

EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: PROCEDIMIENTO Y JURISDICCIÓN *

Juan Manuel ALEGRE ÁVILA

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria.
Ex Letrado del Tribunal Constitucional

I

1. El Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [en adelante, LRJ-PAC], lleva por epígrafe “De la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio”. Su artículo 142.6 (“Procedimientos de responsabilidad patrimonial”) contiene este texto:

“La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, *cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive*, pone fin a la vía administrativa”.

El artículo 144 LRJ-PAC (“Responsabilidad de derecho privado”), en la redacción introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, dice:

“Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. *La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley*”.

Los preceptos transcritos se ubican en el Capítulo I (“Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”) del Título X LRJ-PAC. El Capítulo II de éste, integrado por los artículos 145 y 146, regula la “responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”. El primero de los citados (“Exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”), cuya versión actual proviene asimismo de la Ley 4/1999, establece:

“1. *Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título*, los particulares exigirán *directamente* a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

* Ponencia presentada en el marco del XIII Congreso Derecho y Salud

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

5. Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes”.

La Disposición adicional duodécima, asimismo procedente de la Ley 4/1999, incorpora este texto:

“La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”.

2. La Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [en adelante, LJCA], contiene en su artículo 2 un elenco de cuestiones atribuidas al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Entre aquéllas figura la consignada en el apartado e), que, en la redacción dada por el apartado Uno de la Disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, dice así:

“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.

3. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [en adelante, LOPJ], precisa en su artículo 9 las atribuciones de los diferentes órdenes jurisdiccionales. Las del orden contencioso-administrativo vienen así especificadas, de acuerdo con la versión introducida por el artículo único.1 de la antes citada Ley Orgánica 19/2003:

“Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Reales Decretos Legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas”.

4. El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial [en adelante, RPRP]. De acuerdo con su artículo 1.2 sus disposiciones “son de aplicación a los procedimientos que inicien, instruyan y resuelvan *todas* las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial por su actuación en relaciones de derecho público o derecho privado”.

II

1. La LRJ-PAC sujetó *toda* la responsabilidad patrimonial (*recte*: civil extracontractual) de las Administraciones Públicas, ya de derecho público, ya de derecho privado (“cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive”), a sus prescripciones, esto es, instauró con carácter general la responsabilidad *objetiva* de aquéllas. Una sujeción de índole universal, pues a la Administración se imputaba igualmente la de sus

funcionarios y agentes (vale decir, la responsabilidad por la producción de daños -lesión, en sentido técnico- cuyo autor individual fuera nítida y perfectamente identificable), sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición. Dimensión sustantiva de la responsabilidad de la Administración a la que sigue la vertiente procedimental-procesal, a saber, los mecanismos a través de los que puede ejercitarse la acción de responsabilidad.

Esta acción de responsabilidad tiene una primera fase que se desenvuelve ante la propia Administración: la petición de responsabilidad que inicia el procedimiento administrativo de reconocimiento y declaración de aquélla, y que regula, en desarrollo de los artículos 139 y siguientes LRJ-PAC, el RPRP. Procedimiento que culminará con el dictado de la oportuna resolución o acto definitivo (el silencio tiene en todo caso valor negativo, esto es, a la falta de notificación en plazo -seis meses en el procedimiento ordinario; uno, en el abreviado- de la pertinente resolución se anuda la desestimación presunta por silencio de la petición de responsabilidad), que, al agotar además la vía administrativa, abre las puertas para que la acción de responsabilidad pueda ser ejercida en vía judicial mediante la interposición del oportuno recurso contencioso-administrativo.

Procedencia de la vía contencioso-administrativa que proclama expresamente el apartado e) del artículo 2 LJCA. En su versión inicial, la de 1998, la LJCA atribuyó al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de:

“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”.

La promulgación de la LJCA fue acompañada, por razón de coherencia sistemática, de la modificación del artículo 9.4 LOPJ, llevada a cabo, en la misma fecha que la anterior, por el artículo único.1 de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio. En el texto de aquél se introdujo un párrafo segundo con la siguiente dicción:

“Conocerán [los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo], *asimismo*, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquier que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante dedu-

cirá *también* frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”.

Este párrafo segundo del artículo 9.4 LOPJ (versión de 1998) contiene dos precisiones en relación con el homólogo de la LJCA. Así, hace expresa mención de la responsabilidad “del personal” al servicio de las Administraciones Públicas, en consonancia con la solución de la LRJ-PAC y del RPRP. Por otro lado, incluye una referencia a los sujetos privados que hubieren concurrido a la producción del daño a efectos de instaurar la unidad de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, con superación, así, de la eventual ruptura de la “continencia de la causa” derivada de la (hasta entonces) imposibilidad, o, cuanto menos, renuencia, de demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa a sujetos de derecho que no tuvieran la consideración de Administración Pública.

Esta ampliación del ámbito subjetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa se inscribe en la lógica inaugurada por la LJCA, a saber, la prohibición de que la Administración (“cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive” la exigencia de responsabilidad) sea demandada (“por este motivo”, *id est*, por razón de la antecitada exigencia de responsabilidad) ante los órdenes jurisdiccionales civil o social. De este modo, y frente a la práctica consagrada al amparo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 de demandar en vía civil a la Administración y a los sujetos privados que eventualmente hubieran concurrido a la producción del daño (singularmente, concesionarios y contratistas de la Administración), la LJCA de 1998, de manera implícita, y la LOPJ (versión de 1998), de modo expreso, optan por atraer a aquellos sujetos privados, en calidad de demandados, al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, solución que, naturalmente, presupone su necesaria intervención como interesados en el previo procedimiento administrativo de reconocimiento y declaración de responsabilidad.

2. Así pues, de la puesta en común de la LRJ-PAC y de la LJCA (con el complemento de la LOPJ) se desprende: a) la entera responsabilidad de la Administración Pública, ya de derecho público, ya de derecho privado, se elucida conforme a las reglas de la LRJ-PAC, esto es, según las pautas y criterios de la llamada responsabilidad objetiva; b) el procedimiento administrativo de reconocimiento y declaración de dicha responsabilidad es el que, en desarrollo de la LRJ-PAC, regula el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo [disposición reglamentaria que, en su Disposición adicional primera, declaró la sujeción a sus prescripciones de las reclamaciones por “responsabili-

dad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria”; Disposición adicional que el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994 -Arz.: 1994/7.998- entendió acorde con la unidad sustantiva, procedimental y jurisdiccional que en materia de responsabilidad de la Administración había introducido la LRJ-PAC de 1992; con posterioridad, la Ley 4/1999, de 13 de enero, llevó al texto de la LRJ-PAC una Disposición adicional duodécima que elevaba a rango legal el contenido de la citada Disposición adicional primera RPRP]; y c) el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración es el contencioso-administrativo (conocimiento que, conforme a la naturaleza de dicho orden jurisdiccional, se produce mediante la impugnación, a través del oportuno recurso contencioso-administrativo, de las resoluciones -o desestimaciones presuntas por silencio- dictadas en los procedimientos de responsabilidad patrimonial *ex* artículos 142.6 y 7 y 143.1 y 3 LRJ-PAC).

3. La unidad jurisdiccional en material de responsabilidad de la Administración data, pues, de 1998 [introducida por el artículo 3 b) de la Ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, fue pronto superada, al menos para la Administración del Estado, por el sistema dual que consagraron los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 27 de julio de 1957, que remitía a la jurisdicción contencioso-administrativa la responsabilidad de derecho público y a la jurisdicción ordinaria, esto es, a los Tribunales del orden civil, la de derecho privado]. No obstante, podía considerarse restablecida ya desde 1992 con la promulgación de la LRJ-PAC, dada la derogación de la citada Ley de 1957, que habría supuesto la recuperación de vigencia del artículo 3 b) de la Ley jurisdiccional de 1956, que meramente había quedado desplazada (efecto inherente a la llamada derogación tácita, que no expresa) por aquélla. Esta, en definitiva, es la tesis sostenida en el antes aludido Auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994 (anterior, por tanto, a la LJCA de 1998), que no sólo afirma la unidad sustantiva (de régimen jurídico: responsabilidad objetiva), procedimental y jurisdiccional de la responsabilidad de la Administración a partir de la LRJ-PAC, sino que, en consonancia con el sistema unitario que introduce, resuelve en favor del orden jurisdiccional conten-

cioso-administrativo un conflicto positivo de competencias en un asunto relativo a la reclamación de responsabilidad por la prestación sanitaria llevada a cabo por el Institut Català de la Salut, al entender que, desde su entrada en vigor, quedaban extramuros de las prestaciones de la Seguridad Social, y, por ende, de la competencia, del orden jurisdiccional social, las cuestiones atinentes a aquella responsabilidad, tal y como estableció la Disposición adicional primera RPRP, cuya legalidad, en consecuencia, afirma.

Precisamente, en este ámbito de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, la competencia del orden contencioso-administrativo frente al social ha sido reafirmada, y la cita se hace a título de ejemplo, por el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2001 -ponente: Sampedro Corral; Arz.: RJ 2001/9113-. Una competencia del primero de los órdenes referidos que la Sala de Conflictos ha extendido al supuesto de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial: así, Auto 36/2000, de 20 de diciembre -ponente: Maurandi Guillén; Arz.: RJ 2001/9099-.

Por el contrario, la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo ha afirmado su competencia para conocer de un litigio en que se demandaba conjuntamente a Osakidetza-Servicio Vasco de Salud y a un médico que prestaba sus servicios para el mismo, sobre la base de que los hechos se produjeron con anterioridad a la modificación de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999 (que introdujo en el texto de aquélla la nueva Disposición adicional decimosegunda) y a la entrada en vigor en 1998 de la LJCA, que supuso la consiguiente modificación de la LOPJ. Postura que se enmarca en la doctrina de la Sala de la evitación del “peregrinaje de jurisdicciones”: así, Sentencia de 30 de enero de 2004, fundamento jurídico primero -ponente: González Poveda; Arz.: RJ 2004/439-. Una doctrina, y el consiguiente debate acerca del fuero jurisdiccional, que, en lo concerniente a la responsabilidad de las autoridades y el personal al servicio de Administraciones Públicas han quedado superados, como se dirá más abajo, con la derogación de la Ley de 1904 y, de manera específica para el caso de la responsabilidad en el ámbito médico-sanitario, con la introducción de la referida Disposición adicional decimosegunda en el texto de la LRJ-PAC.

III

1. Unidad jurisdiccional en relación con la entera responsabilidad *de la* Administración (y su correlato, reverso de aquélla, de la prohibición de que la Adminis-

tración “sea demandada ante los órdenes jurisdiccionales civil o social”) que en 1998, en el texto reformado de la LOPJ, si bien no en el de la LJCA, incorporará una ampliación subjetiva, al consignarse en el segundo inciso del párrafo segundo del artículo 9.4 LOPJ (redacción introducida por el artículo único.1 de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio; ley -orgánica- de la misma fecha que la LJCA) que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá “también” de las pretensiones del demandante frente a los “sujetos privados” que hubieran concurrido “a la producción del daño”. Previsión que razonablemente tenía en su punto de mira a los *contratistas* (y *concesionarios*) de la Administración, habida cuenta de que el procedimiento de declaración de responsabilidad de aquéllos (artículos 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, para los concesionarios, y 134 del Reglamento general de Contratación del Estado de 1975 -aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre-, para los contratistas en general) había quedado desvirtuado con la admisión por el orden jurisdiccional civil de las demandas de responsabilidad dirigidas frente a los contratistas (y concesionarios de servicios públicos, en particular) de la Administración, ya fueran demandados sólo aquéllos (y sus aseguradores), ya lo fueran junto con la Administración (en clara vulneración en este caso de la legislación procesal civil, que prohibía la acumulación de acciones incompatibles, carácter que se desprendía de la exigencia de que el fuero de la Administración, cuando actuaba en relaciones de derecho público, era el contencioso-administrativo).

A) La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, contempló en su artículo 98 el régimen de responsabilidad por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la ejecución de un contrato administrativo. El texto de aquél decía así:

“1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

3. Los terceros *podrán* requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. *El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil.*

4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

El precepto transcrito establece, en punto al propuesto régimen de responsabilidad, una regla material y un cauce procedimental. En virtud de la primera, la responsabilidad por la ejecución del contrato se imputa al contratista, de cuya cuenta correrá la oportuna indemnización, salvo que concurra alguna de las dos excepciones contempladas (que, en consecuencia, desplazan la responsabilidad a la Administración), a saber, la orden de la Administración y los vicios del proyecto elaborado por la Administración en los contratos de obra y de suministro de fabricación (el artículo 219 LCAP contiene una regla especial sobre responsabilidad derivada de la ejecución o explotación de las obras que traigan causa de los defectos o errores del proyecto elaborado al amparo de un contrato de elaboración de proyectos). El cauce procedimental es el previsto en el número 3: el requerimiento, en el año siguiente a la producción del hecho dañoso, al órgano de contratación para que éste, con audiencia del contratista, se pronuncie sobre la imputación de responsabilidad; requerimiento (“ejercicio de esta facultad”, en la dicción legal) que “interrumpe el plazo de prescripción de la acción *civil*”.

El artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas [en adelante, LCAP], reproduce el texto del artículo 98 de la Ley de 1995, sin otra modificación que la supresión del término “civil” que acompañaba al de acción en el segundo inciso del número 3 de aquél.

B) De la conjunción de las antecitadas reglas materiales y procedimental surge de inmediato la pregunta sobre el orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones de responsabilidad en el ámbito de la contratación. A la vista de la redacción del número 3, que configura en términos facultativos (“podrán”, “ejercicio de esta facultad”) el requerimiento dirigido al órgano de contratación, es factible concluir en que la responsabilidad del contratista *únicamente* podría hacerse valer en el orden jurisdiccional civil, ante el que, además (desde 1998), ya

no cabría demandar a la Administración contratante. Conclusión a la que prestaría un indiscutido aval el último inciso del referido número 3: si el aludido requerimiento (conceptuado como ejercicio de una “facultad”) “interrumpe el plazo de prescripción de la acción” (civil, en la precisión de la Ley de 1995, si bien desaparecida en el Texto Refundido de 2000), parece oportuno sostener que aquél es un requisito de procedibilidad (y aun esta configuración admitiría una objeción de peso: el carácter de requisito, condición o presupuesto de una acción no se compadece con su ejercicio meramente “facultativo”) de la acción (civil), una “reclamación previa a la vía judicial civil” de los artículos 122 a 124 LRJ-PAC (si bien configurada, como se ha apuntado, de modo facultativo y no prescriptivo). No, por tanto, la reclamación que inicia el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial (artículos 142 y 143 LRJ-PAC y RPRP), cuya resolución (o silencio, en su caso) abre las puertas de la vía contencioso-administrativa.

De aceptarse esta interpretación la “unidad jurisdiccional” en el ámbito de la responsabilidad, introducida (mejor, reintroducida, pues ya figuraba en el texto de la Ley jurisdiccional de 1956) en 1998 por la LJCA, conocería una primera fisura, la atinente a la materia contractual. Una fisura, en todo caso, que no excluiría *a radice*, como veremos, el conocimiento por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de pretensiones sobre responsabilidad por la ejecución de un contrato administrativo, en la medida en que, junto al contratista, se demande a la Administración contratante, supuesto en el que, como señala el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2003, del que pasamos a ocuparnos, la competencia ha de localizarse en el contencioso-administrativo.

C) En efecto, el antecitado Auto de 11 de abril de 2003 [ponente: Ortega Torres; RJ 2003/8694] se pronuncia en favor de la competencia del orden jurisdiccional civil en un supuesto en el que “el reclamante de indemnización por responsabilidad extracontractual no ha ejercitado el derecho que le reconoce el artículo 97.2 de la disposición citada [la LCAP; *sic*: parece que debiera ser el número 3 del artículo 97], ni tampoco ha dirigido su demanda de responsabilidad contra la Administración sino, *exclusivamente*, contra la empresa contratista” (fundamento de derecho segundo). En esta tesitura, de la demanda de responsabilidad frente a la empresa que tenía contratada la conservación y explotación de un tramo de autovía, entablada primero ante el orden civil y luego, tras la oportuna declaración de incompetencia, en el orden con-

tencioso-administrativo, que asimismo se declaró incompetente (antecedentes de hecho primero y segundo), debe conocer, dice la Sala de Conflictos del Supremo, el orden jurisdiccional civil. Esta es la argumentación que desarrolla el fundamento de derecho tercero:

“En función de la naturaleza de la acción ejercitada, dirigida *exclusivamente* contra el contratista, ha de determinarse la jurisdicción competente para conocer de la misma que *en modo alguno* corresponde a la jurisdicción Contencioso-Administrativa como dijimos en Auto de 12 de julio de 2000, *cuando la Administración Pública no ha sido demandada* conforme a lo dispuesto en el artículo 21.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción vigente por cuanto que, como resulta también de lo dispuesto en el artículo 3 a) de la mencionada Ley, no corresponderán al orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración, correspondiendo por el contrario a la jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza, actividad o tipo de relación del que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social [artículo 2 e) de la Ley de la Jurisdicción]”.

Y continúa:

“De todo ello se infiera que *solamente* queda atribuido el conocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración a la jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando dicha reclamación se dirija frente a una Administración Pública, mas no cuando, como en el presente caso, la acción *exclusivamente* se ejercita frente a la empresa contratista”.

Y como corolario del párrafo inmediatamente transcrito:

“*Distinto* sería el criterio a adoptar, como expresábamos en el Auto antes citado, si el demandante hubiera dirigido la acción *contra la Administración y contra el contratista* ya que, en este hipotético supuesto, sería aplicable lo dispuesto en el artículo 2 e) de la Ley Reguladora y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial correspondiendo el conocimiento del asunto a la jurisdicción Contencioso-Administrativo, mas faltando aquel elemento subjetivo determinante

de la jurisdicción, cual es el que la acción se ejercite contra la Administración Pública, falta también el requisito previo para que dicha jurisdicción se atribuya al citado orden jurisdiccional”.

D) El Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2000 [ponente: Lecumberri Martí; RJ 2001/1795], al que se remite el de 11 de abril de 2003, encara una reclamación de responsabilidad dirigida únicamente contra el Director de un departamento universitario (fundamento de derecho primero). La pretensión entablada ante el orden civil conoció una respuesta de declaración de incompetencia, seguida de otra pronunciada por el orden contencioso-administrativo (antecedentes de hecho primero y segundo). La Sala de Conflictos se pronuncia en favor del primero de los órdenes implicados, luego de constatar que “la <causa petendi> se fundamenta en la Ley de 5 de abril de 1904; el Reglamento de 22 de septiembre de 1904; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 1902 del Código Civil” (fundamento de derecho primero). Este es el razonamiento:

“La demanda inicialmente formulada ante el Juzgado de Primera Instancia [...] fue presentada el 30 de marzo de 1999; es decir, cuando ya se había promulgado, aunque no había entrado en vigor, la Ley 4/1999, de 13 de enero -que modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-, en cuya disposición derogatoria única abroga la Ley de 5 de abril de 1904 y el Real Decreto de 23 de septiembre de 1904, relativos a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos; normas en las que, según hemos indicado, se sustenta la pretensión indemnizatoria formulada por el actor, que también se cimienta en el citado artículo 1902 del Código Civil -reglamentador de la culpa extracontractual o aquiliana-“.

Constatada la pertinencia de aplicar la Ley y su Reglamento de 1904, que disciplinaban la responsabilidad civil de los funcionarios, se concluye en la competencia del orden civil sobre la base del siguiente argumento:

“Precisamente, en la naturaleza de la acción ejercitada, dirigida *exclusivamente* contra el funcionario causante de los daños y perjuicios reclamados, gravita la respuesta que podemos dar, en orden a la jurisdicción que consideramos competente, pues difícilmente puede proyectarse sobre la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la

Administración Pública no ha sido demandada -artículo 21.1 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción-, y, según resulta del artículo 3 a) de la mencionada Ley, no corresponderán al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: <Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública>”.

Y, como contraste, a fin de remarcar la conclusión alcanzada, se extrae el oportuno corolario en el último párrafo del fundamento de derecho segundo:

“*Distinto* sería nuestro parecer si el demandante hubiera dirigido la acción *contra la Administración y contra el elemento subjetivo que incardinó la voluntad del Departamento* de Economía de la Empresa y Contabilidad de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la UNED, pues en este hipotético supuesto sería aplicable lo establecido en los artículos 2 e) de la Ley Reguladora, 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio -modificada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio-, y el artículo 145 de la mentada [*sic*] Ley 4/1999, de 13 de enero -publicada en el BOE núm. 12, de 1999-“.

E) La contratación y la función pública aparecen, así, como dos vetas o fisuras en el entramado de la unidad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad. Dos vectores, empero, de caracteres e implicaciones muy diferentes, pues, de un lado, la responsabilidad civil de las autoridades y personal al servicio de la Administración ha desaparecido en 1999 con la reforma del artículo 145 LRJ-PAC, de suerte que sólo subsiste la eventual vía de regreso cuando se declare la responsabilidad *de la Administración*; y, de otro, porque este mecanismo que permitía exigir del orden jurisdiccional civil la responsabilidad de las autoridades y del personal de la Administración, encontraba su soporte normativo en una Ley de 1904, en un momento en el que la responsabilidad *de la Administración* no se hallaba asentada, más allá de la singular referencia del párrafo quinto del artículo 1903 del Código Civil a la responsabilidad del Estado por la actuación de un agente especial, de suerte que subsistió, tras la consagración general de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, como una pieza desvinculada institucionalmente del mecanismo de la responsabilidad de la Administración.

F) Desaparecida, pues, la posibilidad de instar ante el orden jurisdiccional civil la responsabilidad de las autoridades y el personal al servicio de la Administración, la

contratación subsiste, ante de abordar el supuesto del aseguramiento de la responsabilidad de aquélla, como excepción al principio de unidad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones Públicas. Excepción que, como se ha dejado dicho, encuentra un firme apoyo, en el plano formal, en la letra del artículo 98.3 de la Ley de Contratos de 1995 (97.3 en la versión del Texto Refundido de 2000), que, no obstante, no cierra el paso a que sea el orden contencioso-administrativo el conocedor de las demandas de responsabilidad, de haber el afectado requerido a la Administración para que se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad, y recurrido ulteriormente el acto administrativo (o la desestimación presunta por silencio) que pone fin al procedimiento de declaración de responsabilidad patrimonial (artículos 142.6 y 7 y 143.1 y 3 LRJ-PAC). Impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa que, del mismo modo, puede ser hecha valer por el propio contratista disconforme con la resolución administrativa de declaración de responsabilidad.

La eventualidad de que el orden contencioso-administrativo incluya en sus pronunciamientos condenas a sujetos privados (aquí, por utilizar la fórmula al uso, concesionarios y contratistas) había, con anterioridad a la 1998, adquirido carta de naturaleza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así, de modo ejemplar, en la Sentencia de 25 de enero de 1992 [Arz.: 1.343]. La LJCA abunda en esta idea. La unidad jurisdiccional que consagra el artículo 2 e) tiene su correlato en otros preceptos de los que, inequívocamente, se infiere dicha posibilidad. Así, el inciso del artículo 71.1 d) que, entre los pronunciamientos referidos a la estimación de la pretensión de resarcir daños y perjuicios (artículo 31.1 LJCA), singulariza la fijación, a continuación de la declaración “en todo caso [d]el derecho a la reparación”, de “*quién* viene obligado a indemnizar”, apunta inequívocamente en la línea de que no sólo la Administración puede ser destinataria de la referida condena, también en otros sujetos, por el título que fuere (sujetos que hoy, tras la última reforma llevada a cabo por el artículo único.1 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, pormenoriza el artículo 9.4 LOPJ), puede recaer la indicada obligación, correlato de la identificada responsabilidad.

Así pues, afirmada la eventual presencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en el enjuiciamiento de la responsabilidad dimanante de la contratación pública (competencia que el arriba citado Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2003 afirma de manera indubitada), la cuestión se

desplaza a determinar si en este ámbito pervive la dualidad jurisdiccional (tesis amparada en el tenor literal de la norma, como se ha puesto de relieve) o, por el contrario, aquella dualidad puede entenderse superada por la entrada en vigor en 1998 de la LJCA y la paralela modificación de la LOPJ.

La pervivencia de la dualidad jurisdiccional, y el extremo ha de ser resaltado una vez más, implica que, de concluirse en la existencia de responsabilidad por la generación de daños y perjuicios derivados de “las operaciones que requiera la ejecución del contrato” *ex* artículo 97.1 [versión de 2000; 98.1 en la de 1985], aquélla no siempre podrá ser imputada al contratista, que, si responsable con carácter general, no responderá de los referidos daños y perjuicios de anudarse éstos a una orden de la Administración o a un vicio del proyecto, títulos atributivos de la responsabilidad a la Administración. En consecuencia, por tanto, el orden jurisdiccional civil (ante el que desde 1998 ya no puede demandarse a la Administración) ha de desestimar la demanda formulada contra el contratista de apreciar la concurrencia de alguno de los títulos que permiten imputar la responsabilidad no al contratista sino a la Administración. En esta tesitura, pues, el afectado podría encontrarse, de haber optado por la vía jurisdiccional civil, con la eventual prescripción de su acción frente a la Administración, consecuencia ineluctable (cabe sostener) en el caso de que no haya formulado el requerimiento a que se refiere el número 3 del artículo 97 LCAP [98 en la versión de 1995], y, aun, en el supuesto de que lo ha haya hecho, pues aquel requerimiento “*interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil*” (último inciso del artículo 98.3 de la Ley de Contratos de 1995; conclusión asimismo defendible, aun con el tenor del artículo 97.3 del texto de 2000, que suprime el calificativo “civil”, en la hipótesis que se viene considerando), mas no el de interposición del recurso contencioso-administrativo (esto es, el de ejercicio de la acción contencioso-administrativa).

