada o que ya no tenga ninguna justificación” (López Azpitarte, E.; *Ética y vida*, Madrid, Paulinas, 1990, pág. 224).

³³⁷ Gracia, D.; *Ética de los confines de la vida* en *Ética y Vida*: Estudios de Bioética, Bogotá, El Buho, 1998, T.III, pág. 302.

³³⁸ Recuerda la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos de los Pacientes, adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial (1981), enmendada por la 47ª Asamblea General, Indonesia (1995), en el Principio ‘C’ dentro del Derecho a la Dignidad: “El paciente tiene derecho a una atención terminal humana y a recibir toda la ayuda disponible para que muera lo más digna y aliviadamente posible”.

³³⁹ Se ha indicado que los principales contenidos que podrían formar parte de una muerte humana y por ello igualmente digna son: Solidaridad, Alivio del dolor, Asistencia de tipo psicológico, Asistencia religiosa, verdad al enfermo, Atenciones de confort material y Libertad (cfr. en particular cada una

es ortotanasia³⁴⁰: la muerte del ser humano en el momento oportuno³⁴¹.

Habiendo efectuado el nombrado excursus según nuestro parecer valioso, atento a la equivocidad cada vez más notoria acerca de la noción de eutanasia y reiterando que dicho accionar, enunciado supra, corrientemente endilgado bajo el rótulo de actos eutanásicos en modo alguno lo son; sino que sólo reflejan ellos una acción ortotanásica que definitivamente es la más aproximada a la buena muerte o muerte digna, que todo hombre se merece por ser simplemente el que es.

Por todo lo que ha sido indicado, es que debemos concluir acerca de la desgraciada misión que le corresponde en este contexto legislativo al médico, quien positivamente actúa sobre el enfermo para que como tal, deje de estarlo, mas no curándolo sino matándolo y que como es obvio, resulta inmediatamente una contradicción con la formulación de la ciencia médica y que tal como hemos podido comentar, tampoco postula ella que no deba ser precisamente el médico un atento observador por ser en realidad un capacitado en ello, de cuando la misma naturaleza enferma decide extinguirse.

B.- LA ACCION TERAPEUTICA DE DAR MUERTE AL PACIENTE

Tal como se puede advertir del propio texto del inc.º c’ del artículo en consideración, el médico puede cumplir con su cometido -despenalizados ellos-, mediante dos caminos: a) por el auxilio al suicidio del paciente –que puede ser tanto como una ayuda deliberada y directa a ello o facili-

de ellas Elizari Basterra, F.; *Bioética*, Madrid, Paulinas, 1991, pág. 178 y ss).

³⁴⁰ “Ortotanasia: Es lo contrario a la distanancia. El prefijo griego ‘orthos’ significaría la muerte ‘correcta’ a su tiempo, sin procurarla activamente, pero sin prolongaciones irracionales y crueles para el paciente (...) De ahí que un aspecto fundamental de una praxis ortotanásica, es la administración de calmantes y, en general, todas las posibilidades de la medicina paliativa, con vistas a humanizar y hacer lo menos doloroso posible el trance de la muerte” (Gafo, G.; *Eutanasia y ayuda al suicidio*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1999, pág. 45).

³⁴¹ También se ha dicho que “paralelamente al derecho a nacer hay un ‘derecho a morir’: con dignidad, humanamente, a su tiempo, en su hora: ortotanasia. Es claro que esta hora no es una hora matemática, sino moral, que puede acortarse o alargarse dentro de ciertos límites humanos immanentes y/o trascendentes, nunca ilimitados” (Higuera Udías, G.; *Eutanasia y distanancia. Problemas éticos-morales en trabajo* En la Vida y en la Muerte somos del Señor, Valencia, Edicep, 1993, pág. 121).

tarle los medios para que ello sea posible³⁴²; b) también llevar a cabo por sí la terminación de la vida del paciente a su propia petición. Como se advierte no se trata ello –en ninguno de los dos supuestos- de un mero ‘abandono por desahucio médico’ tal como nosotros hemos señalado que estaría dentro de las posibles y legítimas realizaciones profesionales; sino que aquí estamos frente sin más a una intervención activa y positiva por parte del médico sobre el paciente que como tal, provoque su muerte³⁴³.

La nombrada equiparación que se tiende a realizar, y que como tal se traduce luego en la eutanasia activa y pasiva respectivamente; es sin duda y en gran medida falaz. Pues se omite destacar al menos dos cuestiones, por una parte, la clara diferenciación y que en el caso se torna sustancial entre medios ordinarios y extraordinarios, proporcionados o desproporcionados que son cumplidos sobre la naturaleza enferma por una parte³⁴⁴; y por la otra y en modo alguno menor, lo vinculado a la misma intencionalidad que existe en el sujeto médico, como es en el caso de los actos positivos –por acción u omisión- el de querer dar muerte y en el segundo, atender a las exigencias ordinarias que la

³⁴² Se advierte que el inc. 'b' del art. 1, se ocupa de efectuar una ampliación del mismo tipo descripto en el inciso siguiente. Puesto que de no existir ello, bien podría darse el caso, que el médico que con su mano acompaña la mano del paciente para inyectarse una dosis de una droga letal resultara despenalizado por ayuda al suicidio; pero que pudiera ser inculpado por haber facilitado la compra de la nombrada.

³⁴³ De todas maneras no se puede dejar de indicar, que no han faltado autores que han señalado que la distinción entre actos positivos y negativos, como tal resulta no valiosa y por lo tanto, ambos modos –en coherencia- deberían ser aceptados o rechazados. De allí se podría colegir nuestra misma incoherencia entonces, por participar de la permisón de los actos omisivos y no admitir los positivos o activos.

³⁴⁴ Respecto a la diferencia entre medios ordinarios y extraordinarios, sin duda que ha sido mucho lo escrito, más aun cuando se toma cabal razón que la diferencia fuera ya apuntada por los moralistas en el Siglo XVI, en modo singular por D. Bañez en el 1595 y las Relecciones de Teología de F. de Vitoria. Por lo cual apuntaremos a modo de síntesis lo siguiente. Por un lado, que la categoría de uno u otro modo, no puede ser juzgado desde la misma categoría médica, donde lo ordinario se puede asimilar sin más a lo rutinario; mientras que la categoría moral que sirve a la vez, para calificar de una u otra manera el acto médico en cuestión, es poniendo la mirada sobre el propio paciente. De tal modo, que un procedimiento que para el médico puede resultar ordinario, podría resultar extraordinario para el paciente, por la misma carga que a él ello impone.

Bien se ha dicho que “No todos los procedimientos médicos habituales son obligatorios (...) Solo el paciente puede evaluar si la caga que él experimenta, es demasiado para él” (Aguilera, P.; *En la frontera vida/muerte*, Santiago, Editorial Universitaria, 1990, pág. 102).

terapéutica exige a los fines de asegurar el máximo de confort posible controlando máximamente el dolor, sin oponer resistencia al desenlace natural de la vida del paciente³⁴⁵.

En un caso entonces, eutanasia propiamente dicha, existe una cuota de innegable intencionalidad en la realización del acto y en el resultado deseado; en el otro supuesto por el contrario, nos encontramos frente al evento de la muerte no como una intencionalidad querida sino como un suceso que por lógica debía acontecer³⁴⁶. Es decir que en la eutanasia –comúnmente nombrada como activa sea por actos positivos o negativos- en rigor, el paciente concluye muriendo como consecuencia directa de los acontecimientos iniciados por el agente que los provocó; en el restante supuesto –equivocada o falazmente nombrada como eutanasia pasiva- el deceso acontece por la misma evolución de la enfermedad que ya está en marcha.

Se puede efectuar una acotada consideración a dicho aspecto, sintetizando el núcleo de la tesis de quienes afirman dicha equiparación entre eutanasia activa y pasiva, o desde otra perspectiva eutanasia por acción –positiva o negativa- y eutanasia por omisión; y con lo cual, se probaría nuestra misma falacia.

Para ello utilizaremos el siguiente texto que hemos preferido entre otras cosas por la indiscutida autoridad filosófica de sus autores, dicen José Ferrater Mora y Priscilla Cohn: “Ahora bien, la distinción entre matar y dejar morir no coincide exactamente con la distinción entre eutanasia activa y pasiva. En rigor, la eutanasia pasiva no es realmente pasiva, por cuanto acarrea una intención que lleva a la muerte de otra persona (...) El hecho de que el paciente pueda no morir a despecho de la eutanasia pasiva no nos permite afirmar que esta eutanasia sea moral en tanto que la eutanasia activa es inmoral (...) Permitir la eutanasia pasiva alegando que a veces la prognosis médica es equivocada y que el paciente sigue viviendo sin necesidad de tomarse medidas excepcionales, revela un problema práctico o empírico concerniente a la falibilidad de los juicios médicos, pero no por ello hace que la eutanasia pasiva sea más moral que la activa. Si la eutanasia, sea activa o pasiva, es considerada moralmente aceptable, es

³⁴⁵ Pueden ser leídos con gran provecho la sustancia de ambas posiciones estos es por J. Rachels, Eutanasia activa y pasiva y por T. Sullivan, Eutanasia activa y pasiva: ¿una distinción inapropiada?, ellos en la obra compilada por Luna, F. y Salles, A.; *Decisiones de vida y muerte*, Bs.As., Sudamericana, 1995, pág. 147/160).

³⁴⁶ Cfr. Thomas, H.; *Eutanasia: ¿son igualmente legítimas la acción y la omisión?* en Cuadernos de Bioética N° 44 (2000), Valencia, pág. 1/14.

porque se proclama la obligación de aminorar los sufrimientos de una persona (...). En conclusión, la distinción entre eutanasia activa y la pasiva (...), es equivocada o es arbitraria en el sentido de que no existe semejante distinción, moral o lógicamente. Da la impresión de que se ha introducido esta distinción con el fin de evitar acusar a los médicos de homicidio (...), la distinción puede ser importante, y conveniente desde un punto de vista legal. Pero desde un punto de vista moral hay que reconocer que si la vida es deseable a toda costa, entonces no deberían permitirse ni la eutanasia pasiva ni la activa, ni la involuntaria, ni la voluntaria”³⁴⁷.

Resulta valioso puntualizar y como manera práctica de intentar refutar algunas de las consideraciones que han sido realizadas por la autora, porque insistimos en que ello despejará no pocas dudas que muchas veces por la vía de una tal confusión se quiere introducir, como es afirmar que es lo mismo ‘querer matar’ que dejar ortotánásicamente morir. Resulta obvio, que la confusión mejora la posición de pretendida moralidad que se quiere emplazar a la eutanasia activa. Así entonces hay que advertir, que el núcleo central de la argumentación está fincado en una afirmación que se torna absolutamente voluntarista por parte de ella, y en función de lo cual, realiza un forzamiento del desarrollo ulterior.

Sostener que la intención del agente en una situación y en otra, es la misma: dar muerte al paciente; es introducir una confusión, cuando no una falsedad de los mismos actos racionales, y sin duda alguna, que si efectivamente existiera la nombrada intención en el agente, poco importa si su acción es activa –positiva o negativa- o pasiva. Mas reconociendo en el médico que cumple su praxis profesional desde una dimensión de libertad y con igual libre intencionalidad, pues no se tiene porque presumir, que dejar de otorgar terapias extraordinarias o desproporcionadas es lo mismo que querer matar al paciente, aunque no por ello ignore la posibilidad de que muera.

³⁴⁷ Ferrater Mora, J. y Cohn, P.; *Ética aplicada- Del aborto a la violencia*, Madrid, Alianza, 1983, pág. 101/103. Hemos elegido el presente texto, emblemático sin duda, porque habitualmente se lo endilgan a José Ferrater Mora y en verdad él no lo ha escrito, puesto que se trata de una sección que si bien pertenece a la obra escrita junto a Priscilla Cohn, la nota preliminar aclara (pág. 9, ob. cit.) en cada uno de los temas analizadas que parte es de cada uno de ellos. Tal déficit se advierte en la obra de Boladeras Cucurella, M.; *Bioética*, Síntesis, Madrid, 1999, pág. 128; que le atribuye derechamente la consideración a Ferrater Mora, quien en verdad no analiza en el capítulo la nombrada diferencia y que como tal, no dejaba de advertir cierta extrañeza; no así de la coautora.

Es más se podría hasta ‘querer’ –como actividad intelectual– por parte del médico, que el paciente en lo venidero a dicha supresión muera, porque ello es la condición natural y más evidente de la misma condición de seres humanos afectados por la enfermedad y agotados en salud; pero en verdad no es posible ello asimilarlo a matarlo intencionalmente; puesto que en tal supuesto, la disposición no sería ya la de un ‘querer’ sino la de un ‘deseo’ y en tal supuesto, no estamos ya frente a una tendencia meramente intelectual acerca de la nombrada condición humana, sino prioritariamente frente a un deliberado designio sensible y que en el caso, se muestra³⁴⁸ bajo el rostro de la muerte cumplida sobre el paciente.

El carácter de la intencionalidad en el acto moral es definitorio y la misma se conoce por la misma bondad que existe en el acto que se realiza. Hay pues una diferencia radical entre ‘dar muerte’ y ‘consentir el morir’: el primero es un acto supresivo de la vida, el segundo es aceptarla hasta la muerte³⁴⁹.

Así es como la conocida corrientemente como teoría del doble efecto de la moralidad o más propiamente del objeto indirecto de la voluntad, son demostrativas claramente de la diferencia entre un supuesto y otro³⁵⁰ y por la misma razón porque la ejecución que se nombra como ‘eutanasia activa’ es intrínsecamente no-buena³⁵¹ y porqué, la mal designada ‘eutanasia pasiva’ es buena.