La superación de esta dualidad jurisdiccional podría argumentarse del modo que sigue. Sobre la base de la evitación de los inconvenientes que aquella dualidad comporta, cifrados en la ruptura de la “*continencia de la causa*” (mas ya no, desde 1998, y de modo paradójico, el “*peregrinaje de jurisdicciones*”, ante la preclusión de la acción contencioso-administrativa de haberse seguido la acción ante el orden civil), el sistema de la Ley de Contratos de 1995 (la versión vigente, de 2000, se contiene en un Texto Refundido, que no innova, sin perjuicio del matiz al que se alude más abajo, la única regulación sustantiva incorporada al mismo, la de, en este extremo,

1995) habría dado paso, con la lógica institucional derivada del principio instaurado, a la unidad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad. Una unidad asentada en la previa e inexcusable declaración de responsabilidad por parte de la Administración, tal y como se desprende del propio tenor del número 4 del artículo 97 LCAP [98 en la versión de 1995], según el cual el requerimiento de los terceros se formulará “en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”, esto es, de conformidad a la LRJ-PAC (artículos 142 y 143) y al RPRP. En esta línea discursiva, por tanto, el aludido requerimiento, antes que una modalidad de reclamación administrativa previa a la vía judicial civil, se configuraría como verdadero y propio ejercicio de la única acción de responsabilidad existente, la que se desenvuelve en la secuencia procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial/impugnación contencioso-administrativa.

En apoyo de esta tesis podría acudir al tenor del párrafo segundo del artículo 9.4 LOPJ en la versión introducida por el artículo único.1 de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio [dictada para adecuar su contenido al del artículo 2 e) LJCA, si bien la precisión incorporada a aquél haya estado ausente del texto de la ley jurisdiccional hasta la modificación del artículo 2 e) de ésta por la Disposición adicional decimocuarta.1 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre]. En efecto, a la unidad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad no es óbice el que “a la producción del daño hubieran *concurrido* sujetos privados” (“particulares”, en la dicción del artículo 2 e) LJCA, tras la modificación de 2003), pues en este caso “el demandante deducirá *también* frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional” [el contencioso-administrativo].

Podría argüirse que la “conurrencia” a que el precepto se refiere ha de revestir una connotación peculiar, la atinente al proceso “causal” de producción del daño (conurrencia de causas), de suerte que sólo en este caso estaría justificada la unidad jurisdiccional y, por ende, la necesidad de demandar en vía contencioso-administrativa, junto a la Administración, a los “sujetos privados” o “particulares” (en nuestro caso, concesionarios y contratistas). Mas este entendimiento de la conurrencia determinante de la unidad jurisdiccional (en cuyo caso podría traerse a colación un supuesto específico de conurrencia previsto en la LRJ-PAC, la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas de su artículo 140), antes que un criterio de reparto jurisdiccional es una regla principio de orden, que localizaría en la unidad jurisdiccional el instrumento idóneo a fin de elucidar la concreta atribución

de responsabilidad y, por ende, la determinación, en concreto, de la eventual conurrencia “causal” en la producción del daño (con las consecuencias indemnizatorias pertinentes en cuanto al reparto o distribución de la responsabilidad) o, meramente, de la conurrencia “subjetiva” en la actividad generadora del daño. En suma, pues, un artificio para lograr la ruptura, de acuerdo con la argumentación que se viene siguiendo, de la continencia de la causa (procesal).

En fin, la supresión del adjetivo “civil” del texto del último inciso del artículo 98.3 de la Ley de Contratos de 1995 en la versión del Texto Refundido de 2000 (el artículo 97.3 de este último, como se ha dicho en varias ocasiones, meramente habla de “acción”) coadyuvaría en la interpretación propuesta. La armonización a que debe atender todo Texto Refundido, como modalidad específica de la delegación legislativa (82.5 de la Constitución), permitiría dar cuenta del cambio introducido en la versión de la Ley de Contratos de 2000, en consonancia, así, como la lógica institucional que anima la responsabilidad de la Administración desde 1998.

2. El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración ha abierto un nuevo frente en el principio de la unidad jurisdiccional. El debate se abrió con anterioridad a la promulgación de la LJCA, si bien, como veremos, la peculiaridad que en el régimen del contrato de seguro supone la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/1980 es la que ha propiciado la diversidad de soluciones en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, que ha concluido con la decantación de un criterio en la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo y, finalmente, con la intervención del legislador en 2003 a fin de imponer una solución que corrige la alcanzada por aquélla.

A) Tomemos un par de muestras. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 22 de diciembre de 1995 -ponente: Martínez García; Arz.: AC 1995/2.292- conoce de un asunto en que la demandada era exclusivamente la aseguradora de una Administración sanitaria por los daños y perjuicios derivados de un diagnóstico erróneo y posterior intervención quirúrgica (fundamentos de derecho primero, tercero y cuarto). En apelación, aquélla reitera la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por entender “que se tenía que haber demandado también al personal sanitario directamente responsable de los hechos, y en su caso a sus respectivas compañías aseguradoras” (fundamento de derecho segundo). Alegación a la que la Sentencia dará la siguiente respuesta:

“[...] cuando se pone de manifiesto que hubo conducta culposa en el comportamiento de alguno o algunos de los profesionales sanitarios, y que la misma fue desencadenante, de forma causal, del resultado dañoso que se haya producido, aunque no logre determinarse con exactitud qué personal sanitario en concreto es quien incurrió en la conducta imprudente generadora del daño (como acontece en nuestro caso), cabe la posibilidad de reconducir la responsabilidad al “INSALUD”, como responsable directo de sus actividades sanitarias y, en consecuencia, a la Compañía de Seguros con la que tal institución tuviera concertada su posible responsabilidad civil (véase STS, Sala 1, de 16 de diciembre de 1987)”.

Y apostilla el fundamento de derecho segundo:

“En nuestro caso, de lo que no cabe duda es de que la entidad aseguradora demandada (que es quien lo alega) no ha acreditado qué profesional sanitario en concreto (no sólo de la medicina, sino incluso de distinta categoría sanitaria, ATS, enfermeros, etc.), es quien pudo cometer la posible imprudencia, por lo que resulta imposible concretar, y la demandada no concreta, cuáles eran los posibles profesionales, a cuyas compañías aseguradoras se tenía que haber demandado (según su tesis) conjuntamente, en este pleito, por lo que el defecto procesal no puede ser acogido en ningún caso”.

El argumento es diáfano: no sólo se habría admitido, en la condición de demandado, el emplazamiento del “profesional sanitario en concreto” que “pudo cometer la posible imprudencia” (doctrina tradicional de la jurisprudencia civil), de haber quedado perfectamente individualizado, sino que “la posibilidad de reconducir la responsabilidad al <INSALUD>, como responsable directo de sus actividades sanitarias” comporta la de “la Compañía de Seguros con la que tal institución tuviera concertada su posible responsabilidad civil”. Ningún obstáculo, pues, a que el orden civil conozca de las pretensiones de indemnización dirigidas exclusivamente contra el asegurador de la Administración.

B) El contrapunto lo marca la doctrina de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de mayo de 1997 -ponente: Pueyo Mateo; Arz.: AC 1997/1.173-. Demandada la aseguradora de un Ayuntamiento por una señora que había, al salir del vehículo que conducía su hijo, resbalado en una piedra suelta y caído al suelo fracturándose la tibia y el peroné, aquélla opone “las excepciones de incompetencia de jurisdicción y falta de litis con-

sorcio pasivo necesario”. La de incompetencia de jurisdicción será acogida sobre la base de la siguiente argumentación, que recoge el fundamento de derecho segundo:

“Arguye la sentencia de instancia que la referida excepción no puede ser acogida toda vez que la acción ejercitada es la del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro y frente a una persona jurídica privada como es una aseguradora.. Mas frente a tal fundamentación se alzan a juicio de la Sala las siguientes consideraciones de índole jurídica positiva: 1ª) El artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985 en la línea de lo preceptuado en el artículo 106.2 de la Constitución y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa declara que “Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos, como consecuencia de los servicios públicos o de la actuación de sus Autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”; 2ª) Dicha regulación general viene hoy contenida en los artículos 137 [*sic*: debe ser 139] a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Conforme a dicha normativa toda suerte de daños irrogados por las Administraciones Públicas, incluso cuando actúen en relaciones de Derecho privado, se exigirán de conformidad con el correspondiente procedimiento administrativo y en su caso contencioso-administrativo; 3ª) *La existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil entre una Administración pública y una compañía del sector no puede convertir las normas de “ius cogens” como es el caso de la legislación procedimental y procesal - artículo 3 b) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-Administrativa- en meras reglas dispositivas que permitan libremente al particular optar por un orden jurisdiccional u otro*; 4ª) *La relación que traben aseguradora y asegurado sí incumbe al orden jurisdiccional civil, pero para que la compañía aseguradora sea condenada al pago de la indemnización debe ser antes examinada la conducta del asegurado como se infiere claramente de los términos del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro*, y acaba haciendo el juzgador “a quo” en su sentencia, siendo obvio que el orden civil tiene vedado el acceso al conocimiento de tales pretensiones frente a una Administración pública. Por último, la existencia del contrato de seguro de

responsabilidad civil en el ámbito administrativo, lejos de ser una figura anómala es especialmente desde el año 1991 una técnica cada vez más socorrida para dar cobertura a las actividades de mayor riesgo de los poderes públicos, tal es el caso pionero del Ministerio de Defensa que al amparo de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, suscribió un contrato de seguro para hacer frente a las múltiples indemnizaciones solicitadas con ocasión de lesiones o muerte producidas en el Servicio Militar. *La presencia de tal contrato de seguro*, que incluso puede ser ampliatorio de los estándares normales de responsabilidad, *en nada altera los procedimientos de exigencia de responsabilidad deducida siempre ante la Administración asegurada*, como, con toda normalidad, expone el Consejo de Estado en su dictamen 331/1991, de mayo de mayo. En suma, como se señala en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de junio de 1995 al enjuiciar un caso análogo al de autos, *difícilmente dada la índole del seguro concertado se puede exigir responsabilidad a la aseguradora sin declarar la del Ayuntamiento a quien se asegura*, extremo que al estar vedado a los Tribunales civiles, conduce a la Sala a acoger la excepción de incompetencia de jurisdicción invocada por la apelante”.

C) El razonamiento y la conclusión de esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias se exponen con toda pulcritud (y corrección). El aseguramiento de la responsabilidad de la Administración “en nada altera los procedimientos de exigencia de responsabilidad deducida siempre ante la Administración asegurada”, de donde “difícilmente [...] se puede exigir responsabilidad a la aseguradora sin declarar la del Ayuntamiento a quien se asegura”; declaración esta “vedada a los tribunales civiles”, de suerte que si un contrato de seguro suscrito entre una Administración y una compañía del sector “no puede convertir las normas de <ius cogens> como es el caso de la legislación procedimental y procesal -artículo 3 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [de 1956]- en meras reglas dispositivas que permitan libremente al particular optar por un orden jurisdiccional u otro”, de ello se infiere que habrá de seguirse el procedimiento (administrativo) de declaración, reconocimiento o exigencia de la responsabilidad (de la Administración), a fin de, ulteriormente, concluido aquel procedimiento, deducir las oportunas pretensiones ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ante el que, de no asumir la posición procesal de demandante, habrá de ser emplazado como demandado el asegurador (cuya intervención en el previo procedimiento administrativo queda asegurada en su cualidad de interesado).

D) La ausencia de un criterio uniforme en la jurisprudencia civil en orden a la determinación del fuero aplicable, ha provocado la intervención de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo. Dos resoluciones de los años 2001 y 2002 son expresivas de la toma de postura en favor del orden jurisdiccional civil, los Autos 33/2001, de 27 de diciembre -ponente: Álvarez-Cienfuegos Suárez; Arz.: RJ 2002/4086- y de 16 de diciembre de 2002 -ponente: Trujillo Mamely; Arz.: JUR 2003/21.553-. En ambos casos se elucidaba el orden competente, discutido entre el civil y el contencioso-administrativo, en sendos supuestos en los que la Administración, una entidad pública empresarial [artículo 43.1 b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado], la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles -RENFE-, en el primer caso, y un organismo autónomo, el Patronato de la Alhambra y el Generalife, en el segundo, contaba con un seguro de responsabilidad. Por tanto, la presencia de una Administración Pública en sentido subjetivo era inconcusa en uno y otro supuesto, al tratarse de entidades de derecho público (artículo 2.2 LRJ-PAC), siquiera la peculiaridad del primero de los reseñados (peculiaridad que analizan los dos primeros fundamentos de derecho del Auto de 27 de diciembre de 2001 para concluir en el inequívoco carácter de Administración Pública de RENFE) estribe en que las llamadas entidades públicas empresariales sujetan su actividad, con carácter general, al derecho privado. Caracterización de la que, a los efectos pretendidos, se extrae el oportuno corolario, así en el fundamento de derecho segundo del Auto de 27 de diciembre de 2001:

“[...] como cuestión de principio, puede afirmarse que después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, toda reclamación indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la relación, pública o privada, en que se ocasione, deberá ser sustanciada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incluso en el caso de que a la producción del daño hayan concurrido sujetos privados, quienes deberán, también, ser demandados ante este orden jurisdiccional”.

Conclusión intachable a la vista de los datos normativos: la presencia de una Administración Pública, incluso cuando en la producción del daño aparece un sujeto privado [párrafo segundo del artículo 9.4 LOPJ, en la redacción introducida por el artículo único.1 de la Ley Orgánica 6/1998 de 13 de julio; y artículo 2 e) LJCA, en la versión

dada por la Disposición adicional 14.1 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que emplea el término “particulares” para aludir a aquella concurrencia], arrastra la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las oportunas pretensiones de responsabilidad.

E) No obstante, la presencia del asegurador introduce, tal y como se argumenta en los fundamentos de derecho tercero a quinto del referido Auto de 27 de diciembre de 2001, un notable giro en el decurso de la argumentación. Aquél, en virtud de la llamada acción directa que el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro, otorga al perjudicado o sus herederos frente al asegurador, conlleva la atracción de la competencia al orden civil. Dirá así el fundamento de derecho tercero:

“Sin embargo, no es éste el caso que aquí se cuestiona, pues admitida la legitimación de RENFE en calidad de demandada, lo que justificaría la declaración de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por las razones expuestas, debe contemplarse, al mismo tiempo, la presencia, también como codemandada, de MAPFRE Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, la cual no comparece en el proceso por haber concurrido a la producción del daño, circunstancia que en nada cambiaría la conclusión ya adelantada, sino como contratante de una póliza de seguro, contra la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, Ley 50/1980, de 8 de octubre, “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero”.

La inflexión en el trazo discursivo alcanzado en el último párrafo del fundamento de derecho segundo trae causa, pues, de la presencia, en calidad de codemandada, del asegurador, que “no comparece en el proceso por haber concurrido a la producción del daño” (extremo que, se insiste, no alteraría la competencia del orden contencioso-administrativo), “sino como contratante de una póliza de seguro”. Aparece así en escena el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, que consagra la referida acción directa “contra el asegurador” (si bien, y acerca de este extremo se dirá algo más abajo, en el proceso de que trae causa el conflicto de competencia había sido igual-

mente demandada la Administración), eje sobre el que se va a construir la argumentación que concluirá con la atribución de competencia al orden civil. El fundamento de derecho cuarto describirá, así, la naturaleza y el sentido de esta acción:

“[...] la llamada al proceso de la compañía de seguros no resulta caprichosa ni tiene el carácter de subsidiaria, pues la Ley le otorga al perjudicado el ejercicio de una <acción directa o contra la aseguradora>. Ello implica, según ha declarado la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de diciembre de 1995, 3 de abril y 3 de octubre de 1996), el derecho del perjudicado a mantener indemne su patrimonio, siempre que la acción se ejercite dentro de los límites de la cobertura pactada”.

Y prosigue:

“También ha declarado la jurisprudencia que la acción directa contra la compañía aseguradora tiene su origen en el contrato de seguro, siendo la obligación al pago de la compañía aseguradora la misma (salvo las excepciones que proclama el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro) que correspondería a quien contrató la póliza, por los daños y perjuicios causados”.

Con este soporte, el fundamento de derecho quinto razonará acerca de la atribución de competencia al orden jurisdiccional civil:

“De todo lo expuesto puede ya deducirse que la posición procesal, en calidad de codemandadas y por tanto obligadas al pago de la eventual indemnización que pudiera corresponderle a la actora, que ocupan la RENFE y MAPFRE Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, refuerza las expectativas y el derecho subjetivo de la parte demandante, por lo que, al optar por esta posibilidad que le reconoce el ordenamiento, el ciudadano reclamante está haciendo uso de su derecho a una mejor y mayor tutela judicial efectiva, en los términos del artículo 24.1 de la Constitución”.

“Dicha opción, esto es, la posibilidad de demandar conjuntamente al agente causante del daño, en este caso una Administración Pública, y la compañía aseguradora del riesgo, contemplada por el ordenamiento jurídico como una garantía de los ciudadanos ante el incremento y gravedad de los riesgos que origina la convivencia, no puede ser desconocida por

las normas procesales, obstaculizando, <de facto>, un derecho que le concede la norma”.

“Sin desconocer la polémica doctrinal que este singular y especialísimo supuesto ha originado, al no estar contemplada, de forma expresa, la presencia de las Compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo, dada su especial naturaleza, cuando se exige la responsabilidad patrimonial de una Administración Pública, *lo razonable, mientras la Ley no recoja, como ha hecho con los sujetos concurrentes a la producción del daño, una llamada expresa al proceso contencioso, [es] mantener, en este supuesto, la tradicional y ya clásica <vis atractiva> de la Jurisdicción Civil*, reconocida en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece: <Los Juzgados y Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que le sean propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional>”.

“De lo contrario, *se obligaría al perjudicado a entablar dos procesos distintos, ante dos jurisdicciones diferentes*, la civil para la compañía aseguradora, y la contencioso-administrativa para la Administración. Tal alternativa, al margen de los problemas de economía procesal, riesgo de resoluciones no del todo acordes en ambos órdenes jurisdiccionales, provocaría *una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva*”.

De una manera más sintética, y con remisión a este Auto de 27 de diciembre de 2001 -fundamento de derecho tercero-, el de 16 de diciembre de 2002, en un supuesto en el que se había demandado conjuntamente a un organismo autónomo de carácter administrativo (el Patronato de la Alhambra y el Generalife, creado por el artículo 29 de la Ley 9/1985, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y cuyos Estatutos fueron aprobados por Decreto 59/1986, de 19 de marzo, modificado por Decreto 136/1999, de 1 de junio -fundamento de derecho segundo) y al asegurador, la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo concluye en la atribución de la competencia controvertida al orden civil [en el fundamento de derecho tercero se cita un Auto de 21 de octubre de 2002, el número 22/2002, no localizado].

F) Los fundamentos de derecho tercero, cuarto y quinto del Auto de 27 de diciembre de 2001 compendian, pues, la doctrina de la Sala de Conflictos en punto a la determinación del fuero competente cuando la Adminis-

tración cuenta con un seguro de responsabilidad. Dicha doctrina gira, en síntesis, sobre tres argumentos, a saber, la acción directa del perjudicado (o sus herederos) contra el asegurador, en los términos del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980; el derecho de tutela judicial efectiva, que proscribe, en el entendimiento del Supremo, la supresión en perjuicio del justiciable de una acción (civil) que le permite “mantener indemne su patrimonio”; y, en fin, la consabida apelación a la evitación del “peregrinaje de jurisdicciones” y la fuerza atractiva del orden civil “al no estar contemplada, de forma expresa, la presencia de las Compañías aseguradoras en el proceso contencioso-administrativo”.

a) El supuesto de que arranca el conflicto (negativo) de competencia tiene su origen en unos “daños y perjuicios sufridos el día 8 de agosto de 1998, en el vestíbulo de la estación de Barcelona-Sants” -fundamento de derecho primero-, con anterioridad, por tanto, a la entrada en vigor de la LJCA (diciembre de 1998), que introdujo (mejor, reintrodujo, como se ha dicho páginas atrás) la unidad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración [artículo 2 e)], cualquiera que fuere la naturaleza de la actividad o el tipo de relación, pública o privada, de que dimane aquélla [En el supuesto a que se contrae el Auto de 16 de diciembre de 2002 no resulta acreditado el momento de generación de los daños y perjuicios de que nace la acción de responsabilidad. No es aventurado suponer que este momento es posterior a la entrada en vigor de la LJCA, en cuyo caso devendría impropcedente la acumulación en el proceso civil de las acciones dirigidas contra la Administración -un organismo autónomo, como se ha dicho- y el asegurador, tal y como parece desprenderse de los dos primeros fundamentos de derecho del referido Auto]. Esta circunstancia puede dar cuenta del emplazamiento, ante el órgano judicial civil, como demandada de RENFE (entidad pública empresarial y, por ende, Administración Pública ex artículo 2.2 LRJ-PAC), junto a la compañía aseguradora, pero a condición de entender que la referida unidad jurisdiccional adquiere carta de naturaleza *a partir de 1988 y no desde la entrada en vigor de la LRJ-PAC*, momento este último que no debe descartarse en modo alguno, pues es esta ley la que sujeta *toda* la responsabilidad de la Administración (de derecho público o de derecho privado) al procedimiento establecido en la propia LRJ-PAC (artículos 142.6, 143 y 144), de donde podía inferirse, en línea de principio, que el procedimiento *administrativo* de reconocimiento o declaración de responsabilidad debía ir seguido del oportuno proceso contencioso-administrativo. En consecuencia, devenía impropcedente el emplazamiento como demandada ante el orden jurisdiccional civil de

RENFE, circunstancia que sólo se explicaba por la presencia del asegurador, en una suerte de acumulación de acciones que, si justificada, como ha venido tradicionalmente sosteniendo la jurisprudencia civil, en la evitación de la ruptura de la continencia de la causa (amén de en la fuerza atractiva de este orden jurisdiccional), chocaba con la prohibición de acumular acciones incompatibles (artículo 154. 2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).

b) Dicho esto, pasemos a desmenuzar los argumentos en que la Sala de Conflictos fundamenta su criterio. Así, aunque expuesto en segundo lugar, si bien hilo vertebrador de la argumentación, el de la tutela judicial efectiva, tras su aparente contundencia, se revela en toda su inanidad. Ninguna merma del derecho que consagra el artículo 24.1 de la Constitución puede identificarse en la preferencia por uno u otro orden jurisdiccional, antes bien, como se dirá, la bondad del argumento estribaría, precisamente, en sostener la competencia del orden contencioso-administrativo, pues ante éste el perjudicado podrá demandar, de no haber prosperado su reclamación en vía administrativa, a cuantos sujetos tengan alguna relación, directa o indirecta, con el objeto de aquélla, la declaración de responsabilidad y su corolario, la determinación de a quién corresponde la obligación de reparar los daños y perjuicios originados.

Desde esta perspectiva, por tanto, la apelación a la garantía de la indemnidad patrimonial (fundamento de derecho cuarto) o al ejercicio del derecho “a una mejor y mayor tutela judicial efectiva” (fundamento de derecho quinto) no traspasa los muros de la mera petición de principio, que, paradójicamente, se vuelve contra los patrocinadores de la tesis aquí combatida. En efecto, la competencia del orden civil pretende reforzarse, una vez más, con la invocación de la fuerza atractiva de aquél y la evitación del “peregrinaje de jurisdicciones”. Mas ocurre que estos argumentos no pueden esgrimirse a partir de la entrada en vigor de la LJCA, que prohíbe que la Administración sea demandada ante los órdenes civil o laboral, de suerte que, y esto nos permite enlazar con la idea de la acción directa del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, el perjudicado sólo podrá hacer valer en el orden civil su pretensión contra el asegurador, con el ineluctable encorsetamiento que marca la naturaleza y los límites de aquélla.

c) El Auto de 27 de diciembre de 2001 afirma que “la acción directa contra la compañía aseguradora tiene su origen en el contrato de seguro, *siendo la obligación al*

pago de la compañía aseguradora la misma [...] que correspondería a quien contrató la póliza, por los daños y perjuicios causados” (fundamento de derecho cuarto). Y el artículo 73, en su primer párrafo [el segundo fue añadido por la Disposición adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre], de la Ley del Contrato de Seguro establece:

“Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, *dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato*, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato *de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado*, conforme a derecho”.

Si la obligación al pago del asegurador es la misma que, en ausencia del contrato de seguro, correspondería a quien contrató la póliza, obligación que es el correlato de la causación de unos daños y perjuicios causados por un hecho “de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado”, es claro que la determinación de la obligación del asegurador presupone la declaración de responsabilidad *de la Administración*. Una declaración que, y aquí radicaba la *ratio decidendi* de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 16 de mayo de 1997 a fin de declinar su competencia en el asunto, ha de impetrarse a través de los mecanismos previstos al efecto, esto es, el procedimiento (o los procedimientos) de declaración de la responsabilidad civil extracontractual (patrimonial, en la dicción al uso) regulado en la LRJ-PAC y el RPRP. Un procedimiento, que de ordinario iniciará la petición del perjudicado, que ya resuelto expresamente ya concluido con la desestimación presunta por silencio, arrastra la competencia del orden contencioso-administrativo, pues es a éste al que corresponde conocer de las pretensiones hechas valer en vía administrativa y deducidas en relación con la responsabilidad de la Administración, siquiera la cobertura del riesgo del nacimiento, “a cargo del asegurado”, de la obligación de indemnizar sea asumida, en virtud del contrato de seguro, por el asegurador. Un asegurador que, naturalmente, tiene la condición de interesado en el procedimiento administrativo de declaración de la responsabilidad y que está legitimado en el contencioso-administrativo ya como demandado ya, en su caso, como demandante.

d) A mayor abundamiento, el tan celebrado, a efectos de atraer el conocimiento del asunto al orden civil, propósito de evitar el “peregrinaje de jurisdicciones” (argu-

mento que va de la mano con la evitación de la ruptura de la continencia de la causa), puede resultar, tras la LJCA, un efecto paradójico de la competencia del orden civil, pues, en efecto, con independencia de que la lógica del sistema, como se ha intentado mostrar, imponga la competencia del orden contencioso-administrativo, mantener la vigencia de la acción directa del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro frente a los aseguradores de la Administración implica, de resultar insuficiente la cobertura del seguro (artículos 73, párrafo primero, y 76 de la Ley del Contrato de Seguro), que el perjudicado se vea forzado, tras el proceso civil, a iniciar la vía contencioso-administrativa frente a la Administración, con la consecuencia de la eventual caducidad de su acción por el transcurso del tiempo desde la producción de los daños y perjuicios generadores de la responsabilidad de aquélla.

IV

El propósito de las páginas que anteceden es claro: desde 1998, con la promulgación y entrada en vigor de la LJCA, de manera expresa (y, aun, puede sostenerse, desde 1992, de manera implícita, con la LRJ-PAC), en virtud del principio de la unidad jurisdiccional en el ámbito de la

responsabilidad de la Administración [artículo 2 e) LJCA; la unidad sustantiva o de régimen jurídico ya había quedado consagrado en la LRJ-PAC: artículo 142.6], el orden contencioso-administrativo es, institucionalmente, el único competente para conocer de las pretensiones que se susciten en relación con la responsabilidad de la Administración. Esta afirmación supone que la determinación de las obligaciones dimanantes de aquella responsabilidad en relación con cuantos sujetos, públicos o privados, tengan alguna conexión, directa o indirecta, con aquella responsabilidad, ya como concesionarios y contratistas ya como aseguradores (por volver a los dos supuestos que han aglutinado la exposición precedente), ha de quedar circunscrita al procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial (de la Administración) y ulteriormente al proceso contencioso-administrativo. Tesis que, de modo expreso, y a la vista del criterio de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, ha acabado por imponer el legislador, al menos para con los aseguradores de la Administración, en la reforma de la LJCA y de la LOPJ llevada a cabo por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, y que, según se ha expuesto, podía, en términos institucionales, derivarse sin dificultad del binomio LRJ-PAC/LJCA.

LAS CARTERAS DE SERVICIOS: CONCRECIÓN, RACIONALIZACIÓN Y ARTICULACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS

José Vida Fernández

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

1.- INTRODUCCIÓN.- 2.ORIGEN, DESCRIPCIÓN Y ÁMBITO DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE ORDENACIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS.- 2.1. Origen y evolución de las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias. 2.2. Descripción de las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias: El Catálogo de prestaciones y las carteras de servicios. 2.3. Ámbito de aplicación de las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias. 3. LA DELIMITACIÓN Y CONCRECIÓN DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS.- 3.1. Delimitación y concreción subjetiva.- 3.2. Delimitación y concreción material u objetiva, en particular, a través de las carteras de servicios.- 4. LA RACIONALIZACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS. 4.1. La calidad en la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias: la elaboración de las carteras de servicios.- 4.2. La calidad en el desarrollo del contenido de las prestaciones sanitarias: la actualización de las carteras de servicios.- 5. LA ARTICULACIÓN DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS EN UN ESTADO AUTONÓMICO.- 5.1. La culminación de la descentralización del SNS y la garantía de su unidad a través de la LCCSNS.- 5.2. La redistribución de competencias del Estado y las CCAA con respecto a las prestaciones sanitarias: título competencial pertinente y alcance del mismo.- 5.3. El juego de las técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias y su interrelación en un Sistema Sanitario descentralizado.

1. Introducción **.

Es bien sabido que el reconocimiento del derecho a la salud, o más correctamente, del derecho a la protección de la salud incluido en el art. 43 CE se traduce en una obliga-

ción dirigida a los poderes públicos de proveer tanto medidas preventivas como las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la a todos los ciudadanos.

También es comúnmente conocido que no se trata de un derecho subjetivo sino de uno de los principios rectores de la política social y económica, por lo que si bien goza de un valor normativo innegable que vincula a todos los poderes públicos, su verdadero contenido y alcance depende de la concreción o configuración que le den las leyes que lo desarrollen (art. 53.2 CE).

Por lo tanto, el derecho a la protección de la salud es un derecho prestacional de configuración legal cuyo concepto, contenido y alcance se han venido estableciendo a través de una normativa numerosa, asistemática y dispersa, que va desde leyes generales a reglamentos de diverso rango y concreción, en los que se han ido estableciendo la efectividad y el alcance de los derechos subjetivos de los ciudadanos a la protección de su salud.

* El presente trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto BJU2002-03794, «Liberalización, competencia y cohesión social: tres nuevos retos del Derecho Administrativo», del Programa de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología dirigido por el Prof. Dr. D. Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO.

(**) Las abreviaturas empleadas en el presente trabajo son las siguientes: CCAA: Comunidades Autónomas, CE: Constitución Española; INSALUD: Instituto Nacional de la Salud, LCCSNS: Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/2003, de 28 de mayo), LFA: Ley de Financiación Autonómica (Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las CCAA de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía), LGS: Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), LGob: Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, SNS: Sistema Nacional de Salud, STC: Sentencia del Tribunal Constitucional, TC: Tribunal Constitucional.

La LCCSNS, como última norma de reajuste del Sistema Nacional de Salud, introduce, entre otras innovaciones, una nueva técnica en la configuración legal del contenido prestacional del derecho a la protección de la salud al articular la ordenación de las prestaciones sanitarias a través de un Catálogo de Prestaciones Sanitarias, que establece los límites generales del derecho, y unas carteras de servicios, en las que se concreta su contenido, alcance y efectividad.

El presente estudio comienza con el análisis de unas cuestiones preliminares (2) relativas al origen de estas nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias, a su descripción y naturaleza, y al ámbito de su aplicación. Posteriormente se descenderá al estudio de éstas nuevas técnicas a partir de los objetivos que con ellas se persiguen, que son:

a) Delimitar y concretar el contenido de las prestaciones sanitarias (3), de manera que se permita un conocimiento exacto, cierto, seguro de las mismas, al tiempo que se establece el alcance del derecho a la protección de la salud, lo que refuerza la posición jurídica de sus titulares y facilita la organización y el funcionamiento de los servicios.

b) Racionalizar el contenido de las prestaciones sanitarias (4), de manera que, por una parte, los recursos limitados del Sistema lleguen a todos de forma equitativa, y que, por otra, éstos recursos sean de calidad, eficaces y novedosos sin que se ponga en peligro ni la salud de los usuarios ni la propia sostenibilidad del Sistema.

c) Articular el contenido de las prestaciones sanitarias en un Estado compuesto (5). La realización del Estado autonómico manifestada en la progresiva descentralización territorial del SNS debe dar paso a una intervención ordenada de las distintas instancias territoriales sobre la configuración de contenido de las prestaciones sanitarias en función de sus respectivas competencias.

2 Estos objetivos suponen una profundización y actualización de un estudio más amplio realizado con anterioridad en Vida Fernández, José: «Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y carteras de servicios», en Parejo Alfonso, Luciano; Palomar Olmeda, Alberto; Vaquer Caballería, Marcos (dirs): *La reforma del Sistema Nacional de Salud, Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pags. 37-109.

2. Origen, descripción y ámbito de las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias

2.1. Origen y evolución de las técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias.

El término catálogo de prestaciones procede de la terminología propia de la Seguridad Social. Si bien no se trata de una expresión normativa, la doctrina y la jurisprudencia si se han venido refiriendo al catálogo de prestaciones de la Seguridad Social, que incluiría las provistas en caso de incapacidad, invalidez, jubilación y, por supuesto, enfermedad. Posteriormente, a partir de la década de los años noventa, se comienza a extender la utilización del término «catálogo de prestaciones» referida exclusivamente a las sanitarias, especialmente a partir del ROPS, si bien se hace de manera algo confusa (se llega a hablar de «catálogo de servicios» y de «cartera de prestaciones»). A nivel normativo se emplea la expresión para distinguir un catálogo de prestaciones básicas ofrecidas por el SNS y otros catálogos de prestaciones ofrecidas por las Comunidad Autónoma: de hecho, en las leyes autonómicas de ordenación de la salud prolifera la utilización de esta expresión (v.gr. catálogo de prestaciones de Osakidetza, catálogo de prestaciones del Instituto Catalán de Salud para el año 2000).

En cuanto a la Cartera de Servicios es un término expresión de una técnica propia de la gestión sanitaria que ha sido utilizada en la normativa con referencia a los Servicios de Salud (cartera de servicios de los equipos de atención primaria), o a centros específicos (cartera de servicios correspondiente a la especialidad de cirugía en el Hospital X-). También se ha utilizado el término cartera de servicios en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios concertados, para determinar en general los centros y servicios con los que se cuenta las entidades colaboradas con respecto a cada una de las prestaciones y que se reflejan en los conciertos que anualmente se suscriben entre el Insalud y éstas o entre MUFACE, ISFAS, MUGUJE y entidades de seguro (v.gr. el Servicio de Psiquiatría en régimen de Hospital de Día se incluye en la cartera de servicio del nivel III de atención especializada, o Asisa cuenta en su cartera de servicios con tales centros).

A partir del año 2000 se generaliza su utilización en la normativa autonómica referida tanto a las carteras de servicios de los centros sanitarios (hospitales), como a las

carteras de servicios de los laboratorios. Asimismo se va introduciendo en la normativa autonómica de ordenación sanitaria referido al contenido de determinadas prestaciones (como la cartera de servicios sanitarios de salud mental, cartera de servicios de salud bucodental), llegando incluso a emplearse como sinónimo del conjunto de prestaciones, solapándose así con la expresión catálogo de prestaciones.

Toda esta confusión y anfibología no se ha remediado con la entrada en vigor de la LCCSNS a pesar de que ésta introduce una concepción legal y unitaria del catálogo de prestaciones y de la cartera de servicios. Sin embargo, esto no ha sido así; se sigue empleando estas expresiones por los legisladores y los ejecutivos autonómicos en sentido impropio (en particular se mantiene la vinculación de la cartera de servicios a los centros sanitarios, a laboratorios). Únicamente en la normativa autonómica de reestructuración organizativa de las Administraciones sanitarias de las CCAA adaptándose a la LCCSNS se aprecia una utilización exacta al asignar a distintos órganos las competencias relativas al Catálogo de Prestaciones y a las carteras de servicios autonómicas.

2.2. Descripción de las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias: El Catálogo de Prestaciones y la carteras de servicios.

La ordenación de las prestaciones, que anteriormente se llevaba a cabo mediante el simple desarrollo reglamentario basado en el RDOPS, se centra ahora en el juego del Catálogo de Prestaciones y de las carteras de servicios instituidos por la LCCSNS. Estas son las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias que establecen la límite entre las prestaciones sanitarias públicas, cubiertas por la financiación pública dentro del SNS, y las privadas, a cargo de los sujetos privados o de terceros responsables.

Curiosamente, la LCCSNS parte de una definición de las llamadas prestaciones de atención sanitaria del SNS en exceso omnicompreensiva, ya que incluye tanto las públicas (que son las propias de este Sistema) como las privadas, en cuanto se refiere a ellas como los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos (art. 7 LCCSNS).

La insuficiencia de esta definición abstracta y genérica de las prestaciones sanitarias del SNS que termina por abarcar la totalidad de las prestaciones sanitarias, da lugar a que la LCCSNS concrete cuáles son aquellas a través del Catálogo de Prestaciones y las carteras de servicios, en

cuanto son los instrumentos que permiten identificar las prestaciones públicas de las que no lo son. El uno y la otra permiten, por una parte, delimitar y sistematizar el contenido de las prestaciones que van a recibir la financiación pública (prestaciones sanitarias públicas) y, por otra, desarrollarlo y concretar dicho contenido.

A) El Catálogo de Prestaciones, además de constituir la frontera de trazo grueso entre la sanidad pública y la privada, establece las líneas generales de actuación del sistema sanitario público al disponer las categorías en las que se encajan todas las prestaciones sanitarias que van a recibir la cobertura pública dentro del SNS. Estas categorías son las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención socio-sanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario (art. 7 LCCSNS).

Es cierto que resulta difícil distinguir entre las prestaciones enunciadas y lo que será su desarrollo en las carteras de servicios, ya que algunas de éstas son en sí mismas más una técnica, tecnología o procedimiento que una prestación en sentido abstracto (como ocurre con los productos dietéticos). A pesar de dicha dificultad resulta muy positivo plantear esta distinción que propone la LCCSNS entre prestaciones y servicios para facilitar su clasificación, gestión y consideración jurídica (y no solamente científica o gerencial).

Lo que no esté incluido en una de estas categorías no será prestación sanitaria del SNS. Esto no puede llevarnos a pensar que se produce un recorte o disminución de las prestaciones sanitarias, por el contrario, el Catálogo de Prestaciones establecido en la LCCSNS amplía el contenido de las prestaciones sanitarias definido por la normativa anterior. Además, las categorías de las prestaciones incluidas son tan exhaustivas, su formulación tan amplia y el desarrollo básico tan genérico que es difícil hallar prestaciones sanitarias excluidas, aunque evidentemente las haya.

El Catálogo categoriza así unas prestaciones omnímodas, establece su definición, su finalidad, las actuaciones que comprende genéricamente enumeradas y, en su caso, las formas de proveerlas. Así cumple con su objeto que es garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención (art. 7 LCCSNS).

³ Como afirma BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: «Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud», en Derecho y Salud, vol. 11, julio-diciembre 2003, pág.128.

B) Las carteras de servicios. Las prestaciones sanitarias contenidas en el Catálogo se hacen efectivas mediante las carteras de servicios, tanto estatal como autonómicas, en cuanto contienen conjuntos de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiéndose por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica (art. 20 LCCSNS).

Al concretar las carteras de servicio el contenido de cada una de las prestaciones sanitarias determinadas por el Catálogo en distintas técnicas, tecnologías o procedimientos particulares, es en ellas en las que se produce la verdadera dinámica de la inclusión-exclusión de la cobertura pública del contenido de las prestaciones sanitarias.

Esta concreción se produce en un doble nivel territorial, estatal y autonómico. La cartera de servicios estatal o cartera de servicios del SNS (aunque este término contenido en la LCCSNS no resulta especialmente afortunado en cuanto todas las prestaciones lo son del SNS aunque su ámbito sea autonómico), se acuerda en el seno del Consejo Interterritorial del SNS (art. 8 LCCSNS) y se aprueba mediante Real Decreto; las carteras de servicios autonómicas, se elaboran y aprueban a través del procedimiento que establezcan las respectivas normativas autonómicas (art. 20 LCCSNS).

Unas y otras coexisten en paralelo, en cuanto son el resultado del ejercicio de una competencia compartida, pero las que verdaderamente recibe el ciudadano, es decir, en las que se materializan las prestaciones a los usuarios del SNS a través de cada uno de los servicios autonómicos de salud, son las carteras de servicios autonómicas en cuanto se sobreponen y subsumen el contenido de la estatal (el art. 20.2 LCCSNS dispone que contendrán cuando menos la cartera de servicios del SNS), al margen de que se complete o no dicho contenido con prestaciones autonómicas.

Estas nuevas técnicas ordenación de las prestaciones sanitarias en conjunto, es decir, el juego catálogo-carteras de servicios, proporcionan las siguientes ventajas:

- a) Se lleva a cabo una configuración jurídica más perfecta de la dimensión prestacional del derecho a la protección de la salud. Las carteras de servicios llevarán a cabo una fijación detallada del contenido de las categorías de prestaciones incluidas en el Catálogo de Prestaciones, con lo que se mejorará el acceso a las prestaciones desde una doble perspectiva: tanto desde el punto de vista técnico-científico en cuanto sirven para es-

tablecer y unificar criterios sobre el conjunto de actividades científicas, técnicas y administrativas que deben realizar sus prestadores en los distintos servicios sanitarios; como así también desde el punto de vista jurídico, al estar configurados como verdaderos derechos subjetivos cuyo contenido se encuentra determinado y, por lo tanto, es perfectamente exigible.

- b) Se incrementan y se actualizan las prestaciones que se encontraban (y transitoriamente se encuentran) reguladas por el RDOPS de 1995. Se incorporan las prestaciones de salud públicas, las de salud mental y bucodental en la atención primaria y la prestación sociosanitaria.
- c) Se supera el problema de la deslegalización en la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias que había sido característica desde la aprobación de la LGS en cuanto esta misma establecía una remisión a su desarrollo reglamentario. La LCCSNS viene a corregir esta situación, más adecuada a la exigencia constitucional de reserva de Ley (art. 43.2 CE), al fijar el contenido de las prestaciones sanitarias con rango de ley formal, si bien la concreción específica del mismo se sigue haciendo a través de los reglamentos que apruebe la Cartera de Servicios.
- d) Se favorece la unidad de jurisdicción en lo relativo a las prestaciones sanitarias de las que, hasta ahora, ha venido conociendo el orden social. La escisión definitiva del Sistema de Seguridad Social que supone la LCCSNS favorece la concentración del control de las actuaciones de las Administraciones Públicas con respecto a las prestaciones sanitarias en el orden contencioso-administrativo. De este modo se termina con el desajuste que supone el sometimiento a procesos de características distintas y la consideración por parte de los jueces desde parámetros diferentes como son los propios de lo contencioso-administrativo y de lo social. Esta situación, que exige una revisión integral de la jurisdicción competente en la normativa estatal e incluso en la autonómica, se ha mantenido más que otra cosa, por la inercia de la tradición⁴.

⁴ Así lo señala MONTROYA MELGAR, Alfredo: «Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (apunte para un estudio)», en Aranzadi Social, núm. 5/2004.

- e) Se facilita la racionalización de los recursos limitados con que cuenta el Sistema Público Sanitario ya que ésta plantea la exigencia de una asignación eficiente que, en términos jurídicos desde el derecho a la protección de la salud, se traduce en la exigencia de una distribución equitativa en el acceso individual a las prestaciones y de una delimitación óptima de las prestaciones incluidas que han de ser en cada momento las de mayor calidad dentro de los recursos existentes. De este modo, el contenido de las prestaciones será el adecuado en cada momento a las necesidades al facilitar las carteras de servicios la determinación de prioridades para su ampliación a través de la evaluación sistemática de nuevos procedimientos, atendiendo tanto a criterios de calidad asistencial y de equidad cuanto de eficiencia. Asimismo las carteras posibilitan un proceso dinámico de búsqueda, según el momento, de las respuestas más eficientes a los problemas sanitarios de la población.
- f) Se facilita el seguimiento, la comparación y la evaluación externa del contenido de las prestaciones sanitarias incluido en las carteras de servicio. Esto será más efectivo cuanto más homogéneo y normalizados sean los instrumentos de medida de valoración de la actividad (protocolos, indicadores) de modo que se facilite el llevar a cabo un seguimiento del estado de salud de la población y evaluar, en un plazo de unos cinco años, si la cartera de servicios es adecuada y la asistencia es correcta".
- g) Se sistematizan las garantías de las prestaciones sanitarias, dando lugar a un sistema de garantías que aseguran la efectividad del contenido exactamente fijado a través de las técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias.
- h) Se articula una colaboración cabal y ordenada entre el Estado y las CCAA en el ejercicio de sus respectivas competencias, al fijar el Estado las prestaciones de carácter básico, a través del Catálogo de Prestaciones y las carteras de servicios del SNS, y las CCAA las prestaciones de desarrollo en sus respectivos territorios, a través de las carteras de servicios autonómicas.

2.3. Ámbito de aplicación de las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias.

La nueva ordenación de las prestaciones sanitarias públicas no sólo afecta a los servicios sanitarios públicos (servicios autonómicos de salud y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria) que son las estructuras administrativas específicamente dispuestas para su provisión, sino que estas nuevas técnicas de ordenación se extiende también a los servicios sanitarios privados (segundo párrafo del art. 1 LCCSNS). De hecho, uno de los principios del SNS es precisamente la colaboración entre los servicios sanitarios públicos y privados en la prestación de servicios a los usuarios del SNS (art. 4 g) LCCSNS).

La inclusión de los servicios sanitarios privados en la provisión de prestaciones públicas resulta perfectamente comprensible dada la tradicional colaboración de sujetos privados en la provisión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, y el empleo de esta técnica dentro del SNS.

Sin embargo, la LCCSNS introduce una distinción entre la participación de los sujetos privados en la provisión de las prestaciones sanitarias en función de que se trate de las prestaciones residuales de la Seguridad Social o las prestaciones sanitarias del SNS:

En el caso de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, la Disposición adicional tercera LCCSNS se refiere simplemente a la posibilidad de que las Administraciones públicas competentes celebren conciertos y convenios al amparo de su legislación específica para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas. Se refiere así a la Administración de la Seguridad Social, cuyas prestaciones sanitarias se facilitan a través de medios ajenos a ella (públicos o privados) y entre los que pueden encontrarse entidades sanitarias no integradas en el SNS. En estos casos, si bien se someterían al control del Ministerio de Sanidad y Consumo y de los órganos competentes de las CCAA, no les sería aplicables las técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias del SNS ni nada de lo dispuesto para ellas (en especial el sistema de garantías) ya que se trata de prestaciones sanitarias de la Seguridad Social y se regirían por su normativa específica.

En cuanto a las prestaciones sanitarias del SNS, su provisión mediante servicios privados da lugar a una vinculación obligatoria de éstos a las garantías y exigencias dispuestas con respecto a aquellas. La Disposición adicional cuarta LCCSNS lleva a cabo lo que ella misma denomina una «extensión del contenido de la cartera de servi-

cios del SNS», al establecer que las mutualidades, entidades colaboradoras y mutuas con responsabilidades de cobertura de asistencia sanitaria pública deben responder del contenido de la cartera de servicios del SNS, así como de las garantías sobre accesibilidad, movilidad, calidad, seguridad, información y tiempo recogidas en la LCCSNS, si bien matiza que deben hacerlo, «de acuerdo con lo dispuesto en su normativa específica», con lo que esa norma especial puede modificar o suspender lo establecido con carácter general para las prestaciones sanitarias del SNS.

Esta extensión a servicios privados de la aplicación de los requisitos y garantías relativos a las prestaciones sanitarias públicas, no significa que exista un principio de libre opción para el ciudadano; la regla es que las prestaciones públicas se habrán de facilitar por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios propios o concertados (públicos o privados) según lo dispuesto específicamente en la normativa estatal y autonómica, salvo en situaciones de riesgo vital (art. 9 LCCSNS), caso en el que las Administraciones Sanitarias se encontrarán obligadas a abonar los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de unos servicios distintos (art. 17 LGS y 5.1 RDOPS), y en el que se considerarían prestaciones sanitarias del SNS aunque sea con carácter accidental.

El resto de prestaciones facilitadas por servicios sanitarios privados no colaboradores, o en situaciones que no sean de riesgo vital no serían prestaciones de atención sanitaria del SNS (a pesar de la definición omnicomprendiva que de éstas hace el art. 7 LCCSNS), sino que serían simples prestaciones sanitarias privadas sobre las que el Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las CCAA, en el ámbito de las competencias que les corresponden, ejercen un control en relación con las garantías de información, seguridad y calidad, y requerirán de ellas la información necesaria para el conocimiento de su estructura y funcionamiento (art. 6 LCCSNS).

3. La delimitación y concreción del contenido de las prestaciones sanitarias.

A partir de la reforma del Sistema Sanitario iniciada en 1986 con la LGS, su reajuste mediante la LCCSNS ha supuesto una ampliación de la prestación sanitaria como prestación de atención integral a la salud, comprensivas tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad (art. 2 d) LCCSNS).

Esta ampliación de la atención sanitaria y, por tanto, de las prestaciones sanitarias coincide con la culminación formal de su universalidad y su carácter público (art. 2 b) LCCSNS).

La amplitud, universalidad y gratuidad en cuanto principios definidores de las prestaciones sanitarias suponen una mayor exigencia a la hora de fijar su contenido ya que, resulta imprescindible una fijación de este en cuanto nos movemos en una realidad de recursos escasos y de sostenibilidad limitada que obliga a llevar a cabo la selección, la prelación y la restricción de las prestaciones sanitarias.

3.1. Delimitación y concreción subjetiva.

Sin entrar en las cuestiones generales en torno a la titularidad del derecho a las prestaciones sanitarias conviene analizar dos aspectos relativos a la dimensión subjetiva de las prestaciones en cuanto afectan a su propio contenido.

Por una parte, la puntualización que se contiene en el art. 3.2 LCCSNS que si bien pudiera parecer un simple principio de actuación pudiera tener consecuencias específicas en la configuración de las prestaciones sanitarias del SNS. Se trata del mandato a las Administraciones públicas de que orienten sus actuaciones sobre la salud, estableciendo medidas activas que impidan la discriminación de cualquier colectivo de población que por razones culturales, lingüísticas, religiosas o sociales tenga especial dificultad para el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias del SNS.

Esta previsión tan genérica, concreción de los principios propios del Estado Social, se deberá especificar en una serie de medidas que la hagan efectiva pueden adoptar manifestaciones muy variadas: pueden ir desde la traducción de la documentación básica sobre salud a los principales idiomas de los extranjeros usuarios de nuestro SNS, a la facilitación de una información especialmente accesible y comprensible para determinados colectivos a los que las garantías genéricas de información contenidas en la propia LCCSNS no serían suficientes. En particular resulta especialmente interesante la cuestión desde el punto de vista religioso pues puede dar lugar al fin de la exclusión de las técnicas sanitarias distintas de las comunes por razones de carácter religioso; han sido numerosas las sentencias que evitados toda disparidad tanto en el contenido y en la forma de realización de las prestación por

motivos ideológicos, religiosos, etc.⁵ En cuanto ahora se exige la remoción de todo elemento que pueda suponer una discriminación ideológica, religiosa, social o étnica que limite el acceso a las prestaciones, este mandato deberá tenerse en cuenta en las carteras de servicios que deberán incluir alternativas en determinadas técnicas, tecnologías y servicios, aunque siempre teniendo en cuenta las limitaciones propias de los recursos escasos del sistema.

Otra cuestión relacionada con el elemento subjetivo que afecta no tanto al contenido sino a la existencia misma de prestaciones sanitarias del SNS es la relativa a la situación de los afiliados a los distintos regímenes de la Seguridad Social. Estos afiliados pasan a beneficiarse directamente de las prestaciones sanitarias del SNS en virtud del art. 3 y art. 2 b) LCCSNS, sin que en ningún caso sea necesario reclamarse a terceros obligados al pago de los servicios (art. 3 y Anexo II RDOPS, que podrían considerarse implícitamente derogados).

El problema se plantea ante ciertas prestaciones sanitarias provistas únicamente en el caso de contingencias profesionales (accidente profesional) y la cobertura prevista de forma exclusiva para determinados colectivos (entre otros los relativos a los funcionarios civiles del Estado, los de las Fuerzas Armadas y el personal de la Administración de Justicia –MUFACE, ISFAS MUGEJU-). En estos casos no estaríamos hablando de prestaciones sanitarias del SNS sino que serían los restos que «sobresalen» de la superposición del SNS al Sistema de Seguridad Social y que se rigen por la normativa específica de éste. El reconocimiento a estos sujetos de unas prestaciones más amplias si bien es ontológicamente injusto no vulnera el principio jurídico de igualdad, al tratarse de prestaciones de naturaleza diferente en sistemas distintos.