³⁴⁸ Señala en dicho orden de cuestiones con indiscutida autoridad R. Verneaux, cuando apunta: “Vemos entonces que el deseo tiende a un bien sensible, percibido o imaginado, mientras que el querer tiene por objetivo un bien inteligible, es decir concebido”(Filosofía del hombre, Barcelona, Herder, 1979, T. V, pág. 152). En el mismo orden Santo Tomás, *Suma Teológica*, I q.80 a.2.

³⁴⁹ Cfr. Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes de Salud; *Carta a los agentes de salud*, 1995, N° 148.

³⁵⁰ Existe en la conducta un fin-bien finalizado que es directamente querido por el agente que realiza el acto; puede sin embargo tener la voluntad un objeto indirecto y que como tal se muestra como efecto que en la medida que ha sido previsto queda indirectamente dentro del campo intencional. Así se afirma que “Efecto indirecto es una consecuencia de la acción que no interesa ni es querida de ningún modo, ni como fin ni como medio, por que es prevista y permitida en cuanto que está inevitablemente ligada a lo que se quiere (...) El criterio distintivo fundamental es el siguiente: para que el efecto previsto de una acción pueda ser considerado objeto indirecto de la voluntad, tal efecto no puede ser la causa (en el plano intencional, el medio) de la consecución o realización de lo que realmente interesa” (Rodríguez Luño, A.; *Ética general*, Pamplona, Euns, 1991, pág. 132/133).

³⁵¹ La moralidad de las acciones con efectos indirectos puede ser realizada en ciertas circunstancias sin cometer con ella, culpa moral alguna, para ello la doctrina ha requerido el cum-

En otro orden de la refutación a la tesis de Cohn; se debe señalar que en la misma manera que algunos autores sostienen acerca de la degradación de la vida frente a la muerte y con ello el argumento de desvalorización de la vía pasiva³⁵²; mostrando cuanto dolor y tragedia se agrega a la ya existente en el moribundo cuando se toma el camino de la mal nombrada eutanasia pasiva, y no de la eutanasia activa; muestra que ignora la eticista una realidad corriente en el mundo hospitalario, como es de tantos creyentes – católicos o no- que oran sin más, para que prontamente el desenlace acontezca a ese enfermo que en vísperas de su misma muerte se encuentra.

Tampoco es parámetro para cuestionar la nombrada por la autora ‘eutanasia pasiva’, por la presunta mala pronóstico médica que con ella quedaría sorteada. En verdad que ese es un argumento que por este tiempo no se puede sostener, es casi imposible que de un día para otro pueda resultar un medicamento de una envergadura tal que pueda revertir la nombrada afectación a la salud, ello es obvio. Mas tal supuesto no quita, porque hablamos de seres humanos individuales cada uno de ellos, que puedan existir un conjunto de factores orgánicos e inorgánicos, materiales y espirituales que de alguna manera puedan confluir en dinamizar de alguna manera distinta la propia situación del enfermo ante la vida declinante. De cualquier manera corresponde volver a señalar, que no atender tratamientos desproporcionados en modo alguno significa, entrar en choque con no brindar un soporte de razonable bienestar y acompañamiento espiritual adecuado³⁵³.

plimiento de cuatro condiciones: a) que la acción sea en sí misma buena o indiferente; b) que el efecto bueno sea el efecto inmediato, es decir, que el efecto bueno no sea obtenido a través del malo; c) que la intención del agente sea buena; d) que exista una causa o necesidad proporcionadamente grave para realizar la acción (cfr. Rodríguez Luño, A.; *Ética general*, Pamplona, Eunsa, 1991, pág. 301/302).

³⁵² La tesis principal sería la que formula Walter Jens, a partir del análisis de la obra de Nuland (*Cómo morimos: reflexiones sobre el último capítulo de la vida*, Madrid, Alianza, 1995), cuando sostiene de que en la cama del enfermo no hay ninguna muerte digna (*¿Ni un rastro de dignidad?* En *Morir con dignidad*, Madrid, Trotta, 1997, pág. 76).

³⁵³ Se ha recordado que “El moribundo tiene tres temores comunes: 1. El miedo al dolor. 2. El miedo a la soledad. 3. El miedo a que la vida carezca de sentido (...) En nuestra opinión, es clave para el personal que trabaja con enfermos terminales que acepte y comprenda el hecho de que la agonía física forma parte de la vida, tanto como el nacimiento y cuando nuestros pacientes nos pregunten: ‘Dígame, ¿voy a morir?’”, seamos capaces de responder con franqueza: ‘Sí, usted se morirá, y yo también’” (Benlloch Poveda, A.; *Aspectos pastorales en los trabajos del CEDV (Comité Episcopal para la Defensa de la Vida)* en la obra *En la Vida y en la Muerte somos del Señor*, Valencia, Edicep, 1993, pág. 184/185).

Otra observación que se puede efectuar es que la autora presupone, que ambos supuestos –eutanasia activa y pasiva- son iguales y en función de ello, le atribuye efectos de semejante consecuencia. En este orden de cuestiones lo que comete es una clara falacia de petición de principios³⁵⁴. No hay equiparación entre una y otra –pues eso en todo caso es lo que se intenta demostrar y no corresponde por ello afirmarlo previamente-, no es tampoco correcto que en la mal nombrada ‘eutanasia pasiva’ por la autora, el objetivo sea aminorar o disminuir el dolor, en rigor ello aparece como un impostergable objetivo deontológico de la ciencia médica acerca del cual no se puede definitivamente hoy dudar en ninguna comunidad profesional médica. En todo caso, la ‘eutanasia activa’ intenta matar al paciente y de la otra manera, sólo se aspira evitar los tratamientos desproporcionados y definitivamente dejar que la misma naturaleza humana y finita concluya un ciclo tan obvio como natural como es el morir, colaborando activamente para que ello resulte ser lo más digno posible y tal como lo dijéramos: La muerte del hombre –de cada hombre- tiene su hora biológica, su hora natural y la providencial. Por lo tanto, la vida no puede ser atentada ni antes de su momento preciso eutanásicamente, ni después de él, prolongándola con artificiosidad distanásica. La muerte en rigor acontece en su oportuno momento, el cual resulta estar expresa en el neologismo ya citado de ortotanasia³⁵⁵.

Por último no se puede dejar de compartir con la autora, que seguramente la nombrada diferencia ha tenido algún tipo de conveniencia para la construcción jurídico legal de la práctica médica actual; sin embargo no se puede dejar de notar también, que dichas afirmaciones también suman para el nombrado desconcierto en la temática, puesto que equiparar lo que intrínsecamente no es equiparable puesto que son materialmente diversas las

³⁵⁴ Dice Aristóteles “Postular o tomar lo del primero es demostrar por sí mismo lo que no está claro o no es conocido por sí mismo, esto es: no demostrar” (*Analíticos primeros*, 65a27). Se dice también que se comete el nombrado sofisma de dos maneras: a) Porque se utiliza como premisa lo mismo que afirma la conclusión o cuya verdad depende de ella; b) Porque se utiliza como premisa algo cuya verdad no está probada (cfr. García Damborenea, R.; *Uso de razón- Diccionario de falacias*, Madrid, Nueva, 2000, pág. 286 y ss).

³⁵⁵ “No resultan aceptables moralmente tanto la eutanasia en sentido estricto como la distanasia. Sólo la ortotanasia es el camino ético adecuado (...) La ortotanasia es la muerte a su tiempo, sin abreviaciones tajantes y sin prolongaciones desproporcionadas del proceso de morir, tratando de brindar en dicho proceso la mejor calidad de vida posible al enfermo” (Centro de Bioética, *Documento Orientaciones bioéticas sobre eutanasia, muerte digna y cuidados paliativos*, Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, N° 2, 1999, pág. 2).

realizaciones y las intencionalidades del sujeto, hace que luego la igualación que se postula deviene errada.

Sencillamente la conducta que se cumple en la equivocada 'eutanasia pasiva', es de consecuencia con lo natural junto a una medicina paliativa noblemente comprendida que como tal supone, que la cura o el control a largo plazo de la enfermedad ya no es posible y que se preocupa entonces, por brindar el nivel más alto posible de atención al paciente; en el otro supuesto –eutanasia activa- existe sin más eutanasia, porque reconocido que queda que el dolor no es controlable o controlable que fuera, pero con una calidad de vida notoriamente devaluada³⁵⁶, se decide por acortar un camino que como tal y prima facie, parece irreversible y entonces se da muerte al enfermo³⁵⁷. Por todo ello es que hemos venido considerando a lo extenso del presente comentario, que en modo alguno resultan ellas equiparables, y admitir la dualidad de la voz eutanasia entre activa y pasiva o también eutanasia directa o indirecta; en definitiva lo único que hace es seguir colaborando a dicho núcleo de incertidumbre y equivocidad que en modo alguno creemos que haya sido tampoco fruto de una mera casualidad³⁵⁸.

Por todo lo que hemos indicado a propósito de los actos eutanásicos activos o pasivos, es que cerramos el punto

³⁵⁶ Con lo cual se advierte, que lo que antes habíamos nombrado como mero accidente de la misma dignidad del hombre; se ha convertido en la misma sustancia esencial de la naturaleza humana; generándose entonces una nueva noción de dignidad humana como es la misma calidad de vida.

³⁵⁷ Bien ha marcado este criterio en modo alguno menor, el mismo Javier Gafo quien afirma: "Eutanasia: Dejando de lado su origen etimológico, creemos que debería restringirse hoy la utilización de este término a aquellas situaciones en que se accede a poner una acción positiva con la que se quita la vida a un enfermo, que pide o exige que se ponga término a su vida" (*Eutanasia y ayuda al suicidio*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 1999, pág. 46).

³⁵⁸ Desde este punto de vista hemos visto que autores católicos notables, quizás por acortar algún camino al público en general, se prestan a dicho equívoco con notable favor consecuente a tesis como la que ahora denunciamos, que tienden a efectuar mas por carácter transitivo que por otra cosa, el mismo resultado –y también juicio- a un modo de eutanasia –activa o directa- que a otra –pasiva o indirecta-. Así se anota "La eutanasia indirecta puede ser admisible ética y moralmente, porque ni en la realidad ni intencionalmente se quiere acortar o quitar la vida. Tan sólo se acepta o tolera tal acortamiento de la vida o anticipación de la muerte porque se da suficiente motivo proporcionado y grave para ello en relación con los efectos positivos que también se consiguen y por la forma indirecta con que se origina el acortamiento de la vida o la anticipación de la muerte" (Higuera Udías, G.; *Eutanasia y distanasia. Problemas éticos-morales* en trabajo En la Vida y en la Muerte somos del Señor, Valencia, Edicep, 1993, pág. 119).

afirmando que el acto pseudo-médico de la eutanasia activa, sin duda que ahora no es de un mero acompañamiento en el desarrollo progresivo y natural de la decrepitud de la vida, sino como de una afectación directa sobre la vida ya decrepita que ciertamente pueda existir, para que ella como tal se frustre³⁵⁹.

La acción médica en tales circunstancias no es ni de cura, ni tampoco de alivio y consuelo; es claramente tanática y ello en verdad que parece ser, una categoría epistemológica que dista todavía bastante de poder ser admitida dentro de la ortodoxia médica³⁶⁰. En rigor que no somos nosotros quienes a ello podemos decir, porque definitivamente carecemos del obvio argumento de autoridad por no integrar dicha comunidad profesional, mas no se nos escapa la triste opinión que el Dr. Kevorkian despertó entre sus pares, cuando transitaba carreteras con su automóvil tanático, dispensando a enfermos terminales su misma opción final³⁶¹.

En manera no igual, puesto que los tiempos todavía son diferentes. La misma ley holandesa generó la airada impugnación de ser violatoria de la Declaración de Ginebra de 1948 suscripta por la Asociación Médica Mundial, o contra los principios de Ética Médica Europea firmados por

³⁵⁹ Al sólo efecto de dejar suficientemente aclarado a que realidades se refieren las nociones de 'auxilio al suicidio' y de llevar a cabo la terminación de la vida del paciente a su propia solicitud; nos ha parecido esclarecedor el siguiente párrafo de las autoras citadas Luna y Salles, pues dicen: "Un caso paradigmático de suicidio asistido es el del paciente que pone fin a su vida con una dosis letal de una medicación prescrita por su médico con la intención de ayudarlo. En cambio, un caso paradigmático de eutanasia activa sucede cuando, a pedido del paciente, el médico le administra dicha dosis letal con la intención de evitar un sufrimiento mayor. En ambos caos, el médico juega un papel causal importante y es el paciente quien toma la decisión. Pero mientras en el suicidio asistido, el médico se limita a ayudar al paciente a que se suicide, en la eutanasia activa, el médico es directamente responsable de la muerte del paciente" (*Decisiones de vida y muerte*, Bs.As., Sudamericana, 1995, pág. 114).

³⁶⁰ De cualquier manera no se puede omitir señalar, a manera de aclaración pertinente, que existe en nuestra República un movimiento médico importante que se conoce como de 'La Nueva Tanatología' y que en verdad, se encuentra en las antípodas de cultivar con preocupación la ciencia de la muerte y del morir tal como es, la tanatología. Los nombrados basan su realización en el principio de 'cuidar mas allá de curar', proponiéndose disminuir sufrimientos de pacientes, mejorando la calidad de vida de ellos y colaborar a que se preparen para la muerte, reconciliándose con la vida, si es el caso" (vide Martínez Bouquet, C.; *La nueva tanatología* en Cuadernos de Bioética N° 1 (1997) pág. 163-167).