3.2. Delimitación y concreción material u objetiva, en particular, a través de las carteras de servicios.

Nos centraremos a continuación en los aspectos formales de la delimitación material u objetiva de las prestaciones sanitarias que se lleva a cabo a través del Catálogo de Prestaciones y las carteras de servicios sin entrar en el contenido sustantivo resultante de la aplicación de estas técnicas de ordenación.

A diferencia de la situación precedente, el Catálogo de Prestaciones no es aprobado por el Ejecutivo a través

⁵ Vid. por todas la STC de 28 de octubre de 1996, núm. 166/1996, en la que se niega el reintegro de los gastos de un tratamiento más adecuado a sus creencias a un testigo de Jehová por servicios prestados fuera del Sistema público de salud.

de Real Decreto, sino que es el propio legislador el que no sólo crea formalmente el instrumento del Catálogo de Prestaciones sino que también lo dota de un contenido general, que deberá ser concretado en su realización efectiva a través de las Carteras de Servicio. Efectivamente, en los arts. 11-19 LSNS se desarrolla su contenido sobre las categorías preestablecidas: las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

En principio, el Catálogo de Prestaciones del SNS se concibe como algo estable e inamovible frente a las carteras de servicios. Dado que éstas últimas son el desarrollo concreto del Catálogo son precisamente el ámbito natural para las modificaciones y, en particular, para las actualizaciones. Sin embargo, el Catálogo no es intangible sino que puede ser sustituido por otro, si bien deberá hacerse por ley formal lo que exige el alcance de un amplio consenso .

La cartera de servicios del SNS, en cuanto son el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos asignados mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias, se aprueban conforme al procedimiento común de elaboración de las disposiciones de carácter general contenido en el art. 24 LGob, si bien en la LCCSNS se incluyen dos tipos de particularidades.

Por una parte, particularidades por lo que se refiere a los trámites del procedimiento de elaboración. El proyecto de cartera de servicios del SNS debe ser elaborado por la Subdirección General de Cartera de Servicios y Nuevas Tecnologías del Ministerio de Sanidad y Consumo. En particular, se establece que la cartera de servicios del SNS debe ser acordada en el seno del Consejo Interterritorial de Salud, antes de la aprobación mediante Real Decreto por el Consejo de Ministros (arts. 8 y 20.2 LCCSNS). Este requisito plantea dudas acerca de la naturaleza del acuerdo: si se trata de un acuerdo preceptivo (lo que sí parece desprenderse de la LCCSNS aunque no lo afirme categóricamente); si es vinculante (lo que parece darse por hecho en la LCCSNS, aunque la LGob no prevé la posibilidad de someter la iniciativa reglamentaria del Gobierno a ningún

⁶ La norma de creación de la Comisión Interministerial para el estudio de los asuntos con trascendencia presupuestaria para el equilibrio financiero del SNS o implicaciones económicas significativas (Real Decreto 434/2004, de 12 de marzo) prevé entre sus funciones la emisión de informe, con carácter preceptivo en el caso de inclusión de una nueva prestación en el Catálogo de Prestaciones del SNS, sobre la base de la memoria económica relativa a la valoración del impacto positivo o negativo que pueda suponer.

tipo de informe). Por otra parte, los aspectos formales del acuerdo también suscitan dudas y darán lugar a conflictos ya que no se especifica si debe ser un acuerdo unánime en el seno del Consejo Interterritorial de Salud o qué tipo de mayoría es necesaria para su adopción.

Otro requisito procedimental de carácter singular se refiere a la memoria económica que debe acompañar la aprobación de esta medida, tal y como dispone el art. 24 LGob para todos los reglamentos. Dada la trascendencia tanto sanitaria como económica de la cartera de servicios del SNS junto a esta memoria económica es preceptivo un informe sobre el impacto económico de la cartera de servicios correspondiente al catálogo de prestaciones del SNS por parte de la Comisión Interministerial para el estudio de los asuntos con trascendencia presupuestaria para el equilibrio financiero del SNS o implicaciones económicas significativa.

Por otra parte, podemos señalar unos requisitos que se refieren a su contenido. Se trata de unas pautas de carácter positivo en cuanto se prevé que en la elaboración de las carteras de servicios se tendrán en cuenta la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo (art. 20.2 LCCSNS). Como contrapartida se enumeran asimismo unos requisitos o exigencias negativas en cuanto se proscriben la inclusión de aquellas técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y del sufrimiento no esté suficientemente probada (art. 20.3 LCCSNS).

Dadas las particularidades de la norma en la que se contenga la cartera de servicios hubiera sido conveniente que la propia LCCSNS o bien en una norma de desarrollo se fijase un procedimiento especial para la elaboración de esta cartera de servicios del SNS, como ya se ha dispuesto para la elaboración de la cartera de servicios de alguna Comunidad Autónoma, como es el caso de Extremadura mediante la Orden de 17 de marzo de 2004, por la que se establece el procedimiento de elaboración y actualización de la cartera de servicios del Servicio Extremeño de Salud. La especificación en la LCCSNS de un procedimiento especial hubiese posibilitado la fijación de unos elementos comunes procedimentales en la elaboración de las carteras de servicios de las CCAA, lo que garantizaría la homogeneidad

en los aspectos formales del contenido: que se identifique el grupo en el que se incluye el servicio, definición del servicio, población destinataria y criterios de exclusión, recursos humanos y materiales necesarios, criterios de priorización y desarrollo de actividades, criterios de evaluación, etc. Aunque resulta muy discutible que este «formato común» de las carteras de servicios se pudiera considerar incluido en el contenido básico establecido por el Estado, si actuaría como modelo para que las Comunidades Autónomas especificasen todos los aspectos relevantes de sus carteras de servicios independientemente de su contenido específico, favoreciendo cierta homogeneidad que facilitaría el seguimiento y la comparación de su evolución en cada una de las Comunidades Autónomas.

Más allá de las particularidades señaladas no existe un procedimiento especial para la aprobación de la cartera de servicios del SNS por lo que se aplica, como hemos señalado, el procedimiento general para la elaboración de reglamentos (art. 24.1 a) LGob), al que debe añadirse, aunque no se disponga expresamente, una especial intervención de los profesionales del sector, tratando de hacer lo más abierto posible el trámite de audiencia y, por supuesto, el sometimiento del proyecto a información pública para garantizar el mayor consenso profesional posible así como la máxima participación ciudadana en la elaboración de la cartera de servicios.

Asimismo entre los informes, dictámenes, estudios y consultas que se debieran recabar para garantizar el acierto y la legalidad del texto debieran incluirse, necesariamente, informes de órganos con función consultiva general como son el Consejo Económico y Social, para valorar adecuadamente el impacto social de la medida, así como el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales (art. 22.2 LCCSNS), los colegios oficiales de la profesiones relacionadas con esta actividad (médicos, enfermeros) para evaluar la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad terapéuticas, así como las ventajas o desventajas asistenciales (art. 22.2 LCCSNS), o el Consejo de Estado para valorar la legalidad de la medida; e informes de órganos con función consultiva específica, como el Consejo de Participación Social del SNS. Otros órganos cuyas funciones no son directamente consultivas podrían y deberían intervenir, sea facilitando información para la elaboración del proyecto de cartera de servicios a la Subdirección competente, sea emitiendo un informe o consulta: son órganos especializados como el Observatorio del SNS, el Instituto de Información Sanitaria, la Comisión de Recursos Humanos, la Agencia de Calidad del SNS, el Instituto de Salud Carlos III y, por supuesto, la

Agencia de Evaluación de Tecnologías, cuya intervención si se prevé en la actualización de la cartera de servicios.

Además, la elaboración de la cartera de servicios del SNS deberá hacerse bajo los principios de la cooperación de los distintos órganos de la Administraciones estatal y de las autonómicas, lo que se manifiesta principalmente en el requisito del acuerdo previo en el seno del Consejo Interterritorial para la aprobación de la Cartera de Servicios del SNS, lo que debería completarse con una comunicación por parte de cada Comunidad Autónoma a este mismo órgano y un informe previo de éste (preceptivo aunque no vinculante) previo a la aprobación de sus respectivas carteras de servicios.

La falta de aprobación de la cartera de servicios del SNS ha obligado a aplicar la Disposición Transitoria Única que dispone que en tanto no ocurra esto, mantendrá su vigencia el RDOPS. Por lo tanto, se alcanza ya casi dos años de situación transitoria en la que, en última instancia, se ha venido aplicando el RDOPS ya que si bien el Catálogo de Prestaciones contiene algunas novedades, éste requiere el desarrollo de la cartera de servicios del SNS para que éstas puedan ser accesibles para los ciudadanos. Esta prolongada situación si bien es comprensible, dada la dificultad y la responsabilidad que supone la fijación puntual del contenido de cada prestaciones, a lo que se ha añadido el cambio de Gobierno tras las elecciones de marzo de 2004 que dio lugar a un reinicio en su elaboración, no es una situación en absoluto recomendable ya que produce una cierta esquizofrenia al mantener vigente una normativa reglamentaria que no se ajusta plenamente a la normativa de rango legal que constituye la nueva clave de bóveda del sistema. A esto se añaden medidas que, aunque positivas, sólo contribuyen a la confusión y al desorden como la Orden SCO/710/2004, de 12 de marzo, por la que se autoriza la financiación de determinados efectos y accesorios con fondos públicos mediante la que se introduce entre las prestaciones sanitarias las bombas de insulina, que pasan a incluirse entre las prestaciones sanitarias de forma externa y ajena a la cartera de servicios.

La incertidumbre de esta situación provoca tres preguntas, en última instancia, a la propia efectividad del Derecho a la salud.

En primer lugar, cabría preguntarse si lo incluido por la LCCSNS en el Catálogo de Prestaciones podría ser reclamado por los ciudadanos. En tanto la falta de desarrollo reglamentario puede suponer una merma de los derechos reconocidos por Ley, podemos afirmar que en la medida que las prestaciones se encuentren suficientemente detalladas y su concreción haga posible su reclamación

por los ciudadanos podrán ser exigidas por éstos. Por otra parte, hemos de tener en cuenta que la ausencia de desarrollo reglamentario no puede ser resuelta a través de ningún instrumento que obligue al Ejecutivo a dictarlo, pero sí podría dar lugar, en cambio, al reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de que se trate de un retraso excesivo e injustificado en su desarrollo.

En segundo lugar, se ha de tener en cuenta que un retraso aún más prolongado que el actual podría dar lugar a la aprobación por parte de las CCAA, de sus propias carteras de servicios. De hecho ya se han aprobado normas que preparan este camino como la Orden de 17 de marzo de 2004, por la que se establece el procedimiento de elaboración y actualización de la cartera de servicios del Servicio Extremeño de Salud. La aprobación de una cartera de servicios por parte de una Comunidad Autónoma no sólo es posible jurídicamente, ya que es jurisprudencia reiterada del TC que el ejercicio de las competencias de desarrollo por parte de las CCAA no puede verse coartado por la falta de ejercicio de las competencias básicas del Estado, sino recomendable, ya que incitará al Estado a adelantar la aprobación de la cartera de servicios del SNS. En este caso, las carteras de servicios autonómicas aprobadas con antelación a la estatal habrán de adaptarse posteriormente al contenido de ésta, en la medida que se excedan o se desajusten de lo dispuesto por el Estado con carácter básico.

En último lugar, se ha de tener en cuenta el carácter altamente político de la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias a través de las carteras de servicios. Es precisamente en el ámbito sanitario en el que parecen cumplirse las teorías de la Escuela de la Elección Pública (*Public Choice*), en particular por lo que se refiere al condicionamiento de la intervención pública por su rendimiento electoral. Para evitar caer en un idealismo estéril conviene no obsesionarse por la exigencia de neutralidad, asepsia y carácter absolutamente técnico de la fijación de las prestaciones sanitarias; por el contrario, se debe asumir que exista un componente político en este proceso. Lo que sí se debe evitar es la dimensión negativa de este componente político y que normalmente se traduce en el oportunismo electoral. Por lo tanto, no deberían producirse insólitas coincidencias temporales entre la aprobación de determinadas medidas sanitarias y la celebración de procesos electorales, así como posturas demagógicas o maniqueas en torno a la cuestión de las prestaciones sanitarias que pueden aflorar, ahora con mayor virulencia, en un Sistema Sanitario descentralizado.

4. La racionalización del contenido de las prestaciones sanitarias.

La nueva ordenación de las prestaciones sanitarias a través del Catálogo de Prestaciones y las carteras de servicios pretende imponer un criterio de racionalidad en la fijación de su contenido. La racionalización del contenido de las prestaciones sanitarias se manifiesta en dos dimensiones distintas pero complementarias surgidas a partir de la limitación de los recursos existentes: por una parte, la restricción de los recursos plantea una exigencia de equidad en su contenido y de igualdad en su acceso (aspecto equitativo); por otra parte, los límites con respecto a los recursos existentes plantean que los que se empleen deban los de mayor calidad posible (aspecto cualitativo).

Equidad y calidad en cuanto manifestaciones del criterio de racionalidad del contenido de las prestaciones sanitarias se mencionan a lo largo de la LCCSNS cuando se señala que su objeto es garantizar, en última instancia, la equidad, la calidad y la participación social en el SNS, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud (art. 1 LCCSNS); o cuando se enumeran como uno de los principios del SNS, la prestación de los servicios a los usuarios del SNS en condiciones de igualdad efectiva y calidad (art. 4 a) LCCSNS).

La racionalidad debe garantizar que su contenido es el adecuado conforme a las necesidades asistenciales en función de las posibilidades técnicas y materiales de cada preciso momento.

4.1. La calidad en la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias: la elaboración de las carteras de servicios.

Dejando al margen la dimensión cuantitativa y la cuestión de la equidad, que se resuelve en gran medida en la fijación del contenido de las prestaciones en un Estado descentralizado (como veremos en el siguiente apartado), nos centraremos en el aspecto cualitativo de dicho contenido al que se refiere la propia Exposición de Motivos de la LCCSNS al insistir en el principio de calidad, que debe conjugar la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad de éstas, así como orientar los esfuerzos del sistema hacia la anticipación de los problemas de salud o hacia soluciones eficaces cuando éstos aparecen. Además, debe ser una calidad que evalúe el beneficio de las actuaciones clínicas incorporando sólo aquello que aporte un valor añadido a la mejora de la salud.

Al margen del Capítulo VI de la LCCSNS destinado específicamente a la calidad en el funcionamiento del SNS, nos interesa la referencia a la calidad con respecto a la fijación del contenido de las prestaciones, lo que se manifiesta especialmente en la elaboración de las carteras de servicios en la que se exige que se tengan en cuenta las siguientes circunstancias (art. 20.2 LCCSNS): la eficacia; la eficiencia; la efectividad; la seguridad y la utilidad terapéuticas; las ventajas y alternativas asistenciales; el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo; las necesidades sociales; su impacto económico y organizativo.

Las carteras de servicios no sólo delimitan el contenido de las prestaciones sanitarias sino que dan fiabilidad técnico-científica a dichas prestaciones. Su propia definición se centra en este aspecto al señalar que se entiende por éstas el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos que, *«basados en el conocimiento y experimentación científica, permiten llevar a la práctica las prestaciones sanitarias, aplicando los métodos, actividades y recursos disponibles»*.

Esta fiabilidad queda reforzada gracias a la exclusión (de todas las carteras de servicios, se entiende) de aquellas técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y del sufrimiento no esté suficientemente probada (art. 20.3 LCCSNS). Este es un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación en la elaboración de las carteras de servicios (estatal y autonómicas) hubiera requerido un desarrollo reglamentario previo sobre cuáles y cómo deberían ser las pruebas para considerarlas *«suficientemente probadas»*.

La fijación de unas exigencias, requisitos, estándares básicos aplicables para la evaluación de todas las técnicas, tecnologías o procedimientos hubiese resultado muy positivo para lograr la mayor homogeneidad cualitativa posible tanto en el desarrollo temporal de las carteras de servicios, ya que éstos intervendrían también en el proceso de actualización de su contenido (como veremos a continuación), así como para su desarrollo de conjunto ya que se evitarían disparidades derivadas de aspectos técnicos y no de la voluntad política en la fijación y actualización del contenido de las carteras de servicios autonómicos.

4.2. La calidad en el desarrollo del contenido de las prestaciones sanitarias: la actualización de las carteras de servicios.

Así como se prevén una serie de exigencias y requisitos a la hora de llevar a cabo la fijación del contenido de las carteras de servicios, asimismo se disponen tantos otros para proceder a su actualización (art. 21 LCCSNS).

La primera diferencia notable entre ambos procesos es que si bien lo dispuesto para la fijación inicial lo es para todas las carteras de servicios (estatal y autonómicas), en lo que se refiere a la actualización la LCCSNS se limita a la primera, a la cartera de servicios del SNS, dejando al margen a las de las CCAA. Es difícil encontrar una explicación a la falta de unidad, la razón más plausible es el respeto a la autonomía aunque lo que esta situación fomentará las disparidades entre CCAA en el contenido de las prestaciones sanitarias por razón de la calidad por falta de unos parámetros técnicos comunes o, al menos, homogéneos para la actualización de su contenido. De hecho, alguna Comunidad Autónoma ya ha establecido sus propios procedimientos conforme a su propia voluntad (así, la reiterada Orden de 17 de marzo de 2004, que incluye el procedimiento de actualización de la cartera de servicios del Servicio Extremeño de Salud).

No obstante tampoco se trata de una situación novedosa ya que el RDOPS establecía unos requisitos para la inclusión de las prestaciones sanitarias (art. 2.3) y otros para la incorporación de nuevas técnicas o procedimientos diagnósticos o terapéuticos (Disposición adicional primera) similares a los del art. 20 y 21 LCCSNS, que han venido coexistiendo con los requisitos establecidos en las respectivas normas autonómicas de salud tanto en la inclusión de prestaciones sanitarias autonómicas como en la actualización de las mismas.

Otra diferencia entre la fijación y la actualización del contenido de la cartera de servicios del SNS, es que se fija mediante Real Decreto, momento a partir del que será actualizada mediante orden del Ministro de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud (art. 21 LCCSNS). El hecho de que el desarrollo de la cartera sea aprobado por un órgano colegiado (el Consejo de Ministros) y la actualización por el máximo órgano unipersonal responsable pueden entenderse por la menor trascendencia de la actualización.

En tercer lugar, en el caso de la actualización de la cartera de servicios se prevé expresamente la evaluación del Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III, de las nuevas técnicas, tec-

nologías y procedimientos que se pretendan incluir en la cartera de servicios. La Agencia de Evaluación de Tecnologías, creada con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCSNS (mediante Real Decreto 1415/1994, de 25 de junio), no ha asumido una función de cooperación entre el Estado y las CCAA en su seno como sí ha ocurrido con respecto a otros organismos especializados mencionados por la Exposición de Motivos de la LCCSNS. Por el contrario, se concibe una colaboración interorgánica, ya que se prevé que las CCAA cuenten con organismo evaluadores que intervendrán en la evaluación de las nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos en la actualización de la cartera de servicios del SNS (art. 21.2 LCCSNS).

La evaluación debe comprobar la concurrencia de unos requisitos, que son necesario en su totalidad para que ésta sea positiva y las técnicas, tecnologías o procedimientos de que se traten puedan pasar a formar parte de la cartera de servicios SNS (art. 21.3 y 4 LCCSNS):

- a) Contribuir de forma eficaz a la prevención, al diagnóstico o al tratamiento de enfermedades, a la conservación o mejora de la esperanza de vida, al autovaloramiento o a la eliminación o disminución del dolor y del sufrimiento.
- b) Que aporten una mejora, en términos de seguridad, eficacia, eficiencia o utilidad demostrada respecto a otras alternativas facilitadas actualmente.
- c) Que cumplan las exigencias que establezcan la legislación vigente, en el caso de que incluyan la utilización de medicamentos o productos sanitarios.

En la actualización del contenido de las carteras de servicios del SNS no sólo se exigen unos requisitos positivos sino también negativos en cuanto se establece la exclusión de aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos incluidos en la cartera de servicios en los que concurra alguno de las siguientes circunstancias (art. 21.5 LCCSNS):

- a) Que se evidencie su falta de eficacia, efectividad o eficiencia, o que el balance entre beneficio y riesgo sea significativamente desfavorable.
- b) Que se pierda el interés sanitario como consecuencia del desarrollo tecnológico y científico.
- c) Que deje de cumplir los requisitos establecido por la legislación vigente.

4.3. La calidad y la experimentación científica: el uso tutelado.

La actualización de la cartera de servicios se puede llevar a cabo con carácter experimental. Teniendo en cuenta el carácter científico-técnico del contenido de la cartera de servicios resulta lógico que se dispongan mecanismos que permitan la incorporación de determinadas técnicas, tecnologías o procedimientos que si bien pueden reportar beneficios, se desconoce el alcance real de los mismos. El uso tutelado consigue articular innovación y garantías al establecerse el grado de seguridad, eficacia, efectividad o eficiencia de la técnica, tecnología o procedimiento antes de decidir sobre la conveniencia o necesidad de su inclusión efectiva en la cartera de servicios del SNS (art. 22 LCCSNS).

Es el Ministerio de Sanidad y Consumo el que, de oficio o a instancia de las correspondientes Administraciones públicas sanitarias y, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del SNS, el que autoriza el uso tutelado de determinadas técnicas, tecnologías o procedimientos.

El uso tutelado se desarrolla con arreglo a un diseño de investigación, por períodos de tiempo limitados, en centro expresamente autorizados para ello y de acuerdo con protocolos específicos destinados a garantizar su seguridad, el respeto a la bioética y el logro de resultado relevantes para el conocimiento. Al encontrarse los pacientes en una situación especial por razón del carácter experimental será imprescindible contar con el consentimiento informado de los pacientes a los que se vaya a aplicar las técnicas, tecnologías o procedimientos bajo régimen de «uso tutelado».

En cuanto a la financiación del uso tutelado su coste se atribuyen al Fondo de Cohesión, al que se refiere el art. 22.3 LFA.

5. La articulación del contenido de las prestaciones sanitarias en un Estado autonómico.

5.1. La culminación del proceso de descentralización del SNS y la garantía de su unidad a través de la LCCSNS.

El aspecto más conflictivo de las técnicas de ordenación del contenido de las prestaciones sanitarias se encuentra en la cuestión de la distribución de responsabilidades en dicha ordenación entre el Estado y las CCAA.

Hemos de partir de que la LGS, conforme a lo establecido en la CE, configuró un SNS descentralizado en el que se integran las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud. Desde su configuración inicial del SNS, las CCAA fueron asumiendo y ejerciendo progresivamente sus competencias en materia sanitaria, a la vez que iban creando sus respectivos servicios autonómicos de salud.

Este proceso que se prolongó por más de una década fue culminado a comienzos del nuevo siglo al coincidir diversas circunstancias en torno al 2001: la culminación de la financiación exclusivamente presupuestaria del Sistema sanitario; la finalización del traspaso de los medios personales y materiales destinados a la sanidad pública a todas las CCAA (no la competencia sobre la materia que las CCAA, antes o después, ya habían asumido); el nuevo Sistema de Financiación Autonómica que permite a las CCAA hacer un mayor y mejor ejercicio de su autonomía en materia sanitaria; y la desaparición del Insalud en agosto de 2002, que había sido la entidad gestora de la Seguridad Social heredera del Instituto Nacional de Previsión, que desde 1978 se había encargado de la provisión de las prestaciones sanitarias en tanto las CCAA no hubieran asumido las competencias necesarias y no dispusieran de su propio servicio autonómico de salud.

Estas circunstancias fueron las que motivaron esencialmente la elaboración de la LCCSNS que en su Exposición de Motivos se refiere a la bondad de la asunción y ejercicio de competencias por parte de las CCAA como medio para aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y facilitarle garantías en cuanto a la equidad, la calidad y la participación, y al balance positivo de las relaciones entre el Estado y las CCAA desde el año 1986, dado el dinamismo que ésta ha transmitido al Sistema.

Durante las (casi) dos décadas de desarrollo de los respectivos subsistemas sanitarios dentro del SNS, cada uno de los sistemas públicos sanitarios autonómicos ha dotado a sus prestaciones sanitarias de unos contenidos y unas características diferentes, tanto en su aspecto subjetivo, ampliando los sujetos que tienen derecho a la protección sanitaria, como en el ámbito objetivo, incrementando el alcance de la cobertura⁷. Por lo tanto, en la actualidad,

⁷ *Esto en virtud de la previsión de la Disposición Adicional Quinta ROPS, en virtud de la cual, y por respeto al principio de ordenación o distribución territorial de competencias, lo dispuesto en el propio RDOPS no afecta a las actividades y prestaciones sanitarias realizadas por las CCAA, con cargo a sus propios recursos o mediante precios, tasas u otros ingresos, con arreglo a sus Estatutos de Autonomía y normas de desarrollo.*

para determinar el contenido de las prestaciones resulta imprescindible completar la normativa estatal con la autonómica, por lo que es posible distinguir unas «prestaciones básicas» determinadas por el Estado y unas «prestaciones de desarrollo» (también llamadas «adicionales» o «complementarias») determinadas por las CCAA⁸.

Es necesario matizar que esta relación entre competencias básicas estatales y competencias autonómicas de desarrollo se han planteado, hasta ahora, en términos positivos; ni se ha producido ni se podría haber producido una limitación (o recorte) por parte de una Comunidad Autónoma sobre alguna de las prestaciones establecidas por el Estado que gozan en su totalidad de carácter básico, siendo, por lo tanto, indisponibles para las CCAA.

La LCCSNS se plantea como un reajuste del SNS plenamente descentralizado, y procura mejorar la interacción entre Estado y CCAA. La unidad del sistema sanitario público se representa formalmente en el SNS, dentro del que se ha de permitir el ejercicio ordenado de las competencias que del Estado y las CCAA. Así, la LCCSNS comienza fijando su objeto que es establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el SNS, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud.

Se insiste a lo largo del articulado en ese principio de equidad que define como desarrollo del principio constitucional de igualdad, de tal modo que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de los ciudadanos.

Para asegurar dicha igualdad se establece la necesidad de colaboración entre el Estado y las CCAA de manera que los ciudadanos reciban una atención sanitaria que responda a unas garantías básicas y comunes, por lo que identifica seis ámbitos de colaboración de los cuales el primero son las prestaciones del SNS de manera que ase-

gure al ciudadano unas prestaciones básicas en todo el territorio nacional.

Entre los principios que la informan la LCCSNS (art. 2) se distinguen varios referidos a los criterios que deben guiar el funcionamiento de un SNS descentralizado y compuesto por lo que se insiste en la necesidad de que la prestación de los servicios a los usuarios del SNS debe efectuarse en condiciones de igualdad efectiva y calidad (art. 2 a) y en la coordinación y la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias para la superación de las desigualdades en salud (art. 2 c).

Asimismo se reconoce como un derecho de todo ciudadano el recibir, por parte del servicio de salud de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del SNS que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa comunidad autónoma (art. 4 c) LCCSNS).

5.2. La redistribución de competencias del Estado y las CCAA con respecto a las prestaciones sanitarias: título competencial pertinente y alcance del mismo.

Para determinar las competencias del Estado y de las CCAA sobre el contenido de las prestaciones sanitarias hemos de partir de la identificación de los títulos competenciales implicados en el ejercicio de las respectivas competencias del Estado y de las CCAA sobre las prestaciones sanitarias.

En este sentido, hemos de señalar que la LCCSNS menciona en su Exposición de Motivos tanto el art. 41 CE (régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de enfermedad) como el art. 43 CE (derecho a la protección de la salud), y a las respectivas normas de cabecera de cada materia, (la Ley General de la Seguridad Social -Texto Refundido de 1994- y la LGS de 1986).

En particular, la LCCSNS (Disposición Final Primera LCCSNS) invoca formalmente como título competencial para su aprobación las reglas 1ª (sobre establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad), 16ª (bases y coordinación general de la sanidad) y 17ª (legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social), del art. 149.1 CE. Esta apelación a todos los títulos competenciales relacionados con la materia no condiciona la verdadera identificación del título competencial que verdaderamente habilita al Estado y a las CCAA al ejercicio de sus potestades. Esta tendencia a invocar en conjun-

⁸ Un recorrido por la normativa autonómica sobre prestaciones autonómicas se encuentra en «Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno a la igualdad», *Revista Derecho y Salud*, volumen 10, núm. 1, 2002, págs. 14 ss, así como en Vida Fernández, José: «Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y carteras de servicios», en Parejo Alfonso, Luciano; Palomar Olmeda, Alberto; Vaquer Caballería, Marcos (dirs): *La reforma del Sistema Nacional de Salud, Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 37-109.

tamente tanto el título sanidad como el de Seguridad Social indistintamente ha sido típica del legislador a partir de los años noventa cuando se va acentuando el tránsito de la sanidad de un Sistema de Seguridad Social a un SNS desvinculado de los arts. 41 CE y 149.1.17ª CE⁹.

Sin embargo, ha sido el propio Tribunal Constitucional el que recientemente se ha pronunciado sobre el título competencia atinente a las prestaciones sanitarias, si bien lo ha hecho con respecto a la prestación farmacéutica que presenta unas características muy particulares dentro del ámbito de las prestaciones sanitarias, pero cuyas conclusiones resultan extrapolables al resto de las prestaciones sanitarias. El 25 de mayo de 2004, el Tribunal Constitucional dictó su sentencia núm. 98/2004 en la que ha sentado una interpretación de enorme trascendencia en cuanto confirma el nuevo orden en la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA sobre el Sistema Sanitario Público, al situarlo en el marco de la sanidad (art. 43 CE y art. 149.1.16ª CE) y no en el de la Seguridad Social (art. 41 CE y 149.1.17ª CE) y al interpretar que, desde esta nueva posición, las CCAA puede ejercer sus competencias de desarrollo en la configuración de las prestaciones sanitarias. En definitiva, se cierra definitivamente la cuestión del paso de las prestaciones de la Seguridad Social a prestaciones del SNS.

Esta reinterpretación de la asistencia pública sanitaria que ahora hace el Tribunal Constitucional a efectos de la distribución de competencias, había venido siendo apoyada por parte de la doctrina¹⁰, que percibía un cambio

⁹ Cfr. en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, la LFA y las modificaciones al TRSS que tratan de reafirmar que la asistencia sanitaria se encuadra en la acción protectora de la Seguridad Social como señala BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: «Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud», en Derecho y Salud, vol. 11, julio-diciembre 2003, pág.125.

¹⁰ En particular por J. L. Beltrán Aguirre, «Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud», en Derecho y Salud, vol. 11, julio-diciembre 2003, pág.124-135; M. Vaquer Caballería: «La consideración constitucional de los servicios sanitarios», en CCOO: Jornadas sobre descentralización y transferencias sanitarias, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2001, pág. 42; J. Tornos Más: «Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud», Derecho y Salud, Volumen 10, Número 1, Enero - Junio 2002, págs. 1-13; Vida Fernández, José: «Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y carteras de servicios», en Parejo Alfonso, Luciano; Palomar Olmeda, Alberto; Vaquer Caballería, Marcos (dirs): La reforma del Sistema Nacional de Salud, Cohesión, calidad y estatutos profesionales, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 37-109.

Incluso en la doctrina laboralista se ha ido sumando a esta postura, entre otros, E. Borrajo Dacruz, «La Seguridad Social en la Constitución Española», VV.AA. «Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría», Civitas, Madrid, 1991, pág. 1492; también en «Artículo 43: Protección de la salud» en Alzaga, O

en la naturaleza de la asistencia sanitaria por razón de determinados indicios y, en concreto, por los siguientes:

a) Progresiva extensión de su carácter universal frente al requisito de la afiliación previa propio del Sistema de Seguridad Social. De hecho, el propio Sistema de Seguridad Social había llegado a alcanzar una universalidad funcional con anterioridad a que la LGS declarara la universalidad de la atención sanitaria, gracias a la extensión prácticamente ilimitada de los sujetos bajo cobertura a personas cada vez más ajenas al trabajador originariamente afiliado.

b) Su financiación presupuestaria, frente a su anterior financiación de base contributiva. La Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, establece a su carácter no contributivo y universal. Se suprimen así las cotizaciones sociales como fuente de financiación de la asistencia sanitaria (que ya era minoritaria desde 1989) y pasa a financiarse a cargo de los Presupuestos Generales en su totalidad a partir del año 1999 con la Ley de Presupuestos, quedando al margen la asistencia sanitaria que deriva de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

También, con respecto a su financiación, pasa a integrarse en el sistema de financiación autonómica general establecido por la LFA, dejando de financiarse de manera separada, es decir, abandonando la partida presupuestaria especial de la Seguridad Social, regida bajo el férreo principio de Caja Única.

Por último, con respecto a la cuestión económica resulta relevante la introducción de la corresponsabilidad fiscal y la suficiencia financiera que introduce también el nuevo sistema de financiación autonómica ya que a las CCAA se les reconoce tanto capacidad de gasto sino también la capacidad de recaudación derivada de los tributos estatales cedidos, aunque se establecen garantías de suficiencia y ciertas vinculaciones.

c) La voluntad del legislador de crear un Sistema Nacional de Salud autónomo del Sistema de Seguridad Social (tal y como se deduce de la LGS y de la propia LCCSNS) en el que las Comunidades Autónomas y, en particular, sus servicios de salud, tendría el protagonismo mientras que el Estado permanecería como garante último

(Dir), Comentarios a la Constitución Española de 1978, Edersa, Madrid, 1996, págs. 175 y 181; Montoya Melgar, Alfredo: «Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (apunte para un estudio)», en Aranzadi Social, núm. 5/2004.

de una condiciones básicas de protección de la salud de todos los ciudadanos.

A pesar de estas evidencias, la segregación de asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social no ha sido unánimemente asumida. Incluso en la propia Disposición Final Primera de la LCCSNS se refleja la concurrencia de los títulos competenciales en liza, que son los art. 149.1.16 CE y art. 149.1.17^a CE, modulados por el art. 149.1.1^a CE. En su Sentencia de 25 de mayo de 2004, el Tribunal se centra en la contraposición del título Bases y desarrollo de la sanidad (art. 149.1.16^a CE) y Bases y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17^a CE), decantándose por el primero de manera novedosa (y que, casi, podríamos de histórica); argumenta que la controversia planteada no puede encuadrarse en el título relativo al régimen económico de la Seguridad Social, ya que la cuestión de la financiación pública de las prestaciones se refiere al Sistema Nacional de Salud, que ya no tiene que ver con la «Seguridad Social» (art. 149.1.17^a CE) sino con la «sanidad» (art. 149.1.16^aCE), pues tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumentaliza a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias.

De manera algo asistemática y confusa, el Tribunal Constitucional reitera argumentos anteriormente señalados y que han venido siendo sostenidos por la doctrina en defensa del cambio de título competencial de la asistencia sanitaria, por el cambio de naturaleza del Sistema Sanitario.

Como argumento final, el Tribunal Constitucional menciona precisamente la LCCSNS, señalando su art. 10 en el que se establece que las prestaciones son responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, quedando garantizada la suficiencia financiera por lo previsto en la citada LFCA (art. 10.1 y 2).

Una vez centrado el título competencial pertinente a efectos de considerar la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA sobre las prestaciones sanitarias es necesario proceder a considerar el respectivo alcance de su ejercicio.

El Tribunal Constitucional también se pronuncia en su sentencia de 25 de mayo de 2004 sobre esta cuestión. Para delimitar el espacio propio para el desarrollo de sus competencias por parte de las CCAA, trae a colación su jurisprudencia sobre el concepto de «bases», señalando que por éstas ha de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada mate-

ria, esto es, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Y, sobre todo, insiste en un aspecto fundamental para entender el alcance de las bases ya éstas no pueden dejar sin contenido ni cercenar las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma.

En sus argumentaciones el Tribunal señala que el establecimiento de una prestación farmacéutica y su financiación pública constituyen un criterio básico en materia de «sanidad», en cuanto presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad, a precio razonable y con un precio público ajustado y se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud.

No obstante, a renglón seguido, matiza que la uniformidad mínima estatal que asegura un nivel mínimo homogéneo (nivel de suficiencia) de las prestaciones sanitarias, puede ser susceptible de mejora por parte de las CCAA, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera. Interpreta el Tribunal Constitucional que el Estado establece un mínimo común denominador susceptible de mejora por parte de las CCAA a través de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a sus Estatutos de Autonomía.

La decisión del Tribunal Constitucional contenida en la Sentencia de 25 de mayo de 2004 tiene una repercusión enorme en cuanto significa el respaldo a todas las medidas dispuestas hasta ahora por las CCAA dirigidas a mejorar prestaciones sanitarias establecidas por el Estado en su RDOPS. Estas son las prestaciones básicas estatales que pueden ser completadas por las CCAA (como ya venían haciendo algunas de ellas) mediante medidas como los llamado «medicamentazos» (financiación autonómica de medicamentos excluidos por el Estado de la financiación pública), atención a la salud bucodental, prestación de determinados productos dietéticos, etc.

5.3. Las técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias y su interrelación en un Sistema Sanitario descentralizado.

Tal y como se desprende del Capítulo I LCCSNS la ordenación del contenido de las prestaciones sanitarias se estructura sobre un Catálogo de Prestaciones del SNS de ámbito estatal y de carácter básico, que se concreta en la cartera de servicios del SNS, también de ámbito estatal y de carácter básico, y que puede ser desarrollada por las CCAA a través de sus respectivas carteras de servicios.

Esta estructura de catálogo de prestaciones estatal y carteras de servicios estatal y autonómicas, puede verse completado en un futuro con un instrumento similar pero referido a una instancia territorial superior que es la comunitario europea, como respuesta no tanto al fenómeno de la descentralización cuanto al de la integración supranacional. Efectivamente, la concreción por parte del TJCE de un derecho de los ciudadanos de la UE a las prestaciones sanitarias del Estado miembro en el que se encuentre es una cuestión que plantea el problema de la interrelación obligada entre los sistemas sanitarios de los Estados miembros y la falta de un instrumento de ordenación común de las prestaciones. Tal es así, que en el Consejo de Sanidad de la UE de junio de 2004, en que el que se aprobaron unas conclusiones para facilitar la movilidad de pacientes y la atención sanitaria en los Estados miembros tras la puesta en circulación de la tarjeta sanitaria europea, la Ministra de Sanidad y Consumo solicitó la definición de una cartera de servicios común para todos los países y que se establezca un sistema de compensación económica que no penalice a los países receptores de turistas, como es España, que podrían salir perdiendo los países además por contar con un sistema universal de Sanidad.

Por otra parte, volviendo al ámbito nacional, el esquema catálogo de prestaciones y catálogo de servicios estatal y autonómicas no es inamovible ya que podría plantearse la posibilidad de que existan catálogos de prestaciones de los servicios autonómicos de salud. Aunque esto es posible siempre y cuando el catálogo de prestaciones incluyese las categorías establecidas en el Catálogo de Prestaciones del SNS contenido en la LCCSNS, no tendría ningún sentido pues sólo contribuiría a confundir la claridad introducida por las nuevas técnicas de ordenación de las prestaciones sanitarias. Ciertamente, al catálogo de prestaciones se le atribuye como objeto el garantizar las condiciones básica y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado, que constituye el cimiento de la equidad, además de aprobarse

en ejercicio de la competencia básica propia del Estado en materia sanitaria, pero más allá de esto no existe obstáculo jurídico para que las CCAA ejerciten sus competencias de desarrollo dando lugar a un catálogo autonómico de desarrollo junto al catálogo de prestaciones del SNS básico. De hecho en la Comunidad Autónoma de Aragón en el Decreto 267/2003, de 21 octubre, que aprueba la estructura orgánica del Departamento de Salud y Consumo (art. 9 b), se atribuye a un Servicio dependiente de la Dirección General de Planificación y Aseguramiento la «*propuesta del Catálogo de Prestaciones y de la Cartera de Servicios Sanitarios del Sistema de Salud de Aragón*».

La sinrazón de crear catálogos autonómicos reside en la naturaleza del catálogo de prestaciones del SNS, ya que al ser general, relativamente abstracto y prácticamente omnicompresivo sería difícil encajar en las categorías alguna nueva. Una medida de este tipo por parte de una Comunidad Autónoma vendría a alterar el orden que trata de introducir la LCCSNS. Lo lógico sería que esa diferenciación autonómica se produjese en las carteras de servicios como ámbito natural dispuesto por la LCCSNS para el ejercicio de las competencias autonómicas de desarrollo. Efectivamente, la dificultad en la distinción entre prestaciones y servicios puede provocar que se pretenda introducir como categoría de prestación lo que en realidad es una técnica, tecnología o procedimiento (prestación homeopática).

En definitiva, en la nueva ordenación esta previsto que se introduzcan nuevas técnicas, tecnologías y procedimientos en las carteras de servicios, y nada impide que de éstas se constituya o se pretenda extraer una nueva prestación que se puede incluir en un catálogo de prestaciones autonómicos; así se deduce del juego general de competencias derivados del arts. 149.1.1ª y 16ª CE que se refleja en el art. 7.1 LCCSNS cuando afirma que el catálogo de prestaciones tiene por objeto garantizar las condiciones básicas y comunes de la atención sanitaria, así como el art 71 LCCSNS al señalar como función del Consejo Interterritorial el establecimiento de prestaciones sanitarias complementarias a las prestaciones básicas del SNS por parte de las Comunidades Autónomas.

Dejando al margen el reparto de competencias en el nivel del catálogo de prestaciones pasemos a continuación a analizar la distribución de las competencias del Estado y las CCAA en las carteras de servicios.

La cartera de servicios del SNS que se apruebe mediante el Real Decreto correspondiente tendrá carácter básico, como ya lo tuviera el RDOPS (tal y como se dis-

pone en su Disposición Adicional Sexta), ya que como admite el propio Tribunal Constitucional, frente a su doctrina de que el instrumento normativo para el desarrollo de la competencia básicas estatales es la Ley formal, es posible hacer excepción a este principio de Ley formal y que el Gobierno de la Nación haga uso de sus potestades reglamentaria para regular mediante real decreto algunos de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por la naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin al que responde la competencia estatal sobre las bases.

El problema se plantea a la hora de determinar el contenido de esta cartera de servicios de carácter básico. En la STC de 25 de mayo de 2004 no se llega a definir claramente el verdadero sentido y espacio de «lo básico» que corresponde al Estado a la hora de fijar el contenido de las prestaciones sanitarias y que sería el contenido propio de las carteras de servicios.

Como es bien sabido este contenido material de lo básico es distinto del contenido formalmente declarado como tal por el Estado, por lo que en caso de que dicho contenido básico se exceda de los límites que le son propios, las CCAA podrían incidir sobre el mismo, no ya complementando con prestaciones adicionales, como hemos visto hasta ahora, sino limitando prestaciones formalmente básicas establecidas por el Estado.

Unas medidas autonómicas de esta naturaleza supondrían la reivindicación de un mayor espacio para el ejercicio de sus competencias por parte de las CCAA con respecto a unas prestaciones básicas estatales cuyo contenido es excesivamente amplio. Efectivamente se trata de un contenido excesivo pues el Sistema Sanitario, por razón de la evolución histórica y por la tardía introducción de limitaciones y contenciones en el contenido de las prestaciones sanitarias como consecuencia de la extensión de la política de racionalización, el contenido básico de las prestaciones sanitarias es muy amplio y prácticamente asfixia los espacios naturales de las CCAA para el ejercicio de sus competencias de desarrollo en la actualidad. No obstante, las CCAA han encontrado, hasta ahora, en la determinación de prestaciones autonómicas complementarias un espacio suficiente para el ejercicio de sus competencias; además, es poco previsible que ocurra lo contrario, es decir, que una Comunidad Autónoma se arriesgue a restringir una prestación sanitaria establecida con carácter básico por el Estado, más que por cuestiones de orden jurídico por falta de voluntad política dada la negativa repercusión que tendría en términos electorales.

Afirmar que el contenido básico de las prestaciones sanitarias determinado por el Estado en la cartera de servicios del SNS, debe limitarse realmente (materialmente) a lo básico para dejar espacio al ejercicio de las competencias de las CCAA no significa ninguna rebaja ni merma de dicho contenido. No se puede identificar lo básico, en cuanto mínimo común denominador en términos normativos, con una visión cuantitativa de este concepto, es decir, como lo escaso. Si bien es inevitable poner en relación el plano normativo con el material, lo que no se debe hacer es tomar lo básico en el sentido literal del término e identificarlo con lo escaso o, peor, con lo insuficiente.

El contenido básico de la cartera de servicios del SNS debe fijarse por el Estado, no tanto por relación al contenido cuantitativo de la prestación (que inevitablemente tenderá al mínimo) sino por relación a su contenido funcional; esto es, que dicho contenido cuantitativo sea el mínimo que garantiza que la prestación alcance la finalidad para la que se encuentra predispuesta que no es otra que la realización efectiva del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), con lo que Estado estaría en ese caso garantizando unas condiciones básicas reconocidas en el título art. 149.1.1ª CE, que hacen referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales imprescindibles o necesarias para garantizar una igualdad básica en el disfrute del derecho a la salud que no puede significar que las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en el territorio nacional sean idénticas.

No obstante, el ejercicio por las CCAA de sus competencias (sea en el actual espacio mínimo o en unos espacios de desarrollo mayores) sobre prestaciones sanitarias en sus respectivas carteras de servicios puede y debe dar lugar a diferencias entre las CCAA en el contenido de las mismas (tanto aumentando como disminuyendo lo actualmente establecido actualmente en el ROPS con carácter básico), que serán el resultado del legítimo ejercicio del ámbito de autonomía que les reconoce la Constitución y de sus propias opciones políticas que les exigirá escoger con más cuidado el destino de sus presupuestos autonómicos (v.gr. invertir menos educación más sanidad) y de las que responderán antes sus electores.

El principio de autonomía reconocida a las CCAA ampara esta interpretación que aquí se propone y el de unidad de la nación española no lo impide, si bien ésta debe desarrollarse a través del criterio de la solidaridad interautonómica en el seno del Estado (art. 2 CE). Por ello, el ejercicio de estas competencias no puede llegar a significar el desamparo de ningún ciudadano o grupo de ciudadanos ya que el Estado velará en última instancia por contenido básico real de su derecho a la protección de la

salud asegurando su recuperación (quizás no la mejor, ni la más rápida, eficaz, con menos efectos secundarios, etc.) frente situaciones de enfermedad; de ahí la identificación de lo básico como el mínimo funcional que en cada momento asegura la recuperación de la salud. Evidentemente este mínimo funcional es un concepto indeterminado y lábil que habrá de ser fijado mediante criterios técnico-jurídicos conforme se vayan produciendo los avances tecnológicos y económicos de cada momento.

Ciertamente es esta una posición polémica por tratarse de un tema tan sensible como la salud, pero entenderlo de otro modo sería llegar a la conclusión de que no puede existir ninguna diferencia entre las prestaciones sanitarias en cada Comunidad Autónoma, lo que sería caer en una errónea identificación entre igualdad y equiparación o en una confusión de igualdad y uniformidad que, como es bien sabido, no son lo mismo. El propio Tribunal Constitucional¹¹ ha rechazado la interpretación literal del art. 139 CE que afirma que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado, que conduce a la negación del Estado autonómico: la igualdad no impone que todas las CCAA ostenten las mismas competencias, ni menos aún que tengan que ejercerlas de una manera y con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes.

En este sentido no caben hacer llamamientos a la universalidad (cuestión vinculada al acceso a las prestaciones que debe ser igual para todos los españoles y extranjeros con derecho a la misma –no se puede rechazar a una persona desplazada de su lugar de residencia-) ni a la equidad (que es el principio de igualdad reinterpretado desde términos más flexibles aunque menos técnicos) a las que se refiere la LCCSNS, que más que contradecir, respaldan la postura que aquí se sostiene.

Para concluir conviene recordar que el verdadero núcleo del debate en torno al papel del Estado y de las CCAA en la fijación del contenido de las prestaciones sanitarias no está en el reparto de competencias desde un plano jurídico, como hemos analizado hasta ahora, sino que el corazón de esta cuestión se encuentra en la financiación de estas prestaciones, ya que de nada sirve contar jurídicamente con la competencia si no existen fondos para poder ejercitarla. Esta es la razón de que el titular de los periódicos tras la Primera Conferencia de Presidentes Autonómicos de 28 de octubre de 2004 fue que en las mismas se anunció que la sanidad pública dispondría de un nuevo modelo de financiación en el año 2006, que garantizará la sostenibilidad de la asistencia sanitaria y permitirá mejorar la calidad y las prestaciones que se ofrecen al conjunto de los ciudadanos.

¹¹ Sentencia de 26 de marzo de 1987, núm. 37/1987 y Sentencia de 22 de enero de 1998, núm. 14/1998.

RETOS INMEDIATOS DE LA SANIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Fernando Benito Anguita
Asesor del Defensor del Pueblo

La configuración del Sistema Nacional de Salud, que constituye, sin duda, un gran logro de la sociedad española, dio lugar no solo al establecimiento de una estructura unitaria e integrada de todos los organismos y recursos públicos al servicio de la salud, sino también a desplazar el debate hacia otros aspectos más concretos y relativos a la organización y gestión de los servicios, a la eficacia y eficiencia de los mismos y a la financiación sanitaria. Todos estos aspectos son elementos comunes que presiden, en la actualidad, el debate sanitario en los países de nuestro entorno social y económico.

Es evidente, por tanto, que nos encontramos en un periodo de cambio, y no simplemente del sistema asistencial, sino de los valores sociales y de las expectativas de los ciudadanos, y que la sociedad está demandando la mejor atención posible dentro de unos criterios ajustados a la calidad, manifestación del derecho constitucional a la protección de la salud. De aquí la primera conclusión: lo importante no es solo qué quiere el ciudadano, sino también cómo quiere que se le resuelva su problema de salud.

A tal fin, deben tenerse presentes los valores sociales que vertebran nuestro sistema público sanitario, entre los que cabe destacar el de la solidaridad, que se traduce en un consenso social para atender a quien resulte enfermo y que éste tenga una atención sanitaria con independencia de otras consideraciones; el de la equidad, entendida como igual oportunidad de uso ante igual necesidad; y el de la eficiencia, valor éste todavía en fase emergente entre los ciudadanos y, por tanto, menos desarrollado.

En nuestro país tenemos un modelo sanitario que, por su financiación pública, por la extensión y alcance de las prestaciones, por la práctica universalidad con la que se presta la asistencia, por la cualificación de los profesionales y por la dotación de los centros, de alto contenido tecnológico, supone la expresión de una solidaridad equi-

parable a la de los países que gozan de mayor nivel de protección. Sobre ello, hay que señalar que España goza de prestigio internacional como cuna de importantes investigadores clínicos.

No obstante lo anterior, y al igual que acontece en otros sectores de actividad, nuestro sistema sanitario público presenta también problemas similares a los de los países de nuestro entorno, que exigen un esfuerzo de transformación y actualización permanente, en orden a garantizar su viabilidad futura. En efecto, todos los sistemas de salud de los países de nuestro entorno económico y cultural se enfrentan a la misma necesidad de contener el crecimiento del gasto provocado por una cada vez mayor demanda de servicios de alto contenido tecnológico y elevado coste por su superior calidad; al envejecimiento progresivo de la población (las previsiones apuntan a que cuatro de cada diez españoles tendrán más de sesenta años en el año 2050), que supone otro incremento de las necesidades de atención y gasto; al aumento de las enfermedades crónicas; a la aparición de nuevos factores epidemiológicos; al fenómeno de la inmigración; a las nuevas formas de organización social y familiar; y a la exigencia de reorientar sus servicios de forma que respondan a las demandas de los ciudadanos y potencien su capacidad de elección y decisión.

En suma, si la protección de la salud es un derecho constitucional; si corresponde al Estado su organización y tutela a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios; y si todas las actividades de las Administraciones Públicas han de estar orientadas a los ciudadanos, es obligado conocer lo que éstos demandan y actuar en consecuencia.