³⁶¹ Kevorkian, J.; *Eutanasia- La buena muerte*, Barcelona, Grigalbo, 1993.

los miembros de la Comunidad Europea en la Conferencia de los Profesionales Médicos en el año 1987³⁶². Todo ello sin indicar aquello que evidentemente resulta más obvio y ostensible: la razón de la medicina es la curación del enfermo, la mitigación del dolor y la condolencia ante el trance de la muerte del enfermo cuando no existe curación posible –curar, aliviar y consolar–; el médico que aún a requerimiento del paciente colabora activamente, en pos de un resultado intencional diferente no cumple con un acto médico; sino pues que acredita con ello su doble fracaso desde lo técnico en primer lugar porque no ha podido ofrecer una alternativa que resultara satisfactoria y digna para el enfermo, y desde lo humano personal, porque no se ha sentido impuesto de valorar al otro desfalleciente como un ser primariamente necesitado de afectos y atención personal, antes que de una inyección letal³⁶³.

La aceptación de la eutanasia es lo análogo a la admisión del reconocimiento del fracaso de la medicina, pues aparece claramente desmotivante para la comunidad profesional que en vez de ocuparse por buscar nuevos adelantos respecto a la forma de la curación de ciertas enfermedades, derechamente se rinden ante el altar de la ejecución con el consiguiente costo en vidas humanas.

En el caso holandés tal como se advierte, es el médico quien ejecuta materialmente los procedimientos de muerte o colabora para que el paciente los pueda como tal efectuar, previo cumplimiento de un conjunto de extremos dispuestos por la misma ley, para que el nombrado procedimiento no merezca reproche jurídico, puesto que el descrédito social –aunque se intente de alguna manera silenciar– obviamente que existe. Y si bien se puede sostener que la vida es una cuestión acerca de la cual existe una clara autonomía, para mantenernos dentro de una esfera propiamente racional del problema –sin perjuicio de que nos resulte de extrema dificultad quitar también de ella su perspectiva trascendente y de ser siempre donación divina– y por lo tanto, todo individuo personalmente con muchas o pocas razones, podrá terminar disponiendo de ella; mas lo que no parece posible, es que pueda efectuar esa enajenación del

poder dispositivo sobre su propia vida a un tercero, con independencia que sea o no médico³⁶⁴.

La autonomía del sujeto-enfermo no parece posible que pueda dispensar a que definitivamente, sea un tercero el que juzgue si su propia decisión resulta adecuada o no a un determinado estado médico-clínico-psicológico y luego de ello, ejecutar o colaborar en el acto mismo de dar muerte; pues tan pronto como ese otro tercero médico, interviene en el proceso, evaluando las condiciones externas del acto autónómico del paciente, asume una transitividad dicha autonomía que por eso mismo, hace que ella para el paciente deje de ser autonomía y se convierta derechamente en una petición sometida a un control externo y ajeno y por lo cual; de resultas que aparece que tal decisión no es autonomía sino heterónoma. Definitivamente depende de otro que se pueda o no cumplir, se trata entonces de un acto claramente transitivo y está claro que –y siempre desde el nivel puramente racional del problema– no existe otro posible, que no sea uno mismo, quien pueda disponer de su propia vida. Toda disposición que se hace de la vida ajena en tales condiciones, resulta civilmente cuestionable.

Adviértase que allí no existe en manera alguna autonomía en la elección por el paciente, puesto que en rigor de verdad se está trasladando la misma dimensión autónómica, a que sea otro quien defina por el nombrado enfermo y que como tal, no está en modo alguno bajo las mismas condiciones ni físicas ni psicológicas que le permitan hacer una evaluación semejante a la que realiza quien si tiene la autonomía para la definición y disposición sobre su misma vida.

Está fuera de duda, que existen muchas actividades, ejecuciones, realizaciones, en que la dimensión autónómica del sujeto puede ser trasladada y aquél que aparece como beneficiario de la misma, la puede ejecutar, realizar o actuar como si fuera el cedente de lo autónómico; mas cuando se trata de trasladar la misma facultad de disponer de la vida, no estando el cesionario-médico en las condiciones semejantes a quien cede –cedente-enfermo–; el nom-

³⁶² En dicho orden la importante Asociación de Holandesa de Enfermos (*Nederlandse Patienten-vereniging (NPV)* en un comunicado oficial atenta contra el artículo 2, párrafo 1, de la Convención Europea sobre la tutela de los derechos de la persona y de las libertades fundamentales, según el cual, el derecho a la vida de cada individuo esta protegido por la ley (vide www.edufam.net/tinter/com172.htm).

³⁶³ En particular Brugarolas Masllorens, A.; *La atención al paciente terminal* en Manual de Bioética General, Madrid, Rialp, 1994, pág. 378 y ss.

³⁶⁴ Precisamente por esta circunstancia es que la misma ley holandesa debe verse como una verdadera excepción a la misma cultura anglosajona, profundamente liberal. Pues en el ámbito de la público, priman los principios éticos de no-maleficencia y justicia; y en lo privado, el de autonomía y beneficencia; por lo cual, pensar desde la cultura liberal contemporánea que otro pueda disponer sobre un ámbito de la privado y claramente autónómico como es la propia vida, como si fuera suya, aparece como un exceso (cfr. Gracia, D.; *Ética de los confines de la vida* en *Ética y Vida: Estudios de Bioética*, Bogotá, El Buho, 1998, T.III, pág. 294). Un análisis jurídico de dicho aspecto puede ser consultado con interés en Jakobs, G.; *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

brado cesionario de la autonomía y médico que en el caso deberá llevar adelante la gestión pseudo-médica y claramente tanática, no están en condiciones de equiparación que permitan que pueda cumplir adecuadamente con la cesión autónoma que defectuosamente se le intenta realizar y como tal, resulta oprobioso para el mismo derecho que a ello como tal se lo pueda legalizar.

Porque si bien es cierto, que el derecho normativo exige para poder desarrollarse de un número no menor de las mismas ficciones jurídicas; nadie puede ignorar que admitir la existencia de las ficciones dentro del ordenamiento jurídico, es lo mismo que acoger la institucionalización de la mentira sobre determinada materia o cuestión; mas de allí poder llegar a atender la misma farsa que el médico se encuentra en lugar del enfermo y luego que puede, actuar la ejecución tanática por esa sola razón, deviene exorbitante en sus mismas facultades: una cosa es acordar efectos jurídicos sustanciales o procesales a una ficción porque con ella se compromete derechos patrimoniales o extrapatrimoniales, mas hacerlo sobre el derecho a la misma disposición de la vida es claramente diferente.

Creemos entonces, acorde a lo que hemos señalado en el acápite 'B'; que cuando la ley se refiere en el nombrado artículo 1, inc. 'b' al 'auxilio al suicidio', pues que no existe allí una categoría suficiente que como tal autorice a que pueda haber dicha traslación de competencia de autonomía del enfermo al médico y que finalmente pueda como tal, legitimar el mencionado accionar médico.

Volvemos entonces a reiterar, que una cosa es la actitud pasiva y ortotanásica que el médico puede tomar y que se verá claramente mejorada cuando existe un requerimiento en dicho sentido por el propio paciente, de no actuar el profesional distanásicamente; a aquella otra que implica, ejecutar la misma acción que como tal resulta ser definitivamente la causa eficiente de la misma muerte del paciente, o sea eutanásica.

V.- COMENTARIOS A LOS 'REQUISITOS DE CUIDADO Y ESMERO PROFESIONAL' (art. 2)

Capítulo 2 - Requisitos de cuidado y esmero profesional

Artículo 2

1) Los requisitos de cuidado a los que se refiere el artículo 293, párrafo segundo, del Código Penal, implican que el médico:

a) ha llegado al convencimiento de que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada,

b) ha llegado al convencimiento de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejora,

c) ha informado al paciente de la situación en que se encuentra y de sus perspectivas de futuro,

d) ha llegado al convencimiento junto con el paciente de que no existe ninguna otra solución razonable para la situación en la que se encuentra este último,

e) ha consultado, por lo menos, con un médico independiente que ha visto al paciente y que ha emitido su dictamen por escrito sobre el cumplimiento de los requisitos de cuidado a los que se refieren los apartados a) al d) y

f) ha llevado a cabo la terminación de la vida o el auxilio al suicidio con el máximo cuidado y esmero profesional posibles.

2) El médico podrá atender la petición de un paciente, que cuente al menos con dieciséis años de edad, que ya no esté en condiciones de expresar su voluntad pero que estuvo en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses al respecto antes de pasar a encontrarse en el citado estado de incapacidad y que redactó una declaración por escrito que contenga una petición de terminación de su vida.

Se aplicarán por analogía los requisitos de cuidado a los que se refiere el párrafo primero.

3) Si se trata de un paciente menor de edad, cuya edad esté comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, al que se le pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto, el médico podrá atender una petición del paciente de terminación de su vida o una petición de auxilio al suicidio, después de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, haya(n) participado en la toma de la decisión.

4) En caso de que el paciente menor de edad tenga una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años y que se le pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto, el médico podrá atender una petición del paciente de terminación de su vida o a una petición de auxilio al suicidio, en el caso de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, esté(n) de acuerdo con la terminación de la vida del paciente o con el auxilio al suicidio. Se aplicará por analogía el párrafo segundo".

Ingresando ahora sobre lo indicado en el artículo 2 del texto, y que se refieren a los requisitos que la ley señala que una vez cumplidos, serán suficientes para dispensar la punición penal al médico interviniente, debemos advertir que son seis requisitos que a la vez, son todas condiciones necesarias que tiene que cumplir el nombrado médico respecto al paciente en algunos casos, respecto a determinada rutina administrativas en otros y finalmente de información a ámbitos públicos que a la vez, hacen de segundo control.

A.- PETICION VOLUNTARIA Y MEDITADA

El primero de los incisos impone a que el médico tenga la convicción, que la petición que realiza el paciente ha sido bien meditada y además de ello voluntaria. En rigor la primera consideración que se puede hacer, y no sólo para el presente inciso sino para la totalidad de ellos, se vincula con la misma seriedad y entidad que la propia conciencia del enfermo pueda tener en dicha ocasión y en grado transitivo, la posibilidad de que la nombrada decisión pueda ser trasladada adecuadamente.

En primer lugar queremos advertir, que no se debe ver en la mencionada afirmación ninguna vuelta desmesurada a actitudes de paternalismo médico, en donde el enfermo además de un determinado padecimiento clínico tiene también una notoria incapacidad para pensar y por lo cual paternalistamente el médico piensa por él³⁶⁵. Lejos de ello. Mas no parece fuera de ningún contexto de realidad señalar que quien se siente próximo a la muerte, debe valorar y medir distinto el mismo momento que se encuentra viviendo al que lo hace quien no se encuentra en dicha situación, basta pensar, en cómo se relativiza la totalidad de lo sensible y mundano de lo terrenal frente a la inminencia de la muerte y pues parece ser que ello fuera de cualquier duda, alguna incidencia también habrá de tener al mero nivel psicológico para tomar una decisión de semejante trascendencia y que de seguro entonces que algún grado de no-objetividad posee³⁶⁶: el estado de depresión del paciente es

inocultable, de allí que la voluntad del mismo se encuentre claramente sesgada.

Y tal como se advierte, sin ingresar a considerar el grado de elevada sugestión que por terceras personas – familiares o no- puedan haber llegado a influir en la misma toma de decisión por el enfermo, con lo cual se abre³⁶⁷ espacio al no menor campo de los abusos en dicho tema.

Obviamente que con dichas consideraciones no colocamos en duda, que el moribundo podrá tomar definiciones tan complejas y trascendentes como la vinculada con la vida misma; como tampoco ignoramos acerca de las nombradas declaraciones que en el lecho de muerte diferentes personalidades realizaron, y por lo cual siguieron³⁶⁸ demostrando de una estructura de pensamiento preclara.

Mas lo que ponemos seriamente en duda, es que la captación o lectura que de tales cuestiones pueda hacer el médico sea realmente la ajustada a dicha verdad. No dudamos que los mismos mecanismos inconscientes que se pueden poner en marcha frente a tan desgraciado acontecimiento, pueden movilizar actitudes equivocadas como así también de indisimulable falta de claridad conceptual objetivamente considerada; que como tal no permitirán casi nos atrevemos a señalar en ningún supuesto si la evaluación realizada por el paciente ha sido bien o mal meditada.

En rigor no se nos escapa, que en la proyección el mencionado extremo quedará reducido a una mera constatación empírica de que el paciente no se lo advierta in situ claramente coaccionado; mas no quiere ello decir que efectivamente no lo haya sido en algunos momentos anteriores por algún miembro de su misma familia. Como a la vez, cumpliendo el médico con el llenado de un detallado for-

hizo el moribundo, cuando quien la juzga se encuentra siempre necesariamente lejos.

Se ha dicho que “Esta experiencia de la vivencia de la muerte se basa en una verdad primaria: la muerte no es una ‘unidad existente’. Como lo dice M. Oraison: ‘Lo que hay, somos nosotros que morimos. Se trata exclusivamente de un hecho, y más precisamente de un hecho que no ocurre a nosotros o como suele decirse: de un acontecimiento personal’”(Thomas, L.; Antropología de la muerte, México, FCE, 1993, pág. 271).

³⁶⁷ *Cfr. Condemarin, P. Eutanasia en Anales de la Universidad de Chile N° 6 (1997), Santiago, pág. 32 y ss.*

³⁶⁸ *Se anota seguramente en la investigación más completa sobre la muerte que: “Sintiendo el moribundo su fin cercano, tomaba sus disposiciones (...) Así dispuesto, el moribundo puede cumplir los últimos actos del ceremonial. Comienza por un recuerdo triste y discreto de las cosas y los seres que ha amado, por un resumen de su vida, reducida a las imágenes esenciales...” (Ariès, P.; El hombre ante la muerte, Madrid, Taurus, 1999, pág. 20).*

³⁶⁵ *Se ha dicho que “De ahí que en la relación clínica clásica el enfermo estuviera sometido a un fuerte proceso de infantilización (...) Por el propio hecho de la enfermedad pues, todo enfermo debía ser considerado un incompetente moral. No podía ni debía tomar decisiones. Y la única virtud moral exigible al paciente era la obediencia” (Gracia, D.; Bioética clínica en Estudios de Bioética, Bogotá, El Búho, 1998, T.II, pág. 72).*

³⁶⁶ *Ni siquiera podemos señalar que los llamados supuestos de la ‘muerte por otros’ y que como tal, es aquella situación por la cual puede el otro experimentar dolorosamente la ausencia-muerte del amado; es sólo ello una aproximación siempre deficitaria de mi propia muerte, puesto que esa como tal lo deja vivo. De allí que mucho cuesta en verdad comprender, cual es el grado de comprensión de la meditación que de la muerte*

mulario pre-impreso donde se hayan depurado fórmulas de rigor a tal respecto; con lo cual tampoco reflejará dicha realización que efectivamente la nombrada conclusión del enfermo, y que el médico en la circunstancia constata, haya sido realmente bien considerada y ponderadamente meditada.

Adviértase incluso, que el nombrado médico que cumplimenta con tales actividades es quien ha llevado adelante la atención anterior de dicho paciente y por lo tanto, es muy posible que su misma especialidad puede estar muy alejada de aquellas otras, que le permitan reconocer con mayor cuota de éxito el funcionamiento mismo de los llamados mecanismos de defensa, o de falsas estrategias mentales que el propio enfermo puede generar consciente o inconscientemente para producir el mismo acto de información acerca de la adecuada ponderación de la decisión que ha sido obtenida. Las nombradas observaciones de todas maneras corresponde señalar, que igualmente quedarán subsistentes aun cuando se utilicen por carácter supletorio los llamados ‘test de medición de capacidad’ y que fueron produciéndose como mejoradores al formulado por los Dres. Roth, Meisely Lidz en el año 1977³⁶⁹.

Definitivamente que el convencimiento que el médico tenga, será siempre relativo entonces, y que como tal aparece de suma gravedad puesto que no se puede perder de vista ni siquiera por un instante, que ello le otorga las facultades para la realización del acto transitivo de dar muerte a su paciente. A ello no se le puede dejar de anexar, que en términos de inversión de tiempos profesionales, de asignación de recursos económicos en salud³⁷⁰, como así también de gestión de desgaste profesional, resultará desde ya siempre más expedito y menos complicado, siempre que en términos generales la cuestión no parezca desmedida y por ello posible de traer algún tipo de complicación; evaluar afirmativamente la decisión del moribundo.

³⁶⁹ Roth, L; Meisel, A.; Lidz, C.; *Test of competency to Consent to Treatment in American Journal Psychiatry* 1977, 134 (3) pág. 279/284 citado por Lorda, P.; *La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas* en Estudios de Bioética, Madrid, Dykinson, 1997, pág. 123 y ss.

³⁷⁰ Se puede afirmar que en los países desarrollados las estadísticas indican que casi el 70% de las muertes se producen en los Hospitales, como así también que el 80% del gasto sanitario se invierte en los tres últimos años de vida de las personas. De allí sin duda alguna, que la eutanasia puede presentar una forma eficiente para ahorrar presupuestos en salud.

B.- DOLOR INSOPORTABLE SIN MEJORA ULTERIOR

1.- El inciso siguiente –b- y que también padece de los mismos vicios que el anterior respecto a lo que se vincula con el convencimiento, pues nos enfrenta a otros dos temas de no menor importancia, como es que el padecimiento del enfermo resulte insoportable por una parte, y que no existe esperanza de mejora por la otra.

En cuanto concierne al primero de los aspectos, sin duda de mayor gravedad que el restante problema, pues no podemos ocultar nuestra severa preocupación para lograr racionalizar dicha aseveración y luego de ello, poder colocarla dentro de algún parámetro que pueda ser cuantificada objetivamente.

La ley requiere que el padecimiento sea ‘insostenible’, mas la primera cuestión es saber si se refiere a los padecimientos físicos, espirituales o también morales. En verdad que una hermenéutica adecuada de la ley, permitiría afirmar que no habiéndose efectuado el mencionado distingo³⁷¹ ella alcanza a cualquiera de los mencionado aspectos y si bien puede parecer más grave y severo, que una persona se encuentre afectada de un cáncer pulmonar a que le hayan amputado ambas piernas, se nos ocurre pensar, que si se trata de un bailarín, seguramente que ello importara para el nombrado artista un padecimiento espiritual el citado déficit, tan severo, que es muy probable y siguiendo la lógica de la ley holandesa, que no resulte posible evitar estar convencido el médico del padecimiento de tal naturaleza insostenible que dicho artista padece y en función de ello, colaborar en el mencionado acto eutanásico. Sin embargo a poco de transitar, no se pueden ocultar el conjunto de despropósitos que ello puede significar.

Tronchar una vida siempre es grave y lastimoso, mas poder colaborar legalmente para ello, no otorgándole en el caso al artista, la posibilidad a que descubra que además de sus piernas tiene el resto de su corporeidad con suficiencia para continuar disfrutando de la vida; y si bien no se puede dudar que ello habrá de importar algún tiempo en ser percibido resulta también inexorablemente que acontecerá, pues así lo demuestran los miles de casos de personas que han visto por una u otra razón frustradas las expectativas de ámbitos de vida por determinadas pérdidas disfuncionales.

Sin embargo la ley holandesa le arrebató de alguna manera a ese individuo del tiempo para la nombrada reflexión, ofreciéndole a cambio la posibilidad de tomar un camino relativamente inmediato y que como tal, aunque sea

³⁷¹ Resulta una regla de hermenéutica primaria aquella que sostiene que *interpretatio cessat in claris*.

ponderado y meditado, lo será siempre ello en una temporalidad tan breve que como tal, desvirtúa la misma severidad de la meditación.

Otro de los aspectos que resulta altamente cuestionable en el tópico es lo vinculado con que el padecimiento debe ser 'insoportable'; y que resulta estar indicado en el inc.ºb' del nombrado artículo. En tal orden debemos señalar que si bien es cierto, que existen un conjunto de parámetros que permiten efectuar una especie de tabulación respecto a los diversos 'grados de dolor', no menos cierto es que han sido realizadas dichas taxonomías principalmente sobre la base de elementos objetivos externos, tales como: movilidad, comunicabilidad y otros que son reflejos clínicos. Pero en rigor de verdad, en ninguno de los casos puede existir una posibilidad de alguna manera uniforme en cuantificar el dolor y mucho menos de poder transmitir al mismo.

En dicho orden resulta valioso tener presente que en términos generales se ha afirmado que el dolor, es una experiencia somatopsíquica en la que el componente físico sólo juega un papel del 35% de la experiencia dolorosa³⁷²; de manera tal que los elementos psicológicos, espirituales y sociales conforman la expresión o acción evocada individual de la sensación psíquica-dolorosa; de ella se ha dicho que "viene matizada en cada enfermo según su nivel cultural, sus creencias religiosas y su grado de conocimiento de la enfermedad"³⁷³.

De allí que tales aspectos son como claramente demostrativos que la nombrada objetividad del dolor que se pretende lograr, a través de la caracterización de que el nombrado es 'insoportable' en modo alguno existe. En rigor y atendiendo a la obvia incidencia de los aspectos psicoemocionales en su configuración, pues es el dolor siempre individual y propio a cada uno de los enfermos, es

³⁷² *Seguramente que mucho tiempo atrás, los médicos helénicos ya lo habían advertido y por ello insistían de no menor manera que junto al deterioro que en el enfermo el dolor causa; correspondía la asistencia por la palabra puesto que ella, se convertía en auténtica psicoterapia verbal. En tal orden recuerda Pedro Lain Entralgo que "La salud anímica de un hombre, condición de su salud somática y necesario presupuesto para la recta administración de cualquier medicamento, consiste, pues, en el buen orden de las dos partes principales de su alma: aquella en que predomina lo racional o lógico, modificable por la acción de la dialéctica, y aquélla otra en que prepondera lo irracional o creencial, susceptible de educación por el encanto persuasivo de la epodè, el bello discurso o el mito" (La curación por la palabra en la antigüedad clásica, Madrid, Revista de Occidente, 1958, pág. 174).*

³⁷³ Benlloch Poveda, A.; *Aspectos pastorales en los trabajos del CEDV en En la Vida y en la Muerte somos del Señor, Valencia, Edicep, 1993, pág. 180.*

a ellos y no a los demás a quien duele; y con independencia que pueda el médico tabularlo al mismo con alguna suerte de barómetro del dolor, lo cierto es que el mismo nunca podrá atender las variables no fisiológicas y por lo tanto tampoco, conseguir establecer alguna pauta objetiva de cual dolor es insoportable y cual es soportable.

En definitiva, bastará con que se denuncie padecer el dolor insoportable para que el mismo habilite la condición necesaria para poder reclamar el acto eutanásico. En tal aspecto habría que señalar que la norma general que es la ley, pues viola una de las características generales que hace a la misma esencia de ella, como es que sea general³⁷⁴. El supuesto de hecho en el caso que ahora nos ocupa, en modo alguno puede ser comprendido como general, puesto que no se ajusta a una conducta regular y típica de 'dolor insoportable', sino que remite a una condición subjetiva pura y por lo tanto, claramente discriminatoria en una medida y arbitraria en la restante.

El supuesto de hecho en la ley holandesa es entonces, particular y no general porque está fuera de duda, que existen individuos que están dispuestos a sacrificios y dolores que otros en modo alguno podrían sobrellevar, y ello en manera alguna resulta posible de ser cuantificado externamente, cada uno conoce aquello que le duele y cuánto es que le duele; volvemos a reiterar que "el dolor es el resultado individual y específico de la interrelación entre los siguientes componentes: a) Sensación física transmitida por un sistema nociceptivo, b) Estado psicoemocional del paciente y c) Creencias, influencias y fantasías que actúen sobre el enfermo"³⁷⁵. Aparece como un severo despropósito el intentar cuantificar el dolor individual, como igualmente que sería en vano, tratar de medir la alegría espiritual que los individuos poseen; y ello se ve multiplicado en la complejidad de la construcción normativa, cuando además es una tercera persona la que tiene que evaluar el grado de insoportabilidad que tiene el dolor.

Además de esta deficiencia que se podría considerar claramente sustancial y ordenada respecto a la cuantificación objetiva del padecimiento y sólo admitiendo que por ello comprendemos dolor físico, puesto que como tendríamos oportunidad de señalar, pues resulta obvio que existen otros tipos de padecimientos no físicos y que por lo tanto, denunciados que sean ellos como insoportables porque igualmente resultan de absoluta desmarcación por paráme-

³⁷⁴ *Cfr. De Cabo Martín, C.; Sobre el concepto de ley, Madrid, Trotta, 2000.*

³⁷⁵ Benlloch Poveda, A.; *Aspectos pastorales en los trabajos del CEDV en En la Vida y en la Muerte somos del Señor, Valencia, Edicep, 1993, pág. 180.*

tros externos y objetivos, es que el acto eutanásico quedará formalmente habilitado.

Mas volviendo a la hipótesis de que el padecimiento sea el dolor físico, en rigor no se puede desconocer, que la voluntad misma del enfermo, cumple en la emergencia un papel decisor pues sólo él conoce, la cuantificación de su dolor y por ello, el carácter de insoportable del mismo; pero a la vez, no se puede ocultar que la mencionada voluntad subjetiva individual se encuentra claramente alterada. Alterada al grado tal, que el mismo dolor según los datos de los cuales disponemos queda conformada en gran medida por sus propias competencias psicológicas: de esta manera aparece gravitante una suerte de razonamiento circular que como tal sostiene la misma estructura nuclear de la ley, lo cual en rigor de verdad no hace otra cosa, que poner en grado de evidencia un severo despropósito dentro de ella.

Se ha dicho y creemos con la mas absoluta evidencia científica, que generalmente el paciente que solicita su propia muerte se encuentra, en muchas ocasiones, en un estado de depresión tan notoria, que hace difícil que se pueda considerar dicha decisión como una tal verdaderamente libre. No se podría dejar de advertir en dicho orden de cuestiones, que tal como los estudios de la doctora Elizabeth Kübler Ross sugieren, pues que el moribundo sigue su propio proceso psicológico ante la enfermedad y el mismo se va mostrando a lo largo de periplo en diversas fases, iniciándose con una que es la misma negación, ira, regateo y depresión, seguida de una segunda fase de aceptación³⁷⁶; con lo cual bien puede acontecer que el reclamo de la eutanasia por parte del enfermo, sea coincidente con dicha fase de severa angustia y que tal como, en términos generales la misma ciencia médica tiene acreditado, resulta una primer estadio³⁷⁷ en el difícil proceso del paciente en estado terminal y que también en muchos casos, resulta ser etapa

³⁷⁶ La nombrada clasificación se enumera en la siguientes fases: negación, ira, pacto, depresión y aceptación. Con posterioridad se formularon algunas otras más completas, por caso Sporken dice: 1. Fase de ignorancia: conspiración del silencio; 2. Fase de inseguridad: esperanza y expectativa; 3. Fase de negación implícita: se hacen planes ambiciosos de futuro; 4. Fase de comunicación de la verdad. Es conveniente comunicarlo en estadios tardíos; 5. Fase de negación, depresión y aceptación.