En este sentido, y por lo que se refiere a la opinión de los ciudadanos en torno al Sistema Nacional de Salud, debe dejarse constancia de que, según los barómetros

sanitarios elaborados por el Centro de Investigaciones Sociológicas, la sanidad representa, con diferencia sobre el resto de áreas, la de mayor interés para los ciudadanos. En el marco de este interés, es innegable que los ciudadanos están demandando un proceso de modernización de la organización y gestión sanitaria. Prueba de ello es que, según el barómetro sanitario 2003, elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo en colaboración con el Centro de Investigaciones Sociológicas, el 63,1% de los españoles opinan que el sistema sanitario funciona bien o bastante bien, considerando el 47,6% de ellos que, no obstante, son necesarios algunos cambios. Frente a este 63,1%, el 26,9% de los ciudadanos estiman que el sistema sanitario necesita cambios fundamentales y el 5,6% que es necesario rehacerlo completamente.

Por lo que se refiere a la opinión de los ciudadanos manifestada ante el Defensor del Pueblo, a través de las quejas formuladas en materia de sanidad, cabe comenzar poniendo de relieve que, en términos generales, estas quejas versan fundamentalmente sobre tres aspectos nucleares, como son la información, la participación y la organización. Más en concreto, estas quejas inciden, especialmente y entre otros, en los ocho capítulos que seguidamente se detallan.

Un primer bloque de quejas versa sobre la plena universalización del derecho a la asistencia sanitaria, proceso todavía pendiente en la sanidad española. Si bien, la protección de la salud desde el punto de vista cuantitativo ha experimentado un gran avance que es indispensable reconocer, hay que tener presente que el mandato recogido en el artículo 3.2 de la Ley General de Sanidad establece que la asistencia sanitaria se extenderá a toda la población, previsión todavía no culminada, en la medida en que, en la actualidad y según el Ministerio de Sanidad y Consumo, el porcentaje de cobertura es del 99,5%. Y ello, a pesar de que el presupuesto en sanidad para 1999 culminó el proceso de separación de fuentes de financiación de la asistencia sanitaria canalizada a través del Instituto Nacional de la Salud, dando así cumplimiento a uno de los acuerdos adoptados en los Pactos de Toledo.

Es este, por tanto, un proceso todavía pendiente y sobre el que inciden las quejas de los ciudadanos a quienes aún no se les ha reconocido este derecho. Entre ellas, y a título meramente de ejemplo, cabe citar las formuladas por personas que no han trabajado y que cuentan con recursos económicos suficientes; por aquéllas que cotizaron a la Seguridad Social, en algunos casos, durante un elevado número de años, si bien, en la actualidad, se encuentran

inscritos como demandantes de empleo; por españoles, pensionistas de la Seguridad Social de otros países, que han retornado y establecido su residencia en España; y por trabajadores sociales de atención primaria, quienes muestran su preocupación por el hecho de que un segmento de la población todavía carece del derecho a la asistencia sanitaria. En algunos de estos supuestos los interesados subrayan que superan, si bien mínimamente, el nivel de ingresos establecido en el reglamento relativo al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes; que, en las situaciones de pensionistas, su avanzada edad exige ineludiblemente una mayor atención y gasto sanitario; y que la economía familiar no permite afrontar el coste que representa la suscripción de un convenio especial de asistencia sanitaria con la Tesorería General de la Seguridad Social.

Abundando en lo expuesto, conviene recordar que el Observatorio Europeo de Sistemas Sanitarios, tras analizar los retos pendientes del Sistema Nacional de Salud español, ha resaltado, entre ellos, el relativo a la extensión de la cobertura universal al cien por cien de la población. Resta, por tanto, adoptar las iniciativas pertinentes con el fin de impulsar la reforma legal adecuada que permita fijar los contenidos y el carácter del derecho a la asistencia sanitaria como derecho público subjetivo personal y no contributivo.

Un segundo bloque de quejas se refiere a la información y documentación clínica. Las crecientes demandas de participación y de soberanía individual que acompañan al desarrollo económico, social y cultural de nuestro país convierten la información y documentación clínica en un instrumento esencial para lograr que la relación entre los profesionales y los pacientes sea la razón fundamental del sistema sanitario. La consecución de este logro se ha visto dificultada por la inexistencia de una norma que unificara e integrara los derechos y obligaciones que han de regir en materia de información y documentación clínica y por la insuficiente precisión y concreción, en determinados aspectos, de la Ley General de Sanidad.

La publicación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, ha venido a resolver no pocas cuestiones referentes a los elementos, cantidades y formas de información, así como respecto al contenido y al acceso a la historia clínica, ámbitos sobre los que han incidido un notable número de las quejas planteadas ante el Defen-

del Pueblo y de las que se ha dejado constancia en informes anuales presentados a las Cortes Generales.

En efecto, esta Ley completa las previsiones que la Ley General de Sanidad enunció como principios generales; refuerza el derecho a la autonomía del paciente; regula los deseos de los ciudadanos expresados con anterioridad, dentro del ámbito del consentimiento informado; y trata todo lo referente a la documentación clínica, subrayando la consideración y la concreción de los derechos de los usuarios en este aspecto.

No obstante lo anterior, es importante tener presente que la ley no parece resolver, al menos de forma suficientemente nítida, aspectos relevantes, como pueden ser los relativos a la eliminación de las anotaciones subjetivas de los profesionales reflejadas en las historias clínicas; a la determinación de los criterios que deben presidir la madurez de un menor de 16 años; y al procedimiento y plazos para hacer efectivo el derecho de acceso a la historia clínica. En esta línea, debe dejarse constancia también de la posible falta de correspondencia entre el plazo de cinco años fijado en la ley para conservar la historia clínica y el plazo de prescripción de quince años establecido en el Código Civil para las acciones de responsabilidad contractual, máxime si se considera que no son infrecuentes las situaciones en las que los pacientes solicitan acceder a su historia clínica, una vez transcurridos cinco años desde que se prestó la atención.

En esta línea de exposición, una especial referencia merecen los enfermos mentales ingresados en los centros sanitarios. Y ello, básicamente, con fundamento en que muchas de estas personas no pueden asumir por sí mismas la defensa de sus derechos, habida cuenta su enfermedad psíquica. En relación con ello, hay que tener presente que, de conformidad con lo establecido en el Convenio de Oviedo y en otras normas concordantes, en principio todo paciente psiquiátrico, aún internado de forma involuntaria, goza de plenitud de derechos mientras no se le declare incapaz, de modo que tiene capacidad de decisión sobre su tratamiento, pudiendo aceptarlo o rechazarlo, si bien, en los pacientes incapaces se precisará para aplicar un tratamiento un familiar o representante legal que tome la decisión conjuntamente con ellos o aisladamente en su beneficio.

Pues bien, en este contexto no son pocas las quejas que se siguen planteando ante el Defensor del Pueblo en relación con cuestiones relativas a las condiciones en las que transcurre la estancia de los enfermos mentales en los centros de internamiento, y en las que subyacen aspectos relacionados con la autonomía de los pacientes.

Este problema no es nuevo para el Defensor del Pueblo, en la medida en que en su momento se puso en conocimiento del Ministerio de Justicia que en los centros de internamiento de naturaleza sanitaria o social se había constatado la ausencia de una regulación que garantizara suficientemente los derechos fundamentales de los usuarios y las eventuales restricciones de los mismos que fueran necesarias para la protección de su vida, salud e integridad física. Esta circunstancia contrasta, y así se le hizo saber al Ministerio antes mencionado, con lo que sucede respecto a otro tipo de centros en los que también se limita la libertad de las personas, concretamente los establecimientos penitenciarios, cuyo régimen está regulado por la ley Orgánica 1/1979, de 26 de abril, de modo que puede afirmarse, que desde esta perspectiva, los derechos de los usuarios de los centros de internamiento de naturaleza psiquiátrica o social se encuentran garantizados en un menor grado.

Por consiguiente, todavía faltan por completar algunas cuestiones relativas a lo que podría denominarse “estatuto jurídico de las personas con enfermedades mentales”. Entre éstas, y por su relevancia, cabe mencionar el sistema de garantías de los derechos fundamentales respecto al régimen de vida que tienen estas personas cuando ingresan en centros hospitalarios (entre otras, salidas, visitas y comunicaciones telefónicas y postales), a las condiciones en las que se aplican tratamientos especialmente agresivos (tratamiento farmacológicos, terapias electrocompulsiva, psicocirugía u otras técnicas o procedimientos que puedan suponer un riesgo para la salud o la integridad física de las personas) y a los medios mecánicos de sujeción.

Un tercer bloque de las quejas hace mención a la ordenación de las prestaciones sanitarias. La necesidad de profundizar en la estrategia de ordenación normativa de las prestaciones, a través de la cual se definen los contenidos y las garantías de la asistencia sanitaria es, en efecto, una constante en un representativo número de quejas formuladas por los ciudadanos y encuentra su justificación en la constatación de desequilibrios territoriales y de diferencias, cada vez mayores, en las carteras de servicios de los Servicios de Salud. Ello nos aproxima a la función básica de coordinación en aspectos fundamentales que caracterizan al sector sanitario y al importante papel del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en orden a promover verdaderas políticas comunes y a superar las limitaciones que han determinado, en ocasiones, que sus consensos no hayan sido ágiles ni vinculantes. Esta falta de suficiente operatividad, que se ha traducido en limitaciones para el examen común de los problemas del sector

sanitario y para formular propuestas de acciones para afrontarlos y resolverlos, en el marco de las competencias de las comunidades autónomas y sin perjuicio de las mismas, ha estado presente, entre otros, en aspectos tales como la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, la situación de las personas afectadas de fibromialgia, la atención bucodental y la atención a la salud mental.

Finalmente y en este apartado, es ineludible traer a colación aquellas otras quejas en las que se pone de relieve que la estructura asistencial del Sistema Nacional de Salud no permite facilitar a los ciudadanos, de forma adecuada y directa, una atención incluida entre las prestaciones a financiar por dicho sistema. Estos son los casos, por ejemplo, de la aplicación de determinadas técnicas de reproducción humana asistida y de la atención integral al daño cerebral sobrevenido.

El cuarto bloque de las quejas se centra específicamente en la organización y funcionamiento de los centros sanitarios. Problemas de información; circuitos asistenciales complejos y burocráticos; accesibilidad a los servicios; y la existencia de amplias demoras en la prestación de la asistencia sanitaria son algunos de los aspectos resaltados en estas quejas.

Especial consideración debe prestarse en este ámbito a las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud. La preocupación del Defensor del Pueblo por este asunto está en consonancia con el número y naturaleza de las quejas recibidas en materia de sanidad, que inciden, especialmente, en la existencia de amplias listas de espera para consultas externas, pruebas y técnicas diagnósticas e intervenciones quirúrgicas programadas. En estas quejas subyace que la demora en obtener la asistencia debida es la principal causa de insatisfacción de los ciudadanos con la sanidad pública.

En este contexto, la Comisión Mixta Congreso/Senado de Relaciones con el Defensor del Pueblo sugirió al titular de esta Institución la elaboración de un estudio monográfico sobre listas de espera en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, estudio que se llevó a cabo a lo largo de 2002 y que fue presentado ante la mencionada Comisión el 16 de diciembre del mismo año. Con independencia de efectuar una remisión general al contenido de los diferentes capítulos que integran el estudio, se procede seguidamente a detallar seis de las principales conclusiones reflejadas en el mismo en relación con la gestión y la extensión de las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud.

En primer lugar, que el sector público sanitario presentaba acusadas limitaciones en materia de tecnologías de la información. Un representativo número de centros hospitalarios no había culminado el proceso de informatización integral, careciendo algunos de ellos de soportes informáticos básicos, fundamentalmente en consultas externas y en técnicas y pruebas diagnósticas. Estas graves carencias contrastan, además notablemente, con el hecho de que los centros hospitalarios se encuentran entre las organizaciones que mueven más medios económicos en sus lugares de ubicación y en sus áreas de influencia, de modo que el sector sanitario tiene un peso considerable en el ámbito económico, transmite efectos al resto de los sectores, contribuye al bienestar social y representa un componente sustancial del gasto público.

En segundo lugar que, no obstante la magnitud de la actividad y la creciente relevancia asistencial de las consultas externas y de las técnicas y pruebas diagnósticas, lo cierto es que la inadecuada gestión de las listas de espera y la escasa transparencia informativa eran aspectos nucleares que presidían la actividad en esta área. Fiel expresión de ello es que un representativo número de los servicios de salud que integran el Sistema Nacional de Salud manifestaron que los sistemas de información no permitían conocer, con exactitud y a nivel corporativo, el alcance de las listas de espera en consultas y pruebas diagnósticas.

En tercer lugar, que no se disponía de un sistema de información con significado homogéneo en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, variando los criterios de cómputo y medida no sólo entre servicios de salud sino incluso entre hospitales de la misma región. Ello impedía, entre otros aspectos, efectuar análisis comparativos que permitan una aproximación a las causas que motivan las esperas, a través de datos cuantitativos.

En cuarto lugar, que en consultas externas y técnicas y pruebas diagnósticas no era infrecuente la práctica de agendas cerradas, que se traducen en la existencia de pacientes en espera, en ocasiones durante un elevado número de meses, de que se les asigne la fecha en la que podrán ser atendidos.

En quinto lugar que, con independencia del carácter ordinario o preferente otorgado al proceso de enfermedad, los servicios de salud no habían establecido, en términos generales, criterios explícitos de indicación quirúrgica y de prioridad de los pacientes en lista de espera, otorgando al factor "antigüedad en la lista de espera" un papel preeminente.

En sexto lugar que, del análisis sistemático de la información facilitada por las comunidades autónomas y de la obtenida en las visitas puntuales efectuadas a centros hospitalarios, se desprendía la existencia, en términos generales, de demoras excesivas y, en algunos casos, clínica y socialmente inaceptables.

Aún cuando la práctica totalidad de los servicios de salud han regulado o tienen previsto regular tiempos máximos de acceso a las prestaciones, es menester señalar, por una parte, que en tanto surten efecto los planes diseñados por las Administraciones sanitarias para la reducción de los tiempos de espera, todavía subsisten, en algunos casos, amplias demoras en la prestación sanitaria y, por otra, que la práctica totalidad de tales servicios han elaborado planes corporativos, en los que la reducción de la demora quirúrgica ocupa un papel principal, frente al escaso interés demostrado, en términos generales, por las áreas de consultas externas y de técnicas y pruebas diagnósticas.

En otro orden de cosas, una especial consideración debe concederse también a las quejas recibidas en relación con enfermos crónicos, o en fase muy avanzada de su enfermedad, a quienes se les concede el alta hospitalaria y, sin embargo, no pueden ser atendidos, con las condiciones que su estado requiere, en el propio domicilio, o no encuentran residencia asistencial alternativa donde ser ingresados. Ello muestra la importancia de poner el acento en la necesidad de configurar recursos sociosanitarios, ámbito que compone un quinto bloque de quejas, las que hacen mención a la atención sociosanitaria.

En estas quejas se plantea la situación de aquellas personas que, por no precisar un tratamiento exclusivamente sanitario ni requerir solo una atención social, encuentran dificultades para solucionar sus problemas, al no ser cabalmente atendidos ni por el Sistema Nacional de Salud, ni por los sistemas de acción social. Esta situación, que adquiere todavía una mayor dimensión a causa de los cambios demográficos que están acaeciendo en España y en todos los países de nuestro entorno, derivados fundamentalmente del aumento de la esperanza de vida y la escasa tasa de natalidad, exige que se preste una especial atención a la planificación, organización y gestión de la asistencia socio-sanitaria.

Si bien la preocupación de las Administraciones Públicas por desarrollar una atención sociosanitaria coordinada es una constante desde los años ochenta y han sido varios los esfuerzos desarrollados en este sentido, tanto por las comunidades autónomas como por la Administración del Estado, lo cierto es que persisten problemas en la

atención a los ancianos, discapacitados y enfermos crónicos, extremo sobre el que el Defensor del Pueblo, con ocasión de la elaboración de un informe sobre la atención sociosanitaria en España, formuló diversas recomendaciones a las Administraciones Públicas competentes, en orden a la adopción de acuerdos para dar respuesta a las necesidades de los segmentos de la población que precisen la atención integral de medidas sanitarias y sociales.

Un sexto bloque de quejas se refiere a los diferentes aspectos que integran la asistencia sanitaria en el ámbito de la salud mental. Ya en el año 1985 la Comisión Interministerial para la reforma psiquiátrica emitió un informe en el que se reflejaban los criterios que debían presidir el nuevo modelo de asistencia, pronunciándose a favor de un modelo comunitario de atención a la salud mental. Un año después, la Ley General de Sanidad establece, en su artículo 20, la integración de las atenciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general.

Aun cuando se han producido algunos avances en la atención a la salud mental, es obligado reconocer que persisten carencias e inadecuaciones en este tipo de atención, especialmente en la provisión de recursos comunitarios de rehabilitación. Sobre ello, cabe señalar los acusados desequilibrios territoriales en cuanto a la dotación de recursos, según se trate de una u otra comunidad autónoma. Así se desprende de las quejas que se siguen recibiendo en materia de salud mental, que inciden sobre el hecho de que en el marco comunitario no existen o bien son insuficientes las estructuras de rehabilitación con programas definidos de actuación; sobre la necesidad de impulsar una coordinación efectiva de las diferentes redes y servicios de atención, entre los servicios de atención primaria y los de salud mental y entre los servicios intra y extrahospitalarios; y sobre la situación de las familias de los enfermos mentales, en las que recae gran parte de la carga asistencial de estos enfermos.

Similares conclusiones se desprenden del análisis del “informe de situación de salud mental” elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo y difundido en el año 2003. Por su extraordinaria relevancia se reflejan seguidamente algunas de las principales conclusiones de este informe, como son: que el proceso de reforma en el campo de la salud mental ha seguido un ritmo desigual en las distintas comunidades; que la salud mental es una red especial y débilmente integrada en la red sanitaria general; que los centros de salud mental adolecen en muchos casos de una adecuada ratio de profesionales; que no existe, prácticamente, cartera de servicios en materia de salud mental; y que la carencia relativa de recursos en alguno de

los elementos de la red se produce en todas las comunidades.

Una vez efectuada una aproximación a la realidad de la atención a los enfermos mentales, es necesario reiterar que gran parte de la atención que precisan estas personas recae en los familiares, es decir, en el llamado apoyo informal. El inmenso caudal de dedicación, en tiempo y esfuerzo, que realizan las familias que cuentan en su seno con un enfermo mental ha sido durante mucho tiempo poco reconocido y, en cierta manera, ha permanecido en la invisibilidad. Sólo muy recientemente han comenzado a desarrollarse programas y medidas de apoyo a las familias cuidadoras.

Para ilustrar lo anterior, parece oportuno traer a colación un estudio sobre las necesidades de familiares de enfermos mentales, promovido en su momento por la Confederación de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales (FEAFES), según el cual el perfil típico de quienes cuidan a personas con algún tipo de enfermedad mental en España es el que se refleja seguidamente:

- El 80% del total de cuidadores son mujeres.
- La edad media es de 58 años y un 38% tiene más de 60 años.
- El cuidador es la madre en el 65% de los casos, el padre en el 13%, los hermanos en el 11% y el cónyuge en el 6%.
- El tiempo medio que llevan haciendo de cuidadores es de 11 años.
- Emplean 35 horas semanales de media en dicho cuidado.

El estudio, del que se han extractado algunos resultados, también detectó los efectos negativos que el cuidado permanente provoca sobre quienes lo asumen a sus expensas, y muy especialmente sobre la salud y la situación laboral de los cuidadores:

Efectos sobre la situación laboral:

- El 58,8 % de los familiares no habían podido trabajar debido al tiempo que dedicaban a los enfermos.

Efectos sobre el estado de salud:

- El 75,4% habían tenido problemas de salud física o mental.

Como resumen de lo expuesto, puede afirmarse que la familia española (y de manera especial las mujeres) está soportando un peso abrumador sin que, por parte de los

poderes públicos, se haya realizado un esfuerzo paralelo para mitigarlo.

El panorama hasta ahora descrito, mas las tendencias de futuro, parecen reforzar la certidumbre de la fragmentación, e incluso de la quiebra, del apoyo informal que hasta el presente ha venido prestando un notable apoyo en la atención a los enfermos mentales. Por tanto, el viejo principio de subsidiariedad habría que arrumbarlo, por ser inadecuado a la actual estructura social y a las nuevas necesidades que están planteadas.

Un séptimo bloque de las quejas guarda relación con las enfermedades raras o poco frecuentes, que afectan aproximadamente a dos millones de personas en España. El denominador común de estas quejas se centra en los graves problemas que presentan estas enfermedades, como consecuencia de acusadas dificultades en su diagnóstico y tratamiento, en gran medida por la inexistencia de centros específicos de referencia. La Institución del Defensor del Pueblo es consciente de que las enfermedades poco frecuentes poseen una serie de características comunes, tales como su aparición inusual, dificultades diagnósticas y de seguimiento y problemas sociales para los enfermos y sus familias. En la mayoría de estas enfermedades se desconocen datos precisos sobre su frecuentación real, debido a la práctica inexistencia de datos epidemiológicos, lo que conlleva un obstáculo para la prevención, diagnóstico y tratamiento de las mismas. Por ello, es preciso mejorar el conocimiento en este campo a través de la investigación básica y clínica y promover una política adecuada, tendente a la obtención de fármacos eficaces para estas enfermedades.

La existencia de reacciones adversas y la necesidad de investigar las circunstancias concurrentes en la atención prestada están presentes en lo que podríamos considerar un octavo bloque de quejas, las referidas a la práctica profesional. En estos casos, los interesados subrayan que la actuación profesional no se ha acomodado a los niveles que la ciencia médica permite en cada momento, mostrando también, en numerosas ocasiones, su disconformidad ante la insuficiente información y escuetas resoluciones de los centros sanitarios ante las reclamaciones de los pacientes.

Esta exigencia, inducida, entre otros aspectos, por la cada vez mayor conciencia ciudadana acerca de los derechos que la Constitución y las leyes conceden, ha provocado, en los últimos años, que las reclamaciones contra los profesionales sanitarios y la sanidad hayan experimentado un incremento notable, aún cuando los medios

con los que cuenta el sistema son cada vez más ingentes, la preparación de los profesionales más depurada y la formación más intensa y continua.

Teniendo presente que la eliminación absoluta de riesgos o de reacciones adversas es prácticamente imposible sin anular la actividad que los genera, las acciones en este ámbito deben orientarse, lógicamente, a disminuir el riesgo de que se produzca un menoscabo en la seguridad de los pacientes. En definitiva, se trataría de promover una cultura de la calidad y la prevención que facilite la reducción de las incidencias médicas a través del estudio de las causas y la continua mejora de la práctica clínica. La consolidación de esta cultura permitiría, además, trasladar a los ciudadanos que las reacciones adversas no se producen únicamente por negligencias o incompetencia de los profesionales, como suelen creer, sino que hay otras posibles causas y que su investigación puede disminuir el riesgo de tales reacciones.

En esta línea de avance, es ineludible hacer mención a que en los sistemas de salud de los países de nuestro entorno económico y cultural se observa una creciente preocupación por los posibles efectos adversos en la práctica profesional y, en consonancia con ello, se han adoptado iniciativas de diferente naturaleza para su control, tales como la implantación de sistemas de información para monitorizar la información sobre errores médicos y planificar medidas para evitarlos, la delimitación de indicadores para medir la seguridad en la asistencia y la constitución de órganos específicos e independientes para el análisis de fallos en la atención.

También en nuestro país se ha implantado alguna innovación en este sentido, principalmente en el campo de los medicamentos. Merced a estos programas se ha podido constatar, por ejemplo, que un 20% de los errores comunicados están causados por un envasado o etiquetado incorrecto o con apariencia similar y un 12% por similitud en los nombres de los medicamentos. Esta constatación representa, sin duda, una línea de progreso en la medida en que permite, entre otras acciones, la elaboración de recomendaciones para prevenir los errores causados por tales causas.

No obstante lo anterior, en España no parece existir todavía una cultura suficiente acerca del reconocimiento del error, siendo frecuente que la complejidad de los procesos se siga utilizando como excusa para no investigar posibles disfunciones en la práctica profesional. Por ello parece necesario promover e impulsar, en la medida de lo posible, una nueva cultura en relación con la seguridad y la responsabilidad en el ámbito sanitario.

De otra parte, no puede soslayarse un asunto de alcance como es que en nuestro país la Administración de justicia es lenta en la resolución de las cuestiones planteadas y que, en tanto se resuelven éstas, las partes interesadas se sienten perjudicadas por un mecanismo lento y de futuro incierto. Por ello, cabe entender que toda iniciativa con rigor sobre nuevas formas de resolución de conflictos puede ser acogida con cierta expectación tanto por pacientes como por profesionales.

Se trataría, por tanto, de reflexionar acerca de la oportunidad de promover, en la medida de lo posible, fórmulas alternativas a la vía judicial para dirimir controversias suscitadas entre pacientes y profesionales de la medicina, mediante la conciliación, la mediación y el arbitraje. A tal fin, el Defensor del Pueblo viene propugnando que la Administración necesita modificar sus pautas de actuación, sin que ello signifique la pérdida de sus prerrogativas, y transformarse en una organización más dialogante, más abierta, más dúctil y capaz de resolver los problemas mediante el acuerdo, procurando evitar la confrontación.

En esta línea de reflexión acerca de posibles nuevas fórmulas alternativas para la resolución de los conflictos en el ámbito sanitario, cobra una especial relevancia la publicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Teniendo presente que el arbitraje se puede proyectar a cualquier ámbito en el que se plantee una controversia no parece que exista impedimento alguno para su aplicación en el sector sanitario, aun cuando, por el momento, las experiencias en este ámbito no hayan sido suficientes.

La posible y progresiva implantación de este sistema de arbitraje nos aproxima a una necesidad largamente sentida por una parte significativa de la doctrina científica, como es el establecimiento de un baremo de valoración de daños específico para la sanidad. La instauración de este baremo, que la doctrina está reclamando con más intensidad a raíz del establecimiento del seguro obligatorio de responsabilidad civil previsto en la ley de ordenación de las profesiones sanitarias, pueden introducir cuotas de sosiego y seguridad en el ejercicio profesional e incluso en las compañías aseguradoras de dicho seguro, a la vez que promover acuerdos entre las partes en conflicto, a través de la mediación y el arbitraje, al conocerse previamente la cuantía económica de las posibles indemnizaciones.

De ser ello así, se lograría un avance de suma importancia en la seguridad de los pacientes (que verían satisfechas sus legítimas pretensiones a través de un sis-

tema rápido, económico y especializado) y de los profesionales (en la medida en que puede ser una respuesta a la medicina defensiva), así como para la sociedad en general al desjudicializarse la medicina.

Efectuada una breve semblanza de la opinión de los ciudadanos manifestada ante el Defensor del Pueblo, cobra una especial relevancia la pregunta relativa a si las exigencias de los usuarios se orientan principalmente hacia aquellos extremos que conocen y sobre los que tienen información, aquellos aspectos sobre los que son capaces de formarse una opinión, y no tanto hacia aquellos otros que, aún siendo muy importantes (como pueden ser la investigación básica y clínica, la calidad técnico científica y las nuevas formas de organización y gestión), resultan más difíciles de valorar y por ello, no fijan, al menos suficientemente, una opinión en los usuarios y pacientes.

En este sentido, es preciso dejar constancia de que cuando los ciudadanos presentan reclamaciones ante el Defensor del Pueblo y otras organizaciones similares normalmente inciden en: problemas de información y falta de participación y, en menor medida, en cuestiones relativas a la gestión eficiente, a la investigación y a la calidad técnico científica.

No obstante lo anterior, para entender lo que significan realmente las quejas que plantean los ciudadanos deben valorarse las dos siguientes consideraciones:

- 1) Que las reclamaciones presentadas no son siempre representativas de la sociedad en su conjunto.
- 2) Que sus exigencias se centran en aquellos aspectos que conocen y sobre los que tienen información.

De otra parte, hay que tener presente que la relación entre calidad asistencial y satisfacción de los pacientes es compleja. La percepción de la satisfacción depende en gran medida del grado de participación que el paciente percibe en su relación clínica y del nivel de comunicación alcanzado. De ello se desprende que los pacientes más informados son los que desean participar más activamente en la toma de decisiones que pueden repercutir sobre su salud. Otra posible conclusión está en relación con la tendencia tradicional a poner un acento excesivo en la atención curativa frente a la atención preventiva y paliativa, cuando el objetivo final del sistema no debe ser solo curar sino también prevenir, cuidar y paliar.

En este contexto, es importante reconocer el esfuerzo realizado por la Administración, durante el año 2003, al publicar tres textos legales de onda repercusión en el ámbito sanitario (cohesión y calidad del sistema nacional de salud, ordenación de las profesiones sanitarias y estatuto marco), y al aprobar asimismo la ley de información y documentación clínica, de noviembre de 2002. Este bloque normativo, que irrumpe en nuestro panorama sanitario con la vocación de mejorar su calidad y de potenciar su modernización, guarda no poca relación con muchas de las cuestiones planteadas a la Administración por el Defensor del Pueblo en torno a los derechos y obligaciones que han de regir en todas estas materias. En este marco de avance, es ineludible hacer mención también a que, en la actualidad, el Ministerio de Sanidad y Consumo está elaborando la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, de importancia crucial en la medida en que tal cartera se configura como el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias.

De lo anterior se desprende que la política sanitaria en nuestro país se ha diversificado en diferentes actuaciones que responden a una orientación común, como es la de consolidar y flexibilizar el sistema sanitario, modernizarlo en términos de organización y gestión, para hacerlo viable a largo plazo, teniendo presente la armonización de las demandas ciudadanas y la necesaria disciplina del gasto público.

La consecución de los retos planteados requiere, necesariamente, la implicación de los profesionales en la gestión de los centros, mediante una política que promueva la gestión clínica e incentivos. Todo ello en orden a proporcionarles las mejores herramientas posibles que les ayuden a incrementar la calidad asistencial que deben proporcionar a los ciudadanos. Del mismo modo, es obligado reconocer que cada vez es más importante la función de quienes tienen la responsabilidad de gestionar y dirigir los centros sanitarios, correspondiéndoles que los equipos profesionales desempeñen su actividad con calidad, eficacia y eficiencia, en aras a lograr los objetivos y proyectos en los que están comprometidos.

Tres son, por tanto, los principales actores en el escenario que debe promover e impulsar las acciones que hagan posible la consolidación y modernización de nuestro sistema. En primer lugar, y sobre los demás, los ciudadanos, auténticos propietarios del sistema. En segundo lugar, los profesionales, sin los cuales ninguna reforma es posible. En tercer lugar, los gestores.

A modo de conclusión, los usuarios del sistema público sanitario están cambiando; se está profundizando en la búsqueda de nuevos modelos que aporten mayor eficiencia; las tecnologías médicas e informáticas están en continua evolución; y nos encontramos con nuevos razonamientos de gestión y éticos. Esta situación requiere impulsar las medidas oportunas, en orden a mejorar nuestro sistema sanitario para acometer los retos de la sanidad

española en el siglo XXI. En definitiva, se trata de conseguir un incremento de la calidad en todas sus dimensiones, a través de la mejora de las prestaciones y servicios. Un modelo en el que los ciudadanos estén mejor informados y en el que la calidad ocupe un papel preeminente como elemento identificativo.

LAS INCOGNITAS DEL ESTATUTO MARCO

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Valencia

1.- Mi intención no es otra que la de tratar de explicar el significado jurídico del Estatuto Marco y los principales problemas que plantea su aplicación.

El Estatuto Marco ha sido promulgado al fin tras una larga historia de intentos frustrados que arranca del mandato contenido en el art. 84 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 (en adelante, LGS).

Con posterioridad a la LGS se produjeron no obstante diversos movimientos de política normativa contrarios al carácter estatutario o funcional de las relaciones de este personal.

Así sucedió con el Informe Abril de 1991 sobre la Sanidad española que, partiendo de la necesidad de conceder autonomía financiera y patrimonial a las unidades de asistencia sanitaria (hospitales y otros centros sanitarios) recomendaba su transformación en sociedades estatales sometidas al derecho privado y, consiguientemente, una paulatina y gradual laboralización del personal.

En esta misma línea, el Anteproyecto “*non nato*” de una Ley, a incluir en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1992, optaba también por la transformación del Insalud en un Ente Público sometido al derecho privado, creando además unas sociedades estatales de gestión de la asistencia sanitaria con el carácter de entidades públicas sometidas al derecho privado, laboralizando igualmente al personal de estas entidades.

Una vez decidida políticamente la opción estatutaria para el personal, han sido muchos los Anteproyectos de Estatuto Marco, con diferentes contenidos, que han visto sucesivamente la luz hasta la Ley 55/2003 actualmente aprobada.

2.- Además de la expresa previsión de la LGS en orden a la promulgación de un Estatuto Marco, existían muy poderosas razones de orden jurídico que avalaban la necesidad del mismo, razones concretas en una insostenible situación normativa absolutamente insegura, en cuanto al derecho aplicable y en cuanto a la competencia jurisdiccional:

1º) En primer lugar, desde la perspectiva del derecho sustantivo, existía una enorme inseguridad jurídica debido a la vigencia de tres Estatutos distintos aplicables al personal de los distintos Servicios de Salud para el personal sanitario facultativo (Decreto 3166/1966, de 23 de diciembre), para el personal sanitario no facultativo (Orden de 26 de abril de 1973) y para el personal no sanitario (Orden de 5 de julio de 1971), —obsoletos y superados por las nuevas realidades legislativas y organizativas en muchas de sus disposiciones, modificados parcialmente “*a cuenta de un futuro Estatuto Marco*”— así, por ejemplo, el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre el régimen retributivo del personal estatutario, o la Ley 30/1999, de 5 de octubre, sobre sistemas de selección y provisión de plazas del personal estatutario, —situación que se complicaba, además, por las dudas jurisprudenciales acerca del derecho supletorio en caso de laguna de los respectivos Estatutos— pasando de aplicar el Derecho Laboral a aplicar el Derecho Administrativo (por todas, STS de 3 de febrero de 1997, Ar/970), provocando todo lo cual una gran litigiosidad.

2º) En segundo lugar, desde la perspectiva del derecho adjetivo o procesal, la competencia jurisdiccional para conocer de los conflictos planteados entre la Administración Sanitaria y su personal estatutario no estaban ni mucho menos claras, existiendo en la práctica una concurrencia jurisdiccional

de los órdenes laboral y contencioso-administrativo con perfiles no definidos.

3.- Los caracteres generales más significativos del Estatuto Marco en relación con la situación normativa anterior han sido, a mi juicio, los siguientes:

1º) En primer lugar, frente a la existencia de tres Estatutos distintos —para el personal sanitario facultativo, para el personal sanitario no facultativo y para el personal no sanitario—, la Ley 55/2003 ha optado por un Estatuto Marco único para todo el personal estatutario —Sanitario y de Gestión y Servicios— si bien nada impide jurídicamente la posibilidad hipotética de que este Estatuto Marco sea libremente desarrollado a su vez por la normativa autonómica en Estatutos distintos.

2º) En segundo lugar, en cuanto a su naturaleza y régimen jurídico, incluido el régimen supletorio en caso de laguna normativa, se opta por una relación jurídica funcional, si bien especial.

Esta opción legal, en sí misma, no resulta criticable si incluye una regulación completa y razonable de las distintas cuestiones que estas relaciones laborales plantean, teniendo en cuenta los intereses en juego, tanto de la Administración Sanitaria como del propio personal, siendo en este sentido secundaria la naturaleza laboral o funcional de la misma. Lo criticable reside, a juicio, en que no se haya diseñado previamente un modelo organizativo definido del Sistema Nacional de Salud, que lógicamente ha de condicionar la naturaleza de la relación. En este sentido, parece claro que las formas de gestión sanitaria de Derecho Privado exigen personal laboral y no funcional.

3º) En tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 179.1.17 de la Constitución, el Estatuto Marco se autocalifica de normativa básica funcional a desarrollar por leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas, según las competencias territoriales, aunque son muchísimas las ocasiones en las que el Estatuto Marco se remite expresamente al desarrollo normativo estatal y autonómico.

4º) En cuarto lugar, acerca de la competencia jurisdiccional laboral o contencioso-administrativa para conocer de los pleitos que se susciten entre este personal y la Administración Sanitaria, la Ley

55/2003 guarda absoluto silencio. Si bien el Estatuto Marco califica explícitamente la relación de funcional especial, siendo por ello la jurisdicción natural la contencioso-administrativa, no se ha derogado sin embargo expresamente el art. 45.2 de la Ley General de la Seguridad Social que la atribuye a la jurisdicción social. Así pues, cabe preguntarse si todo queda como estaba o algo ha cambiado pese al silencio de la Ley acerca de la competencia jurisdiccional: ¿Se está a la espera de una nueva Ley de Procedimiento Laboral y de su modificación posterior para solucionar este verdadero “casus belli” con los sindicatos? Este es sin duda uno de los grandes enigmas del estatuto Marco. Más tarde volveré sobre él-

4.- Las diferencias entre el Estatuto Marco del personal de los Servicios de Salud y el Estatuto General de la Función Pública son muchas, si bien entre ellas destacan las siguientes:

- a) La libre circulación del personal estatutario en todo el territorio nacional entre todos los Servicios de Salud como garantía de la coordinación general sanitaria.
- b) La regulación de la duración de los nombramientos, distinguiendo entre personal estatutario fijo y personal estatutario temporal “por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario” (art. 9.1). Dentro del personal estatutario temporal se distingue entre el personal interino, el personal sustituto y el personal eventual, éste último en términos de enorme laxitud, que hacen prever la existencia de una gran discrecionalidad administrativa en el nombramiento del personal temporal por falta de límites causales y temporales. Sobre esta cuestión volveré más tarde.
- c) Un régimen retributivo destinado -se dice- a incrementar la motivación de los profesionales y su compromiso con la gestión a través de un sistema retributivo personalizado de incentivos.
- d) Una regulación especial y detallada del tiempo de trabajo acomodada a la actividad realizada: Jornada laboral ordinaria, distribución irregular de la jornada a lo largo del año, jornada complementaria, jornada especial, jor-

nada del personal a turnos, descanso en la jornada continuada, periodo de descanso diario, trabajo nocturno, descanso semanal, vacaciones anuales, jornadas a tiempo parcial y permisos.

- e) El establecimiento de peculiaridades propias del personal estatutario en materia de situaciones administrativas. Así, por ejemplo, la situación de servicios bajo otro régimen jurídico (art. 65) o de excedencia para prestar servicios en el sector público (art. 66).
- f) Un régimen disciplinario común para el personal estatutario y distinto del funcional.
- g) Aunque rigen las normas generales sobre incompatibilidades, existen algunas especialidades para el personal estatutario.
- h) Existen, finalmente, algunas peculiaridades en materia de negociación colectiva frente a la genérica LORAP, que resulta aplicable en lo no regulado en el Estatuto Marco.
- i) Se prevén procedimientos voluntarios para la conversión del personal funcional y laboral (fijo o temporal) en personal estatutario (Disposición Adicional Quinta).
- j) El Estatuto Marco prevé su aplicación obligatoria en los centros e instituciones sanitarias y discrecionalmente en los servicios administrativos de los Servicios de Salud (Disposición Adicional Décima).

5.- En los Servicios de Salud Autonómicos que conforman el Sistema Nacional de Salud existen tres tipos de personal, en atención a la naturaleza y régimen de su vínculo con la Administración Sanitaria.

Hay, así, personal funcional, sometido al régimen jurídico funcional común; personal laboral, sometido al régimen jurídico laboral común; y personal estatutario, sometido a un régimen jurídico funcional especial.

El personal estatutario desempeñará su trabajo en los centros e instituciones sanitarias de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado (antiguo “*territorio Insalud*”) (art. 1.2 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (en adelante, Ley 55/2003), salvo lo dispuesto en las Disposiciones Adicionales Tercera, Sexta y Décima Ley 55/2003.

6.- La Ley 55/2003 no define expresa o directamente al personal estatutario, pero de ella es deducible lo que entiende por tal.

Así, en la Exposición de Motivos se dice que “*la expresión “personal estatutario” deriva directamente de la denominación de los tres estatutos de personal —el estatuto del personal médico, el estatuto del personal sanitario no facultativo y el estatuto del personal no sanitario— de los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social*”.

Y en su art. 1 se señala que “*esta ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conformen el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal*”.

De donde se deduce que el personal estatutario al que se refiere la Ley es aquel personal sometido a una relación funcional especial regulada por el Estatuto Marco y por los estatutos y demás normas estatales o autonómicas de desarrollo.

Se trata, así, a diferencia del personal laboral, de un personal funcional sometido a un régimen jurídico estatutario y no contractual; y, a diferencia del personal funcionario, sometido a un régimen jurídico estatutario especial, pudiendo calificarse de “*funcionarios especiales*”.

El régimen jurídico estatutario funcional se diferencia básicamente del régimen jurídico contractual laboral en cuanto a las fuentes reguladoras de los derechos y obligaciones de las partes. Así, mientras en el primero las normas estatales (el denominado “*Estatuto de los Funcionarios Públicos*”) se encuentran muy desarrolladas, los convenios colectivos tienen un menor desarrollo y no existe la posibilidad de que por acuerdo contractual individual se regulen las condiciones de trabajo; en el segundo las normas estatales (el denominado “*Estatuto de los Trabajadores*”) están menos desarrolladas, los convenios colectivos tienen un mayor desarrollo y el contrato individual posee facultades normativas, si bien limitadas.

Además de lo anterior, sin duda, el concreto régimen jurídico regulador del nacimiento de la relación, de los derechos y obligaciones de las partes y de la extinción de la relación varían notablemente,

aunque se aprecie una cierta tendencia a la unificación normativa de ambas relaciones jurídicas.

La Ley 55/2003 solventa definitivamente la cuestión de la naturaleza jurídica de la relación estatutaria, cuestión que no ha estado siempre clara en la jurisprudencia de los Tribunales, habiendo evolucionado desde una postura interpretativa inicialmente laboralizante hasta la actual postura funcionarizante, manifestando con toda rotundidad que *“la materia relativa al régimen jurídico del personal estatutario al servicio de la Seguridad Social, es materia propia de la función pública, aunque sometida a un tratamiento especial para adecuarla a las peculiaridades que presenta la prestación de servicios sanitarios”* (por todas, SS.TS de 17 de octubre de 1991, Ar/7221 o de 3 de febrero de 1997, Ar/970).

7.- La Ley guarda silencio acerca de la jurisdicción competente para conocer de los conflictos entre este personal estatutario y las Administraciones Sanitarias.

Hasta ahora, *“ex art. 2. p) de la Ley de Procedimiento Laboral”* (*“los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: ...p) Respecto de cualesquiera otras cuestiones que les sean atribuidas por normas con rango de ley”*), venía aplicándose —desde luego, con dudosa legalidad si se tiene en cuenta el posible carácter *“ultra vires”* de la delegación legal—, el art. 45.2 de la Ley General de Seguridad Social (aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), mantenido en vigor expresamente por la actual Ley General de Seguridad Social (aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), donde se establece que *“sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación, la Jurisdicción de Trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal”*.

A partir del Estatuto Marco donde, ciertamente, no se deroga expresamente este precepto, surge la duda razonable acerca de su mantenimiento, dada la expresa declaración legal de reconocimiento de la naturaleza jurídica funcionarial, si bien especial, de la relación que une al personal estatutario con la Administración Sanitaria.

Aunque habrá que esperar, desde luego, a que se manifieste la jurisprudencia de los Tribunales, a mi juicio, la jurisdicción competente sigue siendo la Laboral, y no la contencioso-administrativa, por las mismas razones que antes, esto es, por el mantenimiento de la vigencia del art. 45.2 de la vieja Ley General de Seguridad Social, no derogado —al menos expresamente, siendo muy dudosa la existencia de una derogación implícita dado que la simple calificación expresa de la Ley del carácter funcionarial de la relación en sí mismo no supone algo nuevo respecto de la situación anterior en la que la jurisprudencia la había declarado igualmente—, por el Estatuto Marco.

En todo caso, hay cuestiones de las que resultaba y, hay que pensar, continua siendo competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Así:

1º) En primer lugar, las cuestiones estrictamente organizativas de la Administración Sanitaria (por todas, STS de 30 de marzo de 1992, Ar/3236).

2º) En segundo lugar, la revisión judicial de las pruebas de selección del personal estatutario. Al igual que sucede con el personal laboral al servicio de la Administración Pública, las incidencias que puedan surgir en el proceso de selección son de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (por todas, SS.TS de 5 de noviembre de 1993, Ar/8551 o de 23 de diciembre de 1994, Ar/10503).

En este preciso sentido, la Disposición Adicional Séptima de la derogada Ley 30/1999, de 6 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, establecía que *“las convocatorias de los procedimientos de selección, provisión de plazas y de movilidad a que se refiere esta ley, así como sus bases, la actuación de los tribunales y cuantos actos administrativos se deriven de ellas, podrán ser impugnados por los interesados en los casos y en la forma previstos con carácter general en las normas reguladoras del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa”*. No creo, sin embargo, que su expresa derogación por la Ley 55/2003 vaya a modificar la actual competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en estas materias, por ser un tema pacífico en toda la Administración Pública.

3º) En tercer lugar, respecto de la revisión judicial de las sanciones disciplinarias impuestas al personal estatutario, hasta ahora había que distinguir entre el personal estatutario sanitario, facultativo o no, y el personal estatutario de gestión y servicios.

En efecto, mientras la revisión judicial de las sanciones impuestas al personal estatutario de gestión y servicios era de la competencia jurisdiccional laboral sin mayores problemas (por todas, STS de 11 de mayo de 1998, Ar/4323), respecto de la revisión judicial de las sanciones impuestas al personal estatutario sanitario, por el contrario, venía declarándose la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, basándose para ello en lo dispuesto en los arts. 123 de la L.G.S.S. y 65 y 121 de los estatutos del personal sanitario médico y del personal sanitario no médico, respectivamente, según los cuales la facultad disciplinaria de este personal pertenecía a la autoridad administrativa (Ministerio de Sanidad), cuyos actos son revisables judicialmente por la jurisdicción contencioso-administrativa, “*con independencia de cualquier otra jurisdicción a que aquel esté sujeto en razón de actividades ajenas a la Seguridad Social*” (por todas, SS.TS de 19 de abril o 3 de mayo de 1994, Ar/3251 y 6542).

Esta interpretación jurisprudencial, a mi juicio criticable, entendía que la atribución de la facultad disciplinaria a la autoridad administrativa implicaba una excepción implícita a la atribución de carácter general de la competencia al orden social de la jurisdicción del art. 45 de la L.G.S.S.

Ahora bien, en la medida en que la facultad disciplinaria del personal estatutario en general no viene atribuida ya en el Estatuto Marco al Ministerio de Sanidad, es de suponer que, a partir del mismo, la jurisdicción competente en esta materia será la laboral y no la contencioso-administrativa.

4º) En cuarto lugar, y criticablemente, respecto de la tutela de los derechos de libertad sindical y huelga, el art. 3.a) L.P.L. señala que “*no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: a) De la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho a huelga relativa a los funcionarios públicos y al personal a que se refiere el art. 1.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores*”.

Esta exclusión legal de la competencia de la Jurisdicción Laboral resulta criticable, no sólo porque

va contra el principio de unidad de tratamiento sustantivo que aparece en la LOLS sino, sobre todo, porque en este concreto caso conduce a la peor de las situaciones competenciales posibles: El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conoce de los pleitos sobre libertad sindical y derecho de huelga donde debe aplicarse un derecho sustantivo de clara impronta laboral (la LOLS y su normativa de desarrollo o el RDLRT) y el orden social de la jurisdicción conoce en general de los pleitos del personal estatutario donde se debe aplicar un derecho sustantivo de naturaleza administrativa.

5º) En quinto lugar, en materia de incompatibilidades, y criticablemente también por la artificiosidad de la distinción, existe un reparto de competencias entre la jurisdicción laboral y la contencioso-administrativa. Así, la declaración de compatibilidad/incompatibilidad es de la competencia jurisdiccional contencioso-administrativa, mientras que los efectos de tales declaraciones (las pretensiones de reintegro del puesto de trabajo) son de la competencia de la jurisdicción laboral (por todas, SS.TS de 1 o de 30 de junio de 1993, Ar/5959 y 5966).

6º) En sexto lugar, y criticablemente también, la jurisdicción contencioso-administrativa se declara competente para conocer de los conflictos planteados en materia de negociación colectiva, haciendo una interpretación restrictiva del alcance del art. 45.2 de la LGS (por todas, STS de 29 de abril de 1995, Ar/1523)

6ª) Finalmente, una cuestión discutible es la de si es o no posible plantear un procedimiento judicial conflicto colectivo ante la jurisdicción laboral.

La jurisprudencia lo ha venido admitiendo (por todas, SS.TS de 10 de julio de 1995, Ar/5490 o de 24 de junio de 1996, Ar/5299), con base en la remisión competencial hecha por el art. 45.2 de la L.G.S.S. Ello no obstante, se plantean dudas, dado que ni los Estatutos del personal anteriormente vigentes decían nada sobre estos conflictos colectivos ni tampoco la L.O.R.A.P. lo permite. Con el Estatuto Marco nada ha cambiado, manteniéndose la misma situación anterior y las mismas dudas que antes se planteaban.

8.- En atención a la función desarrollada, la Ley distingue entre dos tipos de personal estatutario:

El “*personal estatutario sanitario*” y el “*personal estatutario de gestión y servicios*”.

Es personal estatutario sanitario “*el que ostenta esta condición en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de una profesión o especialidad sanitaria*” (art. 6.1 Ley 55/2003).

Las profesiones sanitarias vienen reguladas en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, distinguiendo entre las profesiones sanitarias tituladas -de nivel de Licenciado (Medicina, Farmacia, Odontología, Veterinaria y Ciencias de la Salud) y de nivel de Diplomado (Enfermería, Fisioterapia, terapia Ocupacional, Podología, Óptica y Optometría, Logopedia, Nutrición Humana y Dietética y Ciencias de la Salud) (art. 2)-, y los profesionales del área sanitaria de formación profesional -de grado superior (Técnico Superior en Anatomía Patológica y Citología, Dietética, Documentación Sanitaria, Higiene Bucodental, Imagen para el Diagnóstico, Laboratorio de Diagnóstico Clínico, Ortoprotésica, Prótesis Dentales, Radioterapia, Salud Ambiental y Audioprótesis), de grado medio (Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería y Farmacia) y asimilados (art. 10.1 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y la Formación Profesional) (art. 3)-.

Y es personal estatutario de gestión y servicios “quien ostenta tal condición en virtud de nombramiento expedido para el desempeño de funciones de gestión o para el desarrollo de profesiones u oficios que no tengan carácter sanitario” (art. 7.1 Ley 55/2003), tales como el personal técnico (titulado o no) de servicios especiales, de oficio y subalterno (jefes de personal subalterno, celadores, fogoneros, planchadoras, pinches o limpiadoras).

9.- En atención al nivel académico del título exigido para el ingreso, la Ley distingue dentro del personal estatutario las siguientes clases (art. 6.2 Ley 55/2003):

1º) Personal de formación universitaria: Cuando el nombramiento exija una titulación universitaria o un título universitario acompañado de un título de especialista. Habrá así:

- a) Licenciados con título de Especialista en Ciencias de la Salud.

- b) Licenciados sanitarios.
- c) Diplomados con título de Especialista en Ciencias de la Salud.
- d) Diplomados sanitarios.

2º) Personal de formación profesional: Cuando el nombramiento exija una titulación de formación profesional. Habrá así:

- a) Técnicos superiores.
- b) Técnicos.

Paralelamente, en atención también al nivel académico del título exigido para el ingreso, cabe distinguir dentro del personal estatutario de gestión y servicios (art. 7.2 Ley 55/2003):

1º) Personal de formación universitaria: Cuando el nombramiento exija una titulación universitaria. Habrá así:

- a) Licenciados universitarios o personal con título equivalente.
- b) Diplomados universitarios o personal con título equivalente.

2º) Personal de formación profesional: Cuando el nombramiento exija una titulación de formación profesional. Habrá así:

- a) Técnicos superiores o personal con título equivalente.
- b) Técnicos o personal con título equivalente.

3º) Otro personal: Cuando el nombramiento exija la certificación acreditativa de los años cursados y de las calificaciones obtenidas en la Educación Secundaria Obligatoria o un título o certificado equivalente.

10.- En atención al tipo de nombramiento, la Ley distingue entre personal estatutario fijo y personal estatutario temporal.

El “*personal estatutario fijo*” es el que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento deriven (art. 8 Ley 55/2003).