³⁷⁷ La noción de estado terminal, define una situación de muerte inminente inevitable, en la que las medidas de soporte vital sólo pueden conseguir un breve aplazamiento del momento de la muerte. Se afirma también, que para poder hablar con propiedad de estado terminal ha de tratarse de una enfermedad incurable con pronóstico infausto a corto plazo. No puede considerarse paciente en estado terminal al que, con una enfermedad incurable y de pronóstico fatal, tiene una esperanza de vida razonable superior a seis meses.

también superada ulteriormente. Con la gravedad obviamente que aquí dicho tránsito se ha impedido de cumplir, por la muerte anterior del sujeto.

De tal forma, que colaborar con el reclamo de eutanasia que efectúe el paciente, significa en gran medida interferir el ciclo psicológico que los pacientes llevan en el mismo curso del trabajo de la muerte en la expresión de Kübler Ross. Sin duda que aquellos que completan con éxito esta transición psicológica, de la negación a la aceptación, mueren con un espíritu esperanzado. La eutanasia no sólo que es intrínsecamente maléfica, sino que operativamente impide conseguir en el enfermo este objetivo igualmente primario, como es ganar una reflexión esperanzadora acerca de la experiencia de la muerte, la que queda arrebatada en modo imperdonable por la misma ciencia médica que colabora acelerando los tiempos históricos, privando al paciente del espacio psicológico de la nombrada experiencia³⁷⁸.

En esta línea, el Dr. Robert Twycross, Profesor de medicina paliativa en la Clínica MacMillan de la Universidad de Oxford, concluye: "He trabajado durante veinte años en la medicina paliativa. Cuando se tienen en cuenta todos los factores -físicos, psíquicos, sociales y espirituales-, la eutanasia no es la respuesta"³⁷⁹.

Cabe agregar además que hoy por hoy, la medicina paliativa se ve acompañada en algunos países bajo un modelo de 'Unidades Hospices' o simplemente 'Albergues', que rigurosamente se han convertido en un verdadero símbolo de la mejor medicina que se puede ofrecer para este tipo de pacientes³⁸⁰.

³⁷⁸ Señala Thomas, al menos desde la autoridad de la estadística en la cual afirma cada tesis, que en los casos que el moribundo ha logrado la aceptación de la realidad que se le avecina, y acoge con serenidad la muerte; se advierten incluso 'mejoras espectaculares' -aunque en rigor clínico no sean tales- y que se exteriorizan por un desencadenamiento de la libido que se muestra por medio de dos movimientos que pueden estar relacionados y que se pueden señalar como: una apetencia relacional y una expansión libidinal que introduce al paciente por última vez en el ámbito de la acción. Pues como se advierte, cualquier de las dos manifestaciones no son menores para quien está por morir, ni tampoco para quienes están sufriendo la muerte del moribundo (cfr. Thomas, L.; *La muerte - Una lectura cultural*, Barcelona, Paidós, 1991, pág. 71).

³⁷⁹ Vide Fernández Crehuet, J.; Eutanasia, atención a pacientes terminales y profesionales de la salud. Intervención en la comisión del Senado de España sobre eutanasia (1999) en Cuadernos de Bioética Nº 44 (2001), pág. 55/62.

³⁸⁰ El movimiento de los 'hospices' se inició en Gran Bretaña en 1948 bajo los aportes de la Dra. Cicely Saunders en St. Thoms Hospital, habiéndose ya consolidado como estructura compleja a partir de la década del setenta.

Lo cierto y definitivo en relación con el dolor físico, es que se puede afirmar sin riesgo a cometer falacia alguna, que por este tiempo existen medicamentos que hacen a la posibilidad real de poder controlarlo de manera eficaz en el 99% de los casos, tal como indica la misma Asociación Médica Británica; además de ello no se puede ocultar que integra parte de uno de los deberes positivos requeridos a la comunidad médica en general, en razón del llamado 'derecho a la dignidad' que los médicos han declarado reconocer y que se enuncia así: "El paciente tiene derecho a aliviar su sufrimiento, según los conocimientos actuales"³⁸¹.

En este mismo orden y con no menor trascendencia, si bien no desde la medicina, pero sí desde el punto de vista claramente confesional, en el Catecismo de la Iglesia Católica se ha sostenido: "Aunque la muerte se considere inminente, los cuidados ordinarios debidos a una persona enferma no pueden ser legítimamente interrumpidos. El uso de analgésicos para aliviar los sufrimientos del moribundo, incluso con riesgo de abreviar sus días, puede ser moralmente conforme a la dignidad humana si la muerte no es pretendida, ni como fin ni como medio, sino solamente prevista y tolerada como inevitable. Los cuidados paliativos constituyen una forma privilegiada de la caridad desinteresada. Por esta razón deben ser alentados"³⁸².

Resulta valioso puntualizar atento a lo indicado y para evitar caer en un exceso de la farmacología también, que se deben cumplir ciertas condiciones para que ellos no puedan encubrir en definitiva intenciones claramente eutanásicas, por caso: 1) Que no haya otra alternativa mejor que ellos, 2) No se pueden utilizar otras terapéuticas o utilizadas ellas, devienen fútiles; 3) Se advierte la existencia evidente de dolor físico en el paciente, 4) El enfermo cumplió o puede razonablemente hacerlo después, con sus deberes religiosos, personales, familiares y civiles respectivos. No debe existir entonces sobredosis alguna de analgésicos, el propósito debe ser aliviar el dolor al paciente y no eliminar al doliente³⁸³.

³⁸¹ Cfr. Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos de los Pacientes, adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial (1981), enmendada por la 47ª Asamblea General, Bali, Indonesia, 1995.

³⁸² Conferencia Episcopal Argentina, *Catecismo de la Iglesia Católica*, N° 2279.

³⁸³ Vide Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes de la Salud, *Carta de los Agentes de la Salud*, N° 123, donde se apunta: "Cuando 'motivos proporcionados' lo exijan, 'está permitido utilizar con moderación narcóticos que calmarían el dolor, pero también conducirían a una muerte más rápida'. En tal caso 'la muerte no es querida o buscada en ningún modo, aunque se corre este riesgo por una causa justificable: simplemente se tiene la intención de limitar el dolor de manera eficaz,

De todas maneras no se puede dejar de señalar, por ser ello también un dato de la realidad, que personas vinculadas con el movimiento de los 'hospices' han señalado, que aun pacientes claramente atendidos a la luz de la medicina paliativa, han expresado su deseo de morir de manera clara y meditada³⁸⁴; mas aun el Dr. Julius Hackethal, reconocido oncólogo y director de una clínica quirúrgica para enfermos oncológicos en Alemania, y que ha hecho de los cuidados paliativos una eficaz arma de tratamiento a sus pacientes, admite haber recibido con alguna frecuencia por parte de ellos el pedido de ayuda para el suicidio, y que dice también haber accedido a tal petición³⁸⁵.

A ello se le puede agregar una no menor consideración que fuera brindada por Sherwin Nuland, que desde una experiencia poco igualable, ha sostenido en manera concluyente que "En líneas generales, la muerte es trabajosa (...); aunque unos miles mueran de repente cada año tras un instante corto de malestar (...), sigue siendo verdad que tan sólo uno de cada cinco seres humanos muere en tan felices circunstancias. Incluso aquellos que se nos van rodeados de una paz ejemplar dejan a menudo a sus espaldas días y semanas de sufrimientos físicos y psíquicos"³⁸⁶.

De cualquier manera ello no obstaculiza las conclusiones anteriores, sin perjuicio de reconocer que no deja de tener la mencionada consideración una fuerte incidencia en la toma de decisión para la elaboración misma de la norma. Se podría a llegar a considerar incluso, que la ley holandesa que nos ocupa es un raro caso, en donde ha sido resultado en términos relativos claro está, de una utilización no aleatoria del mismo argumento ad misericordiam y que como es sabido, rigurosamente que es falaz, al menos en el campo que ahora nos ocupa³⁸⁷.

cuando para tal fin aquellos analgésicos de los cuales dispone la medicina''.

³⁸⁴ Cfr. Küng, H. y Jens, W.; *Morir con dignidad- Un alegato a favor de la responsabilidad*, Madrid, Trotta, 1997, pág. 93.

³⁸⁵ Cfr. Kraus, A. y Alvarez, A.; *La eutanasia*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1998, pág. 45.

³⁸⁶ Nulanda, S.; *Cómo morimos: Reflexiones sobre el último capítulo de la vida*, Madrid, Alianza, 1995, pag. 141.

³⁸⁷ La falacia ad misericordiam "Consiste en apelar a la piedad para lograr el asentimiento cuando se carece de argumentos. Trata de forzar al adversario jugando con su compasión (o la del público), no para completar las razones de una opinión, sino para sustituirlas" (García Damborenea, R.; *Uso de razón- Diccionario de falacia*, Madrid, Nueva, 2000, pág. 271).

En el supuesto que nos ocupa, en donde la cuestión no es meramente una posición o tesis argumentativa que se intenta defender, sino una ley que se pretende -y de hecho se obtuvo- promulgar, vuelven a brillar con color especial las consideraciones de quien fuera, uno de los más ilustres sofistas de todos

Por ello, admitir que hay dolores incontrolables o insoportables no tiene una justificación clínica rigurosa y por lo cual, bajo aspecto alguno pueden ser ellos el mismo supuesto de hecho de la norma jurídica. Pues por el contrario, creemos que el nombrado hecho genera un espacio para una especulación en modo alguna menor, como es la de abrir espacio para otras razones, tal como se ha deslizado ya, que son en verdad las que hacen a la misma realidad del instituto que la ley como tal regla; y que no sólo que hacen a la misma legalización de la eutanasia, sino que promueve su ejercicio³⁸⁸. Pues no sólo entonces, que la ley tolera la realización de la nombrada actividad, sino que decididamente promueve su ejecución, todo ello en atención de la misma laxitud de los requisitos que como tal la autorizan.

No podemos dejar de ocultar la no menor preocupación que nos embarga, cuando asistimos a normativas como la que en la ocasión analizamos. Pues un breve racconto histórico demuestra que no sólo que ella era previsible sino que ahora también, son preVISIBLES las nuevas consecuencias sociales que de la misma se habrán de generar. Se ha puesto en marcha sin duda, el argumento de la pendiente resbaladiza y que a poco de andar se advierte cumplido, otrora los promotores de la eutanasia y del suicidio asistido comenzaron por retirar la alimentación e hidratación a los enfermos comatosos, luego alentaron la existencia de suministrarles una inyección letal con el consentimiento de sus familiares; ahora, matando a propia petición a los moribundos que así lo solicitan, seguramente que luego darán muerte a quienes no lo soliciten pero sean terminales y quizás algún día, decidirán simplemente que enfermos deben vivir y cuales morir³⁸⁹.

los tiempos, Gorgias, quien dijera: “Las palabras que mueven a la piedad, las súplicas y ruegos a los amigos son eficaces cuando el juicio depende de la multitud” (*Defensa de Palamedes*, compilación Llanos, A.; *Los presocráticos y sus fragmentos*, Bs.As., Juárez, 1968, pág. 270).

³⁸⁸ En una apretada síntesis se puede señalar que aquéllas ‘otras razones’, de alguna manera se encuentran claramente sugeridas tras las siguientes categorías: ocultación de la muerte, cultura del bienestar y la ética utilitarista. En este orden el discurso de Juan Pablo II a los participantes en la V Asamblea General de la Academia Pontificia para la Vida: ‘La Dignidad del Moribundo’, del 27.II.99 resulta claramente elocuente, aun en su brevedad. En este mismo sentido, resulta valiosa la *Carta de los Agentes de la Salud*, del Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes de Salud, 1994, párrafo 147.

³⁸⁹ Formulamos un juicio tan severo sobre la base no sólo de lecturas que así lo orientan, sino por la gravedad que trasciende de una editorial del diario *The Wall Street Journal* (30.IX.99), en donde comentando el modelo holandés se refiere “Karel Gunning, médico y conocido opositor a la eutanasia en

Reiteramos que nos parece sumamente equívoca la noción que se ha utilizado en el texto, y en función de ello es que ya no podríamos sostener todo el crédito lingüístico que a la ley hemos dado mas arriba. Somos de la opinión que hablar del ‘padecimiento insoportable’, es haber elegido precisa y deliberadamente una noción de por si de una textura abierta y que como tal, difícilmente pueda encontrar cortapisas y que entonces, torna la soportabilidad -o su ausencia- en una cuestión protoplástica y que permite anidar bajo su matriz cualquier otra intencionalidad.

2.- Respecto a que no deben existir esperanzas acerca de la mejora del enfermo; pues nos coloca frente a otro tipo de dificultad, no se trata de una afirmación que resulte de imposibilidad controlar como la anterior; sino que se encuentra ella en los umbrales de ser ella falaz.

Todos los médicos o han tenido experiencias personales o conocen de otros que las han tenido, de situaciones médicamente terminales y que sin embargo factores que resultan propiamente extraños y poco explicables desde dicha perspectiva, han gravitado³⁹⁰ en tal manera que han modificado una diagnosis precisa³⁹⁰; desde este punto de vista con la misma tenacidad que se puede sostener la debilidad de la misma pena de muerte al conocer la falibilidad que los jueces han podido tener ya sea, en la merituación de la prueba o en el conocimiento de los hechos históricos que fueran juzgados; aquí acontece lo análogo. La existencia misma de un solo caso que como tal haya demostrado, que la misma existencia de la enfermedad terminal no implica rigurosamente siempre, el término de la misma vida del paciente, pone en severa tela de juicio la

el país, teme que estas medidas pequen de exceso de confianza en los médicos. Es bastante posible, afirma, que los médicos mientan al afirmar que el paciente solicitó la eutanasia. Para quien piense que tales temores son desproporcionados, conviene reparar en que el *Journal of the American Medical Association* detectó, al hacer una encuesta entre médicos holandeses, que en un gran número de las eutanasias practicadas en Holanda entre 1990 y 1995, no hubo petición alguna por parte del paciente”.

³⁹⁰ Desde una perspectiva católica en verdad que resulta fácilmente comprensible el tema, toda vez que corresponde que sea ubicado en un contexto de esperanza, tal como se ha definido: “La esperanza cristiana lleva en sí la base para nuevo despliegue, como ella es por su parte despliegue de la fe. Entre los frutos de la esperanza pueden mentarse la oración, la paciencia y la caridad.

“El que reconoce por la fe que está destinado por Dios a un fin sobrenatural, que no puede alcanzar por sus propias fuerzas, sino sólo con ayuda de la gracia de Dios, y el que, desplegando su fe, dirige sus aspiraciones a este fin, es decir, toda la actitud de la esperanza, se ve por el mero hecho impulsado a pedir la ayuda de la gracia” (Hörmann, K.; *Diccionario de moral cristiana*, Barcelona, Herder, 1985, pág. 242, 2ª col.).

existencia clara, definitiva y permanente de la ausencia de esperanza en la mejora.

Además de ello nos cuesta en verdad admitir, que en el futuro no muchas de las enfermedades y padecimientos hoy existentes habrán dejado de serlos, con lo cual, técnicamente nos parece que sería menester haber indicado en la ley, que tal situación de desesperanza en la mejora, debe ser juzgada en aquella época y en ninguna otra; lo contrario y tal como queda redactada en la actualidad la norma, permitiría afirmar mañana que se propició y colaboró con la muerte de individuos que por dicha fecha, tienen clara capacidad de curación³⁹¹.

En este sentido la ley, es un reconocimiento mediático de la incapacidad de la medicina contemporánea para resolver ciertas enfermedades, lo cual en verdad que no estaría intrínsecamente mal que ello ocurra, mas si lo está, porque en vez de acusar su intrínseca deficiencia porque ontológicamente ello debe ser de esa manera, pues prefiere trasladar el mismo costo de su déficit al sujeto pasivo de la nombrada ciencia como es el paciente mismo.

El nombrado aspecto, no dudamos que será uno de los puntos que con mayor firmeza la comunidad medica internacional habrá de cuestionar de la nombrada ley.

Desde otra perspectiva también se puede advertir, que el hecho mismo de que no exista esperanza de mejora en el enfermo, en sí mismo no quiere decir tampoco y acorde a lo que resulta del exclusivo texto de la ley, de que esa enfermedad de la que no se vaya a mejorar o curar el paciente sea de la cual también advenga la muerte. Existe una gran cantidad de individuos que viven desde el inicio mismo de su vida enfermos; con una enfermedad que conocen prima facie al menos que tampoco va a ser curada y sin embargo ello no autoriza, o al menos el sentido común así lo sugiere, a que puedan solicitar la colaboración o asistencia al suicidio de un médico.

En el orden de lo que acabamos de señalar, debemos meditar, destacando que no nos resulta cómodo ser torpes en la consideración, pero a veces los casos particulares sin duda que pueden superar cualquier previsión de la ley; y

³⁹¹ De cualquier manera no se puede dejar de apuntar, que en un caso o en otro, los nombrados profesionales, desde el punto de vista moral han colaborado formalmente al cumplimiento de dicho acto que el paciente decidió autónomamente realizar. Podemos afirmar la cooperación (profesional) formal que aquí los médicos cumplen lo es, porque ellos así quieren, con libre iniciativa y por lo tanto implicando con su conducta aprobación de la misma acción ajena. Huelga destacar, que la cooperación formal al mal nunca es moralmente lícita, mientras que aquella otra material, lo podrá ser (cfr. Rodríguez Luño, A.; *Ética general*, Pamplona, Euns, 1991, pág. 303 y ss).

coincidimos –otorgando el crédito a la ley- que ella no ha querido pensar en la hipótesis de un enfermo con diabetes y que la nombrada dolencia genera en el enfermo un padecimiento inicialmente moral, como además de físico, de características de ser el mismo insostenible y por lo cual llevar adelante el reclamo que la ley holandesa autoriza, como es, la colaboración o asistencia al suicidio; lo cual tornaría evidente los designios aberrantes que la ley como hipótesis podría generar, con lo cual, sería el primado de las razones no expresas hoy las que justifican la misma declaración legislativa.

La consideración que estamos realizando en la ocasión, en modo alguno debe ser comprendida como una bajeza por nuestra parte y que pueda ser rotulada como una deslealtad en la cooperación³⁹² que al discurso normativo corresponde atender, sino que resulta ella claramente adecuada y contextualizada a la ley que comentamos.

Pues ello es de dicha manera, porque tal como se advierte; en oportunidad alguna la ley dice, que el sujeto que solicita la eutanasia debe ser un enfermo que como tal, puede ser considerado afectado de una enfermedad terminal³⁹³, acorde a los parámetros universal y médicamente conocidos para ello. En modo alguno; puede ser perfectamente un sujeto a quien se le amputa sólo un brazo, pierde un ojo o alguna cuestión semejante, que esta fuera de toda duda que es ello siempre grave y triste, pero que prima facie y razonablemente considerando parecen tales déficit realmente poco relevantes, para un acto tan comprometido como es el de estar legalmente autorizado a matar a otro cuando ese otro, así lo requiere.

C.- INFORMACION AL PACIENTE DE LA SITUACIÓN

La totalidad de los incisos que restan del mencionado artículo 2, son de carácter objetivo y también de cumpli-

³⁹² Cfr. Miranda Alonso, T.; *El juego de la argumentación*, Madrid, De la Torre, 1995, pág. 118 y ss. En el caso concreto, nos referimos a la regla de cooperación de Walton que aparece adaptada por nosotros al ámbito de la hermenéutica legislativa y no puramente del diálogo argumentativo.

³⁹³ La enfermedad es la terminal y el paciente en todo caso, es irrecuperable. Ha dicho –descriptivamente- Zulaica Aristi que la “situación de enfermedad terminal se puede definir como: 1) Presencia de enfermedad avanzada e incurable por los medios técnicos existentes, 2) Imposibilidad de respuesta a tratamientos específicos, 3) Presencia de síntomas múltiples, multifactoriales y cambiantes que condicionan la inestabilidad evolutiva del paciente, 4) Impacto emocional (debido a la presencia de la muerte) en el paciente, familia y equipo terapéutico, 5) Pronóstico de la vida breve (inferior a seis meses)” (cit. por Blanco, L.; *Muerte digna- Consideraciones bioético-jurídicas*, Bs.As., Ad Hoc, 1997, pág. 69).

miento por el médico. Pues en los anteriores por el contrario –incisos ‘a’ y ‘b’–, el médico había reconocido subjetivamente el cumplimiento de ciertos estados de ánimo en el enfermo, como así también el mismo convencimiento de la solicitud de la eutanasia que le era requerida por el nombrado paciente; ahora se trata de que el facultativo, haya cumplimentado, en el inciso ‘c’ –al menos–, con dos condiciones objetivas; y que como tal, seguramente tienden a asegurar no sólo la misma verosimilitud de la información que ha sido brindada al paciente acerca de su estado sanitario, sino también el resguardo de tener debidamente documentado el llamado consentimiento por el médico; como así también haber destacado cuales son las perspectivas futuras de la enfermedad.

Se trata tal como se reconoce, de una suerte de consentimiento informado que el médico obtendrá del paciente que está requiriendo el acto eutanásico; sin embargo no se puede dejar de apuntar una no menor cuestión que en el caso ocurre. Pues como es conocido, el nombrado consentimiento informado presupone al menos una parte que brinda información y otra que comprende la misma y en consecuencia a ella asiente o no, acerca de lo que le es requerido³⁹⁴. En el caso que nos ocupa, el nombrado consentimiento-información que es solicitado que el médico objetivamente cumplimente, desde la tradición de bioética resulta claramente insuficiente.

Al médico objetivamente la ley no le impone que encuentre una recepción de la información que ha sido brindada, esto es, no debe generarle preocupación que el paciente no comprenda definitivamente lo que el médico indica que padece; como al médico tampoco, le generará dificultad alguna ni de conciencia ni de cualquier otro orden que el paciente haya comprendido o no su información; pues le resultará suficiente con advertir que lo nota ‘convencido’ de la petición que está reclamando; aunque definitivamente pueda tener algún desconocimiento mayor o menor de lo que el mismo médico se encarga de explicar.

Se podrá considerar desmedida nuestra apreciación en el punto, toda vez, se podrá contra-argumentar, que si existe el convencimiento también se reúne el conocimiento; cuan-

do en definitiva no es de esa manera. Primero porque la nota de convencimiento que tiene el paciente para reclamar la eutanasia, la juzga el médico y como hemos dicho, puede tener un grado de contenido no somático de elevada preponderancia; además de ello, estar sin más convencido de algo no significa conocer algo. Cuando la materia acerca de lo que se desconoce es de la realidad de una enfermedad y de lo que se dispone es de la propia vida, bien se puede decir que dicha ignorancia es letal.

Consideramos entonces que una omisión de tal envergadura dentro de la ley no resulta en modo alguno fruto de una actitud involuntaria; quizás pueda para ello existir una explicación más severa que la que intentaremos nosotros brindar y que pasa por sostener que el argumento racional que en verdad a veces se le suele atribuir a toda solicitud de eutanasia, es prácticamente inexistente. Pues consideramos que ella se asienta en definitiva, en la deficiencia psicológica que un individuo tiene cuando se encuentra frente al proceso de muerte; que como tal, lo puede vivenciar mejor desde su misma dimensión afectiva antes que la racional, puesto que ella -la faz racional- en términos generales habrá de dimensionar en el análisis otras cuestiones que como tal el dolor o el mero miedo al mismo, obstaculizan.

Por ello consideramos que la ley busca, no que el enfermo conozca lo que tiene, sino que muestre un convencimiento de la solicitud, nada mas que ello. Ahora bien, deviene ello adecuado, sin saber también en los términos de consentimiento informado que lo ha comprendido racionalmente al problema.

Finalmente podemos señalar que resulta obvio del mencionado ítem, que no se le requiere al médico otra cosa que no sea la de poner de manifiesto cual es la ‘razón médica’ que como tal importará la misma definición del caso; y tal como de ella resulta volvemos a hacer notar, que en manera alguna se requiere que la mencionada enfermedad deba tener alguna gravedad. Bien pueden existir situaciones, tal como lo hemos apuntado ya, que existen sin lugar a dudas estados de compromiso sanitario que resultan claramente irreversibles y por lo tanto, sin posibilidad alguna de mejora en el futuro, y que como tal, habrán de generar padecimiento no menores en lo que respecta al ámbito de lo moral o incluso espiritual; que como lo hemos sostenido resulta de discutible entidad y de profunda peligrosidad el atenderlo.

D.- INEXISTENCIA DE OTRA SOLUCION RAZONABLE

El nombrado inciso tiene una importancia en modo alguno menor, pues como se puede reconocer más allá de lo

³⁹⁴ Brevemente podemos apuntar, atento a la excelente bibliografía existente en la materia, que por defecto el médico está obligado a informar al paciente de todo aquello que pueda serle relevante en su proceso de toma decisión. Informar y entender lo informado, aparecen como notas inmediatamente vinculadas; no existe consentimiento informado sin comprensión y no existe asentimiento de lo informado y comprendido, sin un consentimiento que aparezca expreso o por actos inequívocos tal. Seguramente que una de las mejores obras en español que por este tiempo existe es Simón, P.; *El consentimiento informado*, Madrid, Triacastela, 2000.

que inmediatamente el mismo sugiere, se debe advertir que aquí aparece evidente y notoria la existencia de una relación de cooperación formal (al mal) que el médico establece con el paciente³⁹⁵; puesto que –tal como lo impone el texto normativo– el médico debe estar convencido³⁹⁶ junto con el paciente, que no existe otra solución razonable que no sea dar muerte al último de los mencionados. No se trata ya, de una apreciación técnica la que al médico se le requiere, sino una participación volitiva semejante a la que el mismo paciente tiene; de allí entonces que no se puede dejar de establecer alguna preocupación por la manera en que puede influir dentro del propio médico el mismo querer matar a su paciente, que como se advierte no es un requisito menor, a la hora de tener que efectuar las restantes valoraciones objetivas y propias de la ciencia médica.

El inciso en cuestión, también postula acerca de la inviabilidad de otra solución razonable para la situación del enfermo; y si bien no se puede dejar de advertir ahora una cierta ambigüedad en la norma, toda vez que la remisión que realiza a la ‘situación del paciente’ debió ser explicitada, puesto que puede ser considerado dicho perfil desde diferentes ángulos en el análisis, por caso: psicológico, fisiológico, moral, económico, social, etc. Pues que en rigor parece ser que se puede colegir, sólo por hermenéutica legislativa y dándole al legislador el crédito de ser un individuo razonable y previsor, que se vincularía la nombrada situación una vez más, con los ya descritos padecimientos insoportables que sufre el paciente como así también la no esperanza, de mejora ulterior del mismo.

³⁹⁵ *La cooperación consiste en la ayuda o facilitación que mi acción presta a la ejecución de lo que otro ya ha decidido autónomamente hacer. Nuestra cooperación a la acción ajena, en cuanto ésta es buena o mala, puede ser querida directamente y por libre iniciativa, y como tal implica aprobación de la acción ajena (cooperación formal), o puede ser tolerada, sin que ello implique aprobación del comportamiento ajeno, en cuanto la cooperación se desprende inevitablemente de una acción que bajo algún aspecto tenemos necesidad de poner (cooperación material)” (Rodríguez Luño, A.; Ética general, Pamplona, EUNSA, 1991, pág. 141). Finalmente hay que destacar, que la cooperación formal al mal, nunca es moralmente lícita.*

³⁹⁶ *Se trata entonces, de no una mera aquiescencia que el médico pueda tener en función de una adecuada gestión argumentativa que el enfermo pueda haber llevado a cabo, y que al menos como hipótesis teórica habría que considerar como posible; sino que tiene que existir además de ello, una total reflexión racional que hace que el médico, no sólo que esté persuadido de la realización práctica del acto eutanásico; sino claramente convencido y por ello es su voluntad movida al ejercicio ante una toma de reconocimiento racional de tal actuación (cfr. Perelman, Ch.; Olbrechts-Tyteca, L.; Tratado de la argumentación- La nueva retórica, Madrid, Gredos, 1989, pág. 65).*

Mas en realidad siendo ello de esa manera, la ley vuelve a poner en grado de evidencia que los intereses que la animan no son sólo, los expresamente indicados; puesto que bastaría con mostrar que existiendo una adecuada medicina paliativa el padecimiento no se torna insoportable y por ello tampoco, resulta posible el acto eutanásico tal como la ley autoriza. La medicina paliativa, con la totalidad de facetas que a la misma la constituyen, desde los aspectos puramente clínicos hasta los acompañamientos de contención psicológica, ha demostrado sin lugar a dudas que es una ‘otra solución razonable’ para situaciones como las que se pueden encontrar dichos enfermos.

Los cuidados paliativos son el mejor recurso contra la eutanasia: el enfermo no quiere la muerte, sino evitar el sufrimiento. De todas maneras no resulta menor señalar, que ello debería imponer que las políticas sanitarias de los Estados deberían ser orgánicas en generar una clara red de contención sanitaria a partir de dicho espacio³⁹⁷; en cuanto ello esté mas distanciado del real apoyo que pueda brindarse a los enfermos en situación terminal, seguramente el espacio para modelos eutanásicos semejantes al de Holanda es posible que resulte más fecundo.

Pero seguramente que resulta mucho más complicada la nombrada implementación respecto a la misma atención personal que hay que brindar al enfermo, que la vía que sugiere el camino de la eutanasia; toda vez, que en tal ocasión lo que se está ponderando es la integralidad de la naturaleza humana comprometida en su totalidad por una enfermedad acerca de la cual no existe pronóstico de supervivencia; y no sólo atendiendo a ciertos y determinados aspectos o facetas como acontece en la presente ley y que en rigor de verdad, si ellos son considerados los únicos valiosos y ponderables no dudamos que cierto es, que costara no poca dificultad encontrar otra solución razonable.

Pues definitivamente habría que discutir si la cuota de razonabilidad que la ley propone como la otra solución alternativa y más valiosa; está siendo dispuesta a favor del paciente sufriente, de sus propios parientes que ya se encuentran desesperanzados por la situación del enfermo, o hasta y en el no peor supuesto, que la cuota de razonabilidad esté brindada a partir de un cálculo económico del costo del enfermo terminal y que tal como se ha dicho, no resulta en modo alguno menor.

³⁹⁷ *Por caso se puede señalar que desde diciembre del año 2000, en España el llamado Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, estableció las bases para el desarrollo de un Plan Nacional de Cuidados Paliativos; en detalle puede ser consultado en Revista Enfermería Actualidad, Abril 2001.*

E.- CONSULTA Y VISITA POR UN MEDICO EXTRAÑO

Respecto al inciso 'e' se trata de una suerte de comprobación cruzada y por la cual, otro médico acredita en el mismo sentido que aquél que llevara a cabo el cumplimiento de la solicitud de terminación de la vida del paciente, de que la totalidad de extremos anteriores se encuentran debidamente acreditados. De cualquier manera no se puede ocultar, que atento a que el mencionado extremo era ya existente en la práctica tolerada desde el año 1993, se duda que efectivamente el número de casos denunciados por caso para el año 1999 de aproximadamente 3.600 (próximo al 3% del total de muertes ocurridas en Holanda) sea en realidad el número total y no exista una cifra aún mayor.

Vuelve a resultar restricta la letra de la ley frente a los hechos que en verdad se pueden presentar. Debe advertirse que se ha omitido cualquier consideración que diga acerca de la especialidad que el médico tercero debe tener; por lo cual, parece que la misma opinión que se pueda conformar de la nombrada situación realmente que será siempre parcial e imprecisa de lo que como tal, debe recabar.

Si por una parte, se trata de un médico dedicado a la psiquiatría, seguramente que estará en mejores condiciones profesionales que otros, en poder reconocer la existencia del convencimiento requerido por la ley tanto en el médico que solicita la suerte de 'interconsulta tanática', como así también la del paciente debe tener; pero es previsible, que si fuera insistimos un especialista en psiquiatría quien cumple este reaseguro de la definición primaria del médico del enfermo; pues que esa misma capacidad de poder reconocer el nombrado extremo psicológico, puede llevar algún desmedro en la evaluación técnica rigurosa del estado del paciente desde el orden fisiológico en general.

Por el contrario, si se trata de organizar una gestión suficientemente técnica desde el punto de vista fisiológico o clínico en general, quizás el déficit quede centrado en la dificultad de reconocer los aspectos psicológicos del mismo convencimiento que el paciente tiene que demostrar tener, para que la norma de la ley como tal funciones y no haya consecuencia penal sobre el médico que ayuda o ejecuta el acto eutanásico.

F.- MATAR CON EL MÁXIMO CUIDADO Y ESmero PROFESIONAL

Finalmente el inc. 'f', que se refiere materialmente a la acción directa del médico en el cumplimiento de la terminación de la vida o del auxilio al suicidio de su paciente; pues se le solicita al mismo que coloque el máximo cuidado y esmero profesional en ello. Y si bien en un primer mo-

mento puede parecer de notable mal gusto dicha recomendación; tal vez desde la misma psicología social se le pueda encontrar alguna suerte de explicación a la nombrada prescripción.

En dicho orden destacamos que tiende a sugerir, que en la ocasión se articule una adecuada estética en torno al cumplimiento del acto tanático³⁹⁸ de tal modo que hasta se pueda llegar a confundir, quizás no inmediatamente pero luego en el tiempo, de que el mismo acto de dar muerte al enfermo, casi no fue cumplido o al menos queda notoriamente desdibujado³⁹⁹.

En tal orden corresponde meditar que en la misma forma que una sociedad como la holandesa con leyes como las que consideramos, y más allá de todas las otras consideraciones que hemos realizado, de seguro se advierte que tiende a proponer en manera notable la privación a cada hombre de su propia muerte⁴⁰⁰, ofreciéndole a cambio, caminos alternativos en dicha emergencia que de seguro no son adecuadamente ponderados por el mismo enfermo, porque es su misma visión de la realidad la que está por su misma enfermedad de alguna manera

³⁹⁸ De hecho que la práctica que en Holanda se viene cumpliendo desde varios años a estar parte, es mediante la administración de una primera inyección con la cual se logra un estado comatoso en el paciente, y luego de ello, se la administra una segunda con la cual se detiene el corazón y se produce el deceso del mismo.

³⁹⁹ No se puede dejar de señalar en este orden de cuestiones vinculados con la estética de la muerte, ahora ya en concreto sobre el acto mismo de dar muerte donde resulta desde ya evidente el progreso existente, si uno mira retrospectivamente desde la pócima de cicuta de Sócrates y la inyección letal suministrada a estos enfermos.

Sin embargo no puede dejar de advertirse que la tendencia ya venía orientada en dicho orden; al menos así se puede juzgar dentro de la cultura anglosajona toda vez que ya había habido una notable preocupación en tal sentido y explicitada a partir de los llamados 'ritos funerarios' en donde el 'aseo funerario' es un dato absolutamente cualificante, por caso: embalsamamiento momentáneo del cuerpo para otorgarle cierta cuota de naturalidad, la exposición del cuerpo en las 'funeral homes' -y no salas velatorias como podemos creer- donde es más una reunión social -con refrigerios y música- que un acompañar. Definitivamente parece que a la estética de la muerte se le agrega el carácter de haber llegado a ser también, un objeto de consumo.

⁴⁰⁰ Aparece de clara pertinencia un párrafo de Philippe Ariès donde señala: "Acabamos de ver cómo la sociedad moderna privó al hombre de su muerte y cómo sólo se la restituye si no la utiliza para perturbar a los vivos. Recíprocamente, prohíbe a los vivos que se muestren emocionados por la muerte de los otros, no les permite ni llorar a los difuntos ni demostrar extrañarlos" (*Morir en occidente*, Bs.As., Adriana Hidalgo, 2000, pág. 213).

desfasada, porque es su situación de estado de vida claramente conclusivo.

No se puede ignorar que esta estética de la muerte es no ya sólo mirando a quien habrá de morir, sino a quienes lo verán morir; quienes en última instancia, siendo la muerte de aquél otro tan anunciada y esperada, no podrán –y quizás de alguna manera les está también proscripto– efectuar expresiones de su duelo, como manifestación legítima y natural de la desposesión física de otro para el cual se sentía amor, afecto, cariño, amistad, etc.

No puede haber duelo porque la moral higienista de la muerte programada y solicitada del enfermo asegura un método que reúne la totalidad de condiciones de éxito técnico y también afectivo, se trataría de una nueva especie del llamado género de la ‘muerte prohibida’, en cuanto que tanto como se desea –los parientes en el paciente– se tiende a ocultar o mitigar, aparecen como pocos los casos frente a la realidad cuantitativa existente de ellos, donde se asume cual fue la vía que precipitó el desenlace, aunque ella como tal es deseada sigue siendo críptica.

La crónica de las muertes anunciadas, imponen una lógica de la consecuencia de los actos, quien ha colaborado de manera indirecta para tal consecución, como es por caso, el no haber opuesto resistencia ofreciendo razones de peso para impedir la progresividad de la solicitud de colaboración a la muerte propia por parte del médico o la asistencia al suicidio; en rigor no debe luego condolerse del nombrado desenlace, mas parecería en verdad y sin querer ser sarcástico, que debería experimentar una cierta cuota de mejoría. Mejoría que creemos que en modo alguno es equiparable con aquella que sienten hijos cuando mueren sus padres, después de alguna agonía, no porque precipitaron su muerte sino porque ella lo encontró al enfermo, allí donde era su tiempo.

El hecho de suavizar en todo lo posible el enfrentamiento con el instrumental de la muerte, tiende a generarle al mismo paciente y aquí también a los parientes –y que sin duda tienen un papel gravitante a la ahora de haber llegado a la conformación de la convicción el mismo paciente– de que tal acto será rápido, eficaz y en manera alguna cruento; seguramente que si al enfermo se le propusiera la misma solución de la ley, pero por procedimientos primitivos y tortuosos su elección no sería desde ya la misma, por lo cual tampoco se puede ocultar el valor persuasivo que el método de eliminación como tal tiene y que ante sujetos con un estado emocional y psicológico en principio afectado queda demostrado la notable cuota de manipulación existente. De allí es que se puede volver a marcar, que

definitivamente dentro de las causas explícitas que nombramos como manifestas para la realización del acto eutánico, no está sino en el temor –fundado desde ya– al dolor y al sufrimiento por lo cruento que el proceso de muerte puede generar que para determinadas enfermedades se atribuyen. Resulta redundante volver entonces a marcar la importancia de la medicina paliativa integral.

Por lo que hemos señalado en definitiva destacamos que vuelve a aparecer en modo evidente en el análisis del presente inciso, la noción de que primero no existe una comprensión limpia y consciente del paciente acerca de lo que reclama para sí, puesto que se encuentra severamente viciada su conciencia y por lo tanto no se puede otorgar bajo aspecto alguno, efectos jurídicos de clase alguna a ellos y mucho más, cuando de solicitar a otro que le quite la vida. Como además también, que el flagelo real que la enfermedad sin esperanza de sobrevida genera, en un grado significativo es rigurosamente el temor al dolor físico que ella importa y que como hemos dicho también, es una de las variables que con mayor crédito se pueden equilibrar.

VI Anexo: Ley Holandesa 26691

Comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio y modificación del Código Penal y de la Ley reguladora de los funerales (Ley de Comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio)

Proyecto de ley modificado

Doña Beatrix, Reina de los Países Bajos por la gracia de Dios, Princesa de Oranje-Nassau, etc, etc,

A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: que previas reflexiones he llegado a la conclusión de que es conveniente que en el Código Penal se incluya una eximente aplicable al médico que, cumpliendo los criterios de cuidado y esmero profesional establecidos legalmente, haga que termine la vida de un paciente a petición del mismo o preste auxilio al suicidio y que, a tal fin, se establezca por ley un procedimiento de notificación y comprobación; que, tras haber escuchado el dictamen del Consejo de Estado y después de que las Cortes Generales la hayan aprobado y entendido de común acuerdo, en consecuencia yo apruebo y entiendo por la presente:

Capítulo 1 - Definiciones

Artículo 1

En esta ley, se entenderá por:

- a) Nuestros ministros: el ministro de Justicia y el ministro de Sanidad, Bienestar y Deporte;
- b) Auxilio al suicidio: ayudar deliberadamente a una persona a suicidarse o facilitarle los medios necesarios a tal fin, tal y como se recoge en el artículo 294, párrafo segundo, segunda frase, del Código Penal;
- c) El médico: el médico que, según la notificación, ha llevado a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o ha prestado auxilio al suicidio;
- d) El asesor: el médico al que se ha consultado sobre la intención de un médico de llevar a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o de prestar auxilio al suicidio;
- e) Los asistentes sociales: los asistentes sociales a que se refiere el artículo 446, párrafo primero, del libro 7 del Código Civil;
- f) La comisión: comisión de comprobación a que se refiere el artículo 3;
- g) Inspector regional: inspector regional de la Inspección de la Asistencia Sanitaria del Control Estatal de la Salud Pública.

Capítulo 2

Requisitos de cuidado y esmero profesional

Artículo 2

- 1) Los requisitos de cuidado a los que se refiere el artículo 293, párrafo segundo, del Código Penal, implican que el médico:
 - a) ha llegado al convencimiento de que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada,
 - b) ha llegado al convencimiento de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejora,
 - c) ha informado al paciente de la situación en que se encuentra y de sus perspectivas de futuro,
 - d) ha llegado al convencimiento junto con el paciente de que no existe ninguna otra solución razonable para la situación en la que se encuentra este último,
 - e) ha consultado, por lo menos, con un médico independiente que ha visto al paciente y que ha emitido su dic-

tamen por escrito sobre el cumplimiento de los requisitos de cuidado a los que se refieren los apartados a) al d) y f) ha llevado a cabo la terminación de la vida o el auxilio al suicidio con el máximo cuidado y esmero profesional posibles.

2) El médico podrá atender la petición de un paciente, que cuente al menos con dieciséis años de edad, que ya no esté en condiciones de expresar su voluntad pero que estuvo en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses al respecto antes de pasar a encontrarse en el citado estado de incapacidad y que redactó una declaración por escrito que contenga una petición de terminación de su vida.

Se aplicarán por analogía los requisitos de cuidado a los que se refiere el párrafo primero.

3) Si se trata de un paciente menor de edad, cuya edad esté comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, al que se le pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto, el médico podrá atender una petición del paciente de terminación de su vida o una petición de auxilio al suicidio, después de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, haya(n) participado en la toma de la decisión.

4) En caso de que el paciente menor de edad tenga una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años y que se le pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto, el médico podrá atender una petición del paciente de terminación de su vida o a una petición de auxilio al suicidio, en el caso de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, esté(n) de acuerdo con la terminación de la vida del paciente o con el auxilio al suicidio. Se aplicará por analogía el párrafo segundo.

Capítulo 3

Comisiones regionales de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio.

Párrafo 1

Creación, composición y nombramiento

Artículo 3

1. Existen comisiones regionales para la comprobación de las notificaciones de casos en los que se ha llevado a cabo la terminación de la vida a petición propia y el auxilio al suicidio a las que se refieren el artículo 293, párrafo segundo, y el artículo 294, párrafo segundo, segunda frase del Código Penal.

2. Una comisión estará compuesta por un número impar de miembros, de los cuales al menos uno deberá ser jurista, y que a la vez será presidente, un médico y un experto en cuestiones éticas o en problemas de aplicación de las normas al caso concreto. También formarán parte de esta comisión los suplentes de las personas de cada una de las categorías nombradas en la primera frase.

Artículo 4

1. El presidente y los miembros de la comisión, así como los miembros suplentes, serán nombrados por Nuestros Ministros para un periodo de seis años. Los miembros serán susceptibles de un único nuevo nombramiento para otro periodo de seis años.

2. Cada comisión tendrá un secretario y uno o varios secretarios suplentes, todos ellos juristas, que serán nombrados por Nuestros Ministros. El secretario tendrá un voto consultivo en las reuniones de la comisión.

3. En todo lo relativo a su trabajo para la comisión, el secretario únicamente deberá rendir cuentas ante dicha comisión.

Párrafo 2 Despido

Artículo 5

El Presidente, los miembros y los miembros suplentes podrán solicitar siempre el despido a Nuestros Ministros.

Artículo 6

El Presidente, los miembros y los miembros suplentes podrán ser despedidos por Nuestros Ministros por razón de ineptitud o incapacidad o por cualquier otra razón bien fundada.

Párrafo 3 Remuneración

Artículo 7

El Presidente, los miembros y los miembros suplentes percibirán dietas y el reembolso de los gastos de viaje y alojamiento conforme al actual baremo oficial, lo anterior en la medida en que no se conceda por otro concepto una remuneración del Tesoro Público en concepto de los citados gastos.

Párrafo 4 Tareas y competencias

Artículo 8

1. Partiendo del informe referido en el artículo 7, párrafo dos, de la Ley reguladora de los funerales, la comisión juzgará si el médico que ha realizado la terminación de la vida a petición del paciente o el auxilio al suicidio, ha actuado conforme a los requisitos de cuidado referidos en el artículo 2.

2. La comisión podrá solicitar al médico que complemente su informe por escrito u oralmente, en el caso de que esta medida se considere necesaria para poder juzgar convenientemente la actuación del médico.

3. La comisión podrá pedir información al médico forense, al asesor o a los asistentes pertinentes, en el caso de que ello sea necesario para poder juzgar adecuadamente la actuación del médico.

Artículo 9

1. La comisión comunicará al médico por escrito su dictamen motivado dentro del plazo de seis semanas contadas a partir de la recepción del informe al que se refiere el artículo 8, párrafo primero.

2. La comisión comunicará su dictamen a la Fiscalía General del Estado y al inspector regional para la asistencia sanitaria:

a) en el caso de que, en opinión de la comisión, el médico no haya actuado conforme a los requisitos de cuidado referidos en el artículo 2; o

b) en caso de que se produzca una situación como la recogida en el artículo 12, última frase de la Ley reguladora de los funerales. La comisión comunicará esta circunstancia al médico.

3. El plazo citado en el apartado 1 podrá ser prolongado una sola vez por un máximo de seis semanas. La comisión se lo comunicará al médico.

4. La comisión tendrá competencia para dar una explicación oral al médico sobre su dictamen. Esta explicación oral podrá realizarse a petición de la comisión o a petición del médico.

Artículo 10

La comisión estará obligada a facilitar al fiscal toda la información que solicite y que sea necesaria:

1º para poder juzgar la actuación del médico en un caso como el referido en el artículo 9, párrafo segundo; o 2º para una investigación criminal.

Si se ha facilitado información al fiscal, la comisión se lo comunicará al médico.

Párrafo 6 Método de trabajo

Artículo 11

La comisión se encargará de llevar un registro de los casos de terminación de la vida a petición propia o de auxilio al suicidio que se le hayan notificado y hayan sido sometidos a su juicio. Nuestros Ministros podrán establecer reglas más detalladas al respecto mediante orden ministerial.

Artículo 12

1. El dictamen se aprobará por mayoría simple de votos.

2. Un dictamen sólo podrá ser aprobado por la comisión en el caso de que todos los miembros de la comisión tomen parte en la votación.

Artículo 13

Los presidentes de las comisiones regionales de comprobación se reunirán por lo menos dos veces al año para tratar el método de trabajo y el funcionamiento de las comisiones. A la reunión acudirán un representante de la Fiscalía General del Estado y un representante de la Inspección para la Asistencia Sanitaria de la Inspección del Estado de la Sanidad Pública.

Apartado 7 Secreto y Abstención

Artículo 14

Los miembros o los miembros suplentes de la comisión estarán obligados a mantener en secreto los datos de los que dispongan en la realización de sus tareas, salvo que alguna disposición legal les obligue a comunicarlo (y con el alcance concreto de la obligación correspondiente) o que su tarea haga necesaria la realización de un comunicado.

Artículo 15

Un miembro de la comisión que ocupe su puesto en la misma con el fin de tratar un asunto, deberá abstenerse y podrá ser recusado en el caso de que se produzcan hechos o

circunstancias que pudieran afectar a la imparcialidad de su dictamen.

Artículo 16

Los miembros, los miembros suplentes y el secretario de la comisión se abstendrán de opinar acerca de la intención de un médico de llevar a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o de prestar auxilio al suicidio.

Párrafo 8 Presentación de informes

Artículo 17

1. Una vez al año, antes del 1 de abril, las comisiones presentarán ante Nuestros Ministros un informe común del trabajo realizado en el pasado año natural. Nuestros Ministros redactarán un modelo mediante orden ministerial.

2. En el informe del trabajo realizado referido en el párrafo 1 se hará mención en cualquier caso:

a) del número de casos de terminación de la vida a petición propia y de auxilio al suicidio que se les hayan notificado y sobre los cuales la comisión ha emitido un dictamen;

b) la naturaleza de estos casos;

c) los dictámenes y las consideraciones que han llevado a los mismos.

Artículo 18

Con ocasión de la presentación del presupuesto al Parlamento, Nuestros Ministros entregarán anualmente un informe sobre el funcionamiento de las comisiones, partiendo del informe del trabajo realizado mencionado en el artículo 17, párrafo primero.

Artículo 19

1. A propuesta de Nuestros Ministros y por medio de decreto legislativo, se establecerán reglas sobre las comisiones con respecto a:

a) su número y competencias relativas;

b) su sede.

2. En virtud de o mediante decreto legislativo, Nuestros Ministros podrán establecer más reglas sobre las comisiones en lo relativo a

A) el número de miembros y la composición;

B) el método de trabajo y la presentación de informes.

Capítulo 4

Modificaciones en otras leyes

Artículo 20

El Código Penal va a ser modificado de la siguiente manera.

A) El artículo 293 pasa a tener el siguiente texto:

Artículo 293. 1. El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta.

2. El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2 de la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme al artículo 7, párrafo segundo de la Ley Reguladora de los Funerales.

B) El artículo 294 pasa a tener el siguiente texto:

Artículo 294. 1. El que de forma intencionada indujere a otro para que se suicide será, en caso de que el suicidio se produzca, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta.

2. El que de forma intencionada prestare auxilio a otro para que se suicide o le facilitare los medios necesarios para ese fin, será, en caso de que se produzca el suicidio, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta. Se aplicará por analogía el artículo 293, párrafo segundo.

C) En el artículo 295 se añadirá después de '293': , párrafo primero,.

D) En el artículo 422 se añadirá después de '293', párrafo primero,.

Artículo 21

La Ley Reguladora de los Funerales se modifica de la siguiente manera:

A) El artículo 7 pasa a tener el siguiente texto:

Artículo 7. 1. El que haya realizado la autopsia procederá a expedir una certificación de defunción si está convencido de que la muerte se ha producido por causas naturales.

2. En el caso de que el fallecimiento se haya producido como consecuencia de la aplicación de técnicas destina-

das a la terminación de la vida a petición propia o al auxilio al suicidio, a los que se refiere el artículo 293, párrafo segundo y el artículo 294, párrafo segundo, segunda frase del Código Penal, el médico que trata el paciente no expedirá ningún certificado de defunción e informará inmediatamente, mediante la cumplimentación de un formulario, al forense municipal o a uno de los forenses municipales, de las causas de dicho fallecimiento. Además del formulario, el médico enviará un informe motivado sobre el cumplimiento de los requisitos de cuidado a los que se refiere el artículo 2 de la Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio.

3. Si se producen otros casos distintos de los mencionados en el párrafo segundo y el médico que trata al paciente considera que no puede proceder a expedir un certificado de defunción, se lo comunicará (rellenando un formulario) inmediatamente al forense municipal o a uno de los forenses municipales.

B) El artículo 9 pasa a tener el siguiente texto:

Artículo 9. 1. La forma y la composición de los modelos de certificado de defunción a presentar por el médico que trata al paciente y por el forense municipal, se regularán por medio de decreto legislativo.

2. La forma y la composición de los modelos para la

notificación y el informe a los que se refiere el artículo 7, párrafo segundo, de la notificación a que se refiere el artículo 7, párrafo tercero y de los formularios a que se refiere el artículo 10, párrafos primero y segundo, serán regulados por medio de decreto legislativo a propuesta de Nuestro ministro de Justicia y Nuestro ministro de Bienestar, Sanidad y Deportes.

C) El artículo 10 pasa a tener el siguiente texto:

Artículo 10. 1. Si el forense municipal cree que no puede proceder a expedir una certificación de defunción, informará inmediatamente al fiscal a este respecto rellenando el formulario establecido por medio de decreto legislativo y avisará en el acto al funcionario del registro civil.

2. Sin perjuicio de lo estipulado en el párrafo primero y en caso de que se produzca una notificación como las mencionadas en el artículo 7, párrafo segundo, el forense municipal se lo comunicará (rellenando un formulario) inmediatamente a la comisión regional de comprobación a la que se refiere el artículo 3 de la Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y de auxilio al suicidio. Asimismo, adjuntará el informe motivado al que se refiere el artículo 7, párrafo segundo.

D) Al artículo 12 se le añade una frase con el siguiente texto: En caso de que el fiscal, en los casos referidos en el artículo 7, párrafo segundo, considere que no puede proceder a expedir una certificación de no objeción al entierro o a la incineración, se lo comunicará inmediatamente al forense municipal y a la comisión regional de comprobación a la que se refiere el artículo 3 de la Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y de auxilio al suicidio.

E) En el artículo 81, parte primera, se sustituye "7, párrafo primero" por: 7, párrafos primero y segundo,.

Artículo 22

La Ley General de Derecho Administrativo es modificada de la siguiente manera: En el artículo 1:6, al final de la parte d, se sustituye el punto por un punto y coma y se añade una parte quinta que reza así: e) decisiones y actuaciones en ejecución de la Ley de la comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio.

Capítulo Disposiciones finales

Artículo 23

Esta ley entrará en vigor en la fecha que se estipule mediante Decreto Real.

Artículo 24

Esta ley se denominará: Ley de la Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio.

Ordeno que esta ley sea publicada en el Boletín Oficial del Estado de los Países Bajos y que todos los ministerios, autoridades, colegios y funcionarios relacionados con ella, la lleven a la práctica.

El ministro de Justicia,

El ministro de Sanidad, Bienestar y Deporte

Senado, año 2000-2001, 26691 n° 137