El “*personal estatutario temporal*” es el que, “*por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal,*

coyuntural o extraordinario” obtiene un nombramiento de carácter temporal (art. 9.1 Ley 55/2003).

Estos nombramientos temporales podrán ser de tres clases (art. 9.1 Ley 55/2003):

1ª) Personal interino: Para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, “*cuando sea necesario atender las correspondientes funciones*”, en tanto se incorpore el personal estatutario fijo por el procedimiento legal o reglamentariamente de provisión de plazas (selección de personal, promoción interna, movilidad del personal o reingreso al servicio activo) o se amortice la plaza (art. 9.2 Ley 55/2003).

2ª) Personal eventual: En los tres supuestos siguientes (art. 9.3 Ley 55/2003):

a) Cuando se trate de “*la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria*”.

Pese a la ambigua terminología utilizada, a mi juicio, este supuesto comprendería, a la vez, los que en el Estatuto de los Trabajadores se conocen como “*contratos para la realización de obra o servicio determinados*” (art. 15.1.a) ET) y como contratos eventuales “*cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aún tratándose de la actividad normal de la empresa*” (art. 15.1.b) ET).

b) Cuando “*sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios*”.

En mi opinión, este supuesto -que tiene su antecedente en “*la cobertura de la atención continuada*” a que se refería la Ley 30/1999 de 5 de octubre, podría venir referido a las necesidades provocadas por las jornadas complementarias (las antiguas “*guardias*”), a que se refiere el art. 48 de la Ley, de aquellos trabajadores que vinieran exceptuados de la obligación de realizarlas.

Así, por ejemplo, en el caso de las mujeres embarazadas o durante el periodo de lactancia. En todo caso la enorme indeterminación y ambigüedad del supuesto legal permite un margen de discrecionalidad en la actuación de la Administración Sanitaria de muy difícil control jurisdiccional, como sucedería en el caso de que no crease las nuevas plazas necesarias y tratase de solucionar el exceso de trabajo de la plantilla nombrando personal eventual.

c) Para la “*prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria*”.

Este supuesto viene referido al nombramiento de personal para cubrir las reducciones de la jornada ordinaria de trabajo de aquellas personas con derecho a ellas. Así, en los casos previstos en el art. 60.4 de la Ley, referidos a reducciones de jornada aplicables a los funcionarios públicos en la correspondiente Comunidad Autónoma para la conciliación de la vida laboral y familiar (por ejemplo, por nacimiento de hijos o cuidado de familiares o por lactancia de los hijos).

Los nombramientos de carácter eventual podrán ser de duración incierta -en cuyo caso cesará el personal estatutario eventual “*cuando se produzca la causa*” o “*cuando se suprimen las funciones que en su día lo motivaron*”-, o de duración determinada— en cuyo caso se acordará el cese del personal estatutario eventual “*cuando venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento*”.

Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un periodo de dos años, “*procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro*”.

De todo lo cual se deduce una gran discrecionalidad en los nombramientos de carácter temporal por parte de la Administración Sanitaria, debido a la criticable falta de límites, ya sean causales (falta de especificidad de las causas), ya sean temporales (falta de un límite máximo de duración), lo que sin duda propiciará el fraude en los nombramientos de este tipo de personal, estableciéndose por toda limitación la procedencia de “*un estudio valorativo de la necesidad, en su caso, de crear una plaza estructural en la plantilla del centro*”, lo que no es, ciertamente, mucho en este sentido.

3ª) Personal sustituto: Cuando resulte necesario atender las funciones del personal estatutario, fijo o temporal, durante las vacaciones, los permisos y demás ausencias de carácter temporal que componen reserva de plaza (art. 9.4 Ley 55/2003).

Cesará el personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a quien sustituye o pierda ésta su derecho de reserva de plaza (art. 9.4 Ley 55/2003).

La Ley acaba, así, con la jurisprudencia interpretativa anterior según la cual, en el caso de pérdida del derecho de reserva de plaza del sustituido sin reincorporación, el sustituto se convertía automáticamente en personal interino (por todas, SS.TS de 7 de mayo y de 19 de octubre de 1999, Ar/6439 y 9413).

11.- Al personal estatutario temporal le será aplicable, “*en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición*”, el régimen general del personal estatutario fijo (art. 9.5 Ley 55/2003).

12.- La Ley prevé que los Servicios de Salud Autonómicos podrán nombrar personal emérito de acuerdo con las siguientes bases (Disposición Adicional Cuarta Ley 55/2003):

- a) Con carácter excepcional.
- b) Solo entre licenciados sanitarios jubilados. Quedan excluidos los diplomados sanitarios, y el personal sanitario de formación profesional, así como el personal estatutario de gestión y servicios.
- c) Cuando los méritos relevantes de su currículo profesional así lo aconsejen.
- d) Las actividades a desempeñar por el personal emérito serán de “*consultoría, informe y docencia*”.

Nada se dice en la Ley 55/2003 acerca del régimen jurídico (tiempo de trabajo, derechos y deberes, etc.) de este personal sanitario emérito, debiendo estar a lo que establezcan libremente los estatutos y demás normas de desarrollo de esta Ley de carácter estatal o autonómico, en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 3 Ley 55/2003). Tan sólo se establecen dos cosas en la Ley (art. 77.3 Ley 55/2003):

- a) La percepción de la pensión de jubilación por un Régimen Público de Seguridad Social será compatible con la situación del personal emérito.
- b) Las retribuciones del personal emérito, sumadas a su pensión de jubilación, no podrán superar en cómputo anual las retribuciones que el interesado percibía antes de su jubilación.

13.- Las disposiciones de la Ley 55/2003 son de aplicación al personal estatutario del Instituto Social de la Marina, que resulta equiparado a estos efectos el personal estatutario de los Servicios de Salud (Disposición Adicional Undécima Ley 55/2003).

La presente equiparación del personal del Instituto Social de la Marina al personal estatutario de los Servicios de Salud plantea el problema de saber si la aplicación del Estatuto Marco supondrá o no la movilidad del personal en la doble dirección, esto es, del personal de los Servicios de salud al Instituto Social de la Marina y del personal de éste a los Servicios de Salud. A mi juicio, la genericidad de la equiparación legal efectuada (“*las disposiciones de esta Ley serán aplicables al personal estatutario del Instituto Social de la Marina*”) permite llegar a esta conclusión.

14.- El personal militar que preste sus servicios en los centros, establecimientos y servicios sanitarios integrados en la red sanitaria militar se rige por sus disposiciones específicas, sin que le sean de aplicación las disposiciones de la Ley 55/2003 (Disposición Adicional Decimotercera.1 Ley 55/2003).

Ello no obstante, el Ministerio de Defensa podrá acordar con el Ministerio de Sanidad y Consumo los requisitos y procedimientos para posibilitar la utilización recíproca de la información contenidas en los registros de personal correspondientes a los centros y servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud y de la Red Sanitaria Militar (Disposición Adicional Décimotercera.2 Ley 55/2003).

15.- Lo previsto en el Estatuto Marco será de aplicación al personal sanitario funcionario y laboral que preste sus servicios en los centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencia del Insalud (por ejemplo, el personal funcionario del Servicio de Salud Navarro o el personal laboral del Servicio de Salud Catalán), “*en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los conve-*

nios colectivos aplicables al personal laboral de cada comunidad autónoma” (art. 2.3 Ley 55/2003).

Hay en este precepto, sin duda, una clara voluntad del legislador de unificar los tratamientos normativos de todos los tipos de personal convirtiéndolos en personal estatutario hasta donde sea posible, pero sin forzar ni la libertad de las Comunidades Autónomas para dictar la normativa complementaria del Estatuto del personal funcionario ni la autonomía colectiva del personal laboral.

Por lo demás, desde la perspectiva estrictamente jurídica, se trata, a nuestro juicio, de una norma perfectamente inútil por cuanto la aplicación del Estatuto Marco al personal sanitario funcionario y laboral se hace lógicamente depender, como no podía ser de otra manera, de que su propia normativa funcionarial o laboral (los convenios colectivos aplicables) así lo prevea expresamente y con el límite de su normativa específica de aplicación. De no haberse establecido, ocurriría exactamente lo mismo.

16.- La Ley 55/2003, con la doble finalidad de homogeneizar las relaciones de empleo del personal de los distintos servicios de salud y de mejorar la eficacia en la gestión sanitaria, establece que las Administraciones Sanitarias Públicas, *“podrán establecer”* procedimientos para la integración directa, si bien *“con carácter voluntario”*, en la condición de personal estatutario, fijo o temporal, en la categoría, titulación y modalidad equivalente que correspondan, del personal laboral, fijo o temporal, y del personal funcionario, de carrera o interino, que presten su trabajo en estos servicios de salud (Disposición Adicional Quinta Ley 55/2003).

La voluntariedad de estos procesos de integración estatutario del personal funcionarial o laboral de los distintos Servicios de Salud Autonómicos queda así garantizada tanto del lado de las Administraciones Sanitarias como del lado del personal.

17.- La normativa aplicable al personal estatutario de los Servicios de Salud será la siguiente (arts. 1, 2.2 y 3 Ley 55/2003):

- a) El Estatuto Marco, aprobado por la Ley 55/2003.
- b) Los estatutos y demás normas de desarrollo del Estatuto Marco, del Estado y de las Co-

munidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias.

- c) Los pactos y acuerdos colectivos a que se refiere el Capítulo XIV de la Ley 55/2003 (arts. 78 a 80). La entrada en vigor del Estatuto Marco no supondrá la modificación o derogación de los pactos y acuerdos colectivos vigentes en aquellos aspectos que no se opongan o contradigan lo establecido en el mismo (Disposición Derogatoria Única, Ley 55/2003).
- d) Como derecho supletorio, en lo no previsto en las normas anteriores, serán aplicables *“las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente”*, esto es, del régimen jurídico estatutario de los funcionarios públicos. Así, respecto del personal estatutario del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ceuta y Melilla, la Organización Nacional de Transplantes y el Centro Nacional de Dosimetría de Valencia), la normativa estatal de funcionarios y, respecto del personal estatutario de los distintos Servicios de Salud Autonómicos, las bases estatales del Estatuto de la Función Pública y las normas autonómicas sobre función pública.

La Ley deja, pues, muy claro el carácter funcionarial de la relación estatutaria, despejando de una vez el largo proceso jurisprudencial anterior que dudaba entre aplicar supletoriamente a este personal el Estatuto General de los funcionarios públicos o el Estatuto de los Trabajadores. Al tratarse de una relación funcionarial especial, en caso de laguna del Estatuto Especial se aplicará el Estatuto General de los funcionarios públicos, sin que resulte posible aplicar supletoriamente en ningún caso la normativa laboral dada la incomunicabilidad existente entre ambos regímenes jurídicos.

18.- El Estatuto Marco regulado en la Ley 55/2003 tiene la consideración de *“normativa básica”* a los efectos del cumplimiento del reparto de funciones normativas entre Estado y Comunidades Autónomas establecido en el art. 149.1.18 de la Constitución Española (en adelante, C.E.).

Así viene señalado en la Exposición de Motivos de la Ley en dos pasajes (*“tal es el objetivo que afronta esta Ley, a través del establecimiento de las normas básicas relativas a este personal y mediante la aprobación de su Estatuto Marco, todo ello conforme a las previsiones del artículo 149.1.18 de la*

Constitución Española” y, más tarde, “*por ello, y de acuerdo con las previsiones del artículo 149.1.18 de la Constitución Española, las normas de esta Ley constituyen las bases del régimen estatutario de este personal de los Servicios de Salud*”) y afirmado expresamente en el art. 3 cuando señala que “*en desarrollo de la normativa básica contenido en esta Ley, el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán los Estatutos y demás normas aplicables al personal estatutario de cada Servicio de Salud*” y, más adelante, en la Disposición Final Primera de la misma, donde se establece que “*las disposiciones de esta Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, por lo que las mismas constituyen bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación*”.

Tan solo se excluyen del carácter básico, la Disposición Adicional Segunda, en cuanto al personal laboral de los centros sanitarios a los que se refiere, y la Disposición Transitoria Primera, que se dictan al amparo del artículo 149.1.7ª de la Constitución y, por ello, de competencia normativa exclusiva del Estado, en cuanto a legislación y reglamentación (Disposición Final Primera. 3 Ley 55/2003).

La Disposición Adicional Segunda es, además, base de la sanidad, dictándose también al amparo del art. 149.1.16 de la C.E. (Disposición Final Primera.2 Ley 55/2003).

En todo caso, pese a tratarse de una norma básica, la Ley 54/2003 se remite expresamente al desarrollo normativo estatal o autonómico en múltiples ocasiones.

20.- Para la elaboración de los estatutos y demás normas de desarrollo del estatuto Marco, “*cuyas propuestas serán objeto de negociación en las mesas correspondientes en los términos establecidos en el Capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*” (en adelante, L.O.R.A.P.), los órganos en cada caso competentes habrán de tomar en consideración (art. 3 Ley 55/2003):

a) Los principios y criterios de ordenación del régimen estatutario establecidos en el art. 4 de la Ley.

b) Las peculiaridades propias del ejercicio de las profesiones sanitarias.

c) Las características organizativas de cada servicio de salud y de sus diferentes centros e instituciones.

21.- La ordenación del régimen del personal estatutario de los Servicios de Salud se rige por los siguientes principios y criterios (art. 4 Ley 55/2003):

- a) Sometimiento pleno a la ley y el derecho.
- b) Igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la condición de personal estatutario.
- c) Estabilidad en el empleo y en el mantenimiento de la condición de personal estatutario fijo.
- d) Libre circulación del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.
- e) Responsabilidad en el ejercicio profesional y objetividad como garantías de la competencia e imparcialidad en el desempeño de las funciones.
- f) Planificación eficiente de las necesidades de recursos y programación periódica de las convocatorias.
- g) Integración en el régimen organizativo y funcional del servicio de salud y de sus centros e instituciones.
- h) Incorporación de los valores de integridad, neutralidad, transparencia en la gestión, deontología y servicio al interés público y a los ciudadanos, tanto en la actuación profesional como en las relaciones con los usuarios.
- i) Dedicación prioritaria al servicio público y transparencia de los intereses y actividades privadas como garantía de dicha preferencia.
- j) Coordinación, cooperación y mutua información entre las Administraciones sanitarias públicas.
- k) Participación de las organizaciones sindicales en la determinación de las condiciones de trabajo, a través de la negociación en las mesas correspondientes.

22.- Los respectivos Servicios de Salud Autonómicos “*podrán establecer*” —con plena discre-

cionalidad, por tanto—, la aplicación del régimen estatutario previsto en la Ley 55/2003 a las estructuras administrativas y de gestión de los mismos (Disposición Adicional Décima Ley 55/2003).

Así pues, mientras el régimen estatutario de la Ley 55/2003 será obligatoriamente aplicable en los centros e instituciones sanitarias de los Servicios de Salud, su aplicación en los servicios administrativos de estos últimos dependerá de cada Servicio de Salud. Y, en el caso de decidir su no aplicación, el personal estatutario, sanitario o de gestión y servicios, no podrá acceder a los puestos ubicados en estos servicios administrativos.

23.- La Disposición Derogatoria Única de la Ley 55/2003 establece genéricamente que quedan derogados o se considerarán, en su caso, inaplicables al personal estatutario de los servicios de salud, “*cuantas disposiciones se opongan o contradigan a lo dispuesto en esta Ley*” y específicamente, los siguientes:

- a) El apartado 1 del artículo 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- b) El Real Decreto Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud, y las disposiciones y acuerdos que lo complementan y desarrollan.
- c) La Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los servicios de salud.
- d) El Real Decreto Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.
- e) El Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, y las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan.
- f) El Estatuto de personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social aprobado por la Orden de 26 de abril de 1973, con excepción de su artículo 151, así como las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan.
- g) El Estatuto de personal no sanitario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social aprobado por la Orden de 5 de julio de 1971, y las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan.

24.- La Ley 55/2003 entró en vigor con carácter general el 18 de diciembre de 2003 (Disposición Final Tercera Ley 55/2003).

No obstante su entrada en vigor con carácter general el día 18 de diciembre de 2003 y lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única, la propia Ley 55/2003 establece su aplicación paulatina respecto de determinadas disposiciones. Así:

- a) La jornada de trabajo al personal en formación mediante residencia (Disposición Transitoria Primera Ley 55/2003).
- b) La equiparación a los grupos de clasificación de los funcionarios públicos (Disposición Transitoria Segunda Ley 55/2003).
- c) El personal de cupo y zona (Disposición Transitoria Tercera Ley 55/2003).
- d) La adaptación al nuevo sistema de situaciones (Disposición Transitoria Cuarta Ley 55/2003).
- e) Las convocatorias en tramitación (Disposición Transitoria Quinta Ley 55/2003).
- f) Las retribuciones básicas y complementarias (Disposición Transitoria Sexta. 1.a) Ley 55/2003).
- g) Las categorías profesionales y funciones del personal estatutario (Disposición Transitoria Sexta. 1.b) Ley 55/2003).
- h) Las normas sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas (Disposición Transitoria Sexta. 1.c) Ley 55/2003).
- i) Las prestaciones de carácter social (Disposición Transitoria Sexta. 1.D) Ley 55/2003).
- j) Las jornadas especiales (Disposición Transitoria Sexta. 2 Ley 55/2003).
- k) La jubilación (Disposición Transitoria Séptima Ley 55/2003).

RETOS INMEDIATOS EN SANIDAD: LA ATENCION SOCIOSANITARIA

Emilio Herrera Molina

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

INTRODUCCIÓN, LEY DE COHESIÓN Y CALIDAD DEL SNS.

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

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

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

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

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

EL MODELO DE ATENCIÓN SOCIO-SANITARIA

CONCEPTOS: ATENCIÓN SOCIOSANITARIA Y CENTROS SOCIOSANITARIOS.

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

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

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

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

INTERROGANTES OBLIGADOS

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

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

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

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

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

DEFINIENDO EL MODELO

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

DETERMINANDO EL ESPACIO SOCIOSANITARIO

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

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

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

a. Enfermedades crónicas progresivas:

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

d. Enfermedad mental:

e. Discapacidades físicas y sensoriales:

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

- Déficits sensoriales severos

f. Psicogeriatría y discapacidades psíquicas o intelectuales:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RESPUESTAS ORGANIZATIVAS NECESARIAS

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

ACCIONES ESPECÍFICAS NECESARIAS DESDE LOS SECTORES SOCIAL Y SANITARIO.

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

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

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

CLAVES ESTRATÉGICAS

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

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

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

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

RETOS Y DIFICULTADES DEL SISTEMA ACTUAL

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

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

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

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

-Centros socio-sanitarios:

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

-El personal:

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

-Los servicios:

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

Definición de procesos:

- Definición de procesos intersectoriales y vinculación.

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

-El sistema de información:

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

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

-Implicación ciudadana:

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

MARCO LEGAL BÁSICO

CON CARÁCTER GENERAL

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

DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

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

DE CARÁCTER LOCAL

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

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

LA OBJECION DE CONCIENCIA DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

Juan Luis Beltrán Aguirre

1. Concepto y encuadramiento.

Desde la óptica del Derecho Constitucional, del Eclesiástico y de la Filosofía del Derecho los tratadistas se inclinan por incluir la objeción de conciencia dentro de la libertad ideológica y religiosa y, concretamente, dentro de la libertad de conciencia, que es parte de la libertad ideológica. Y desde esta posición entienden por objeción de conciencia el derecho a comportarse de acuerdo con el dictamen de la conciencia, cuando este dictamen entra en conflicto con un deber jurídico. Así pues, en lo que aquí nos importa, la objeción de conciencia del profesional sanitario consistiría en la negativa a realizar, por motivos éticos o religiosos, determinados actos -prestaciones sanitarias- que le son jurídicamente exigibles¹.

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

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

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

2. Regulación jurídica.

A. Legislación europea.

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

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

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

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

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

C. Códigos Deontológicos.

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

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

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

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

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

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

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

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

A. conformación legal y jurisprudencial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Aproximación a la naturaleza del derecho.

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

a) Es un derecho constitucional no fundamental de configuración legal. Es una concreción implícita del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, pero necesitado de regulación legal para su ejercicio. De ahí que no sea propiamente un derecho fundamental⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A título meramente indicativo pueden enumerarse actualmente los siguientes:

- El aborto, en las tres modalidades legalizadas.

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

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

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

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

- Producción de fármacos con finalidades abortivas, etc.

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

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

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

- Fertilización in vitro y procreación asistida.

- Algunos trasplantes de órganos.

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

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

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

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

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

A. Profesionales sanitarios.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Administraciones sanitarias.

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

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

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

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

A. Panorama actual.

Ya hemos constatado la total ausencia de regulación jurídica de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario. En estos momentos, no disponemos de norma estatal⁹ o autonómica alguna que aborde la regulación de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, ni tan siquiera de manera parcial. Como hemos visto, alguna ley autonómica hace una sucinta y esporádica alusión a la objeción de conciencia en el concreto ámbito de las voluntades anticipadas, pero nada más.¹⁰ De otro lado, tenemos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce la objeción de conciencia, pero remite a legislador ordinario de cada Estado miembro la regulación de su ejercicio.

Esta situación de total vacío normativo ciertamente no es deseable pues la objeción de conciencia, como hemos constatado, se está extendiendo a muchos otros ámbitos clínicos y de investigación¹¹, por lo que se hace muy conveniente la existencia de una regulación que la delimite convenientemente y la encauce estableciendo los procedimientos para hacerla efectiva. No se me oculta la dificultad de abordar globalmente tal regulación, pero es necesaria. Así lo ha declarado el propio Tribunal Constitucional. Disponer de esa regulación aportará la seguridad jurídica de que tan necesitada está su ejercicio.

B. Rango normativo.

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

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

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

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

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

C. Contenidos mínimos de la regulación.

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

1. Conceptuación de la objeción de conciencia.

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

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

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

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

6. Procedimiento.

7. Renuncias, incumplimientos, etc.

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

CONCLUSIONES SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Procedimiento para su ejercicio.

- Renuncias, incumplimientos, etc.

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

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

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

Esquema, en forma de sorites:

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

I. INTRODUCCIÓN.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

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

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

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

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

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

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

(../..)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. CUÁNDO SON NECESARIOS LOS ESTUDIOS OBSERVACIONALES.

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

A) ENSAYO CLÍNICO INNECESARIO.

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

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

B) ENSAYO CLÍNICO INAPROPIADO.

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

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

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

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

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

C) ENSAYO CLÍNICO IMPOSIBLE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A) EJEMPLO DE ESTUDIO DENEGABLE A LA SOLICITUD DE UN PROMOTOR DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA¹

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

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

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

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

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

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

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

A: Responsables de Comunidades Autónomas de Estudios Observacionales

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

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

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

A) LOS PROFESIONALES SANITARIOS TIENEN OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA, DOCENCIA E INVESTIGACIÓN².

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

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

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

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

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

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

Podría concebirse como que el investigador, con su participación, podría estar realizando una actividad profesional ajena a su actividad pública como personal estatutario o funcionario, por lo que su remuneración estaría previamente sujeta a obtener la compatibilidad para hacer una actividad privada compatible con el ejercicio público de su plaza. Tal interpretación proviene de seguir la veta de la Ley 53/1984³ de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que en su artículo 14º señala que: “*el ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las administraciones públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad*”. Los artículos 6º y 16º.3, puestos en relación, concluyen que “*(...) excepcionalmente se podrá autorizar la compatibilidad para el ejercicio de actividades de investigación de carácter no permanente o de asesoramiento, que no correspondan a las funciones del personal adscrito (...)*”.

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

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

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

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

VI. CONCLUSIONES.

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

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

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

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

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

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

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

Manuel Pérez Piñas.

1. Introducción.

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

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

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

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

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

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

No obstante, la naturaleza de la razón que pesa sobre la decisión de la Administración al suscribir un contrato que asegure su responsabilidad patrimonial es, como acertadamente sostiene BUSTO LAGO¹, de gestión presupuestaria, “...y ello porque las primas de seguros de responsabilidad civil, por elevadas que éstas puedan ser, son presupuestariamente previsibles, mientras que asumir el riesgo que supone el soportar directamente el pago de las indemnizaciones a las que haya de hacerse frente en virtud de los daños que resulten imputables a la Administración de que se trate introduce factores imprevisibles sólo cuantificables estadísticamente”.

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

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

las reglas de los contratos administrativos y a los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial.²

Precisamente, hemos asistido como espectadores a esta consolidada realidad, observando cómo se ha producido un inadecuado trasvase del esquema de la responsabilidad civil extracontractual³ (y del contrato de seguro que viene a cubrir el citado riesgo) a la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando ambos institutos, aunque tengan una razón filosófica coincidente, se inspiran en principios y se regulan en regímenes jurídicos bien distintos, no siendo indiferente, a mi juicio, el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por mucho que gran parte de la doctrina civil siga insistiendo en que responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad patrimonial son una misma cosa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Como conclusión, se hace necesaria una regulación jurídica específica de los contratos de seguro a celebrar por las administraciones públicas para cubrir la responsabilidad patrimonial, atendiendo, en la medida de lo posible, al giro o tráfico de aquéllas o estableciendo, como expone GAMERO CASADO⁵ diferentes regímenes jurídicos, según la materia, regulación que debe contemplar la regulación jurídica adjetiva y sustancial de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

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

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

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

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

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

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

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

Como señala HUERGO⁶, la reforma era necesaria para corregir la doctrina de la Sala Especial de Conflictos, pero puede ser desproporcionada, pues ya existía la posibilidad de reunir en un mismo proceso contencioso-administrativo a la Administración y a su asegurador. No obstante, el mismo autor llega a la conclusión, que no comparto, de que la reforma no supone ni la creación de un litisconsorcio pasivo necesario, ni impide al particular demandar sólo al asegurador ante los Tribunales civiles.

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

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

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

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

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

CONCLUSIONES DE LA MESA DE TRABAJO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DESARROLLO AUTONÓMICO DEL ESTATUTO MARCO

José Luis Ruiz Ciruelos

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

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

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

¿Hay que aprobar estatutos autonómicos?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿Galones para uno, Dinero para todos?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DESARROLLO AUTONÓMICO DEL ESTATUTO MARCO

Lourdes Ruiz-Cabello Jiménez.

Letrada Coordinadora de Asuntos Consultivos.

(Subdirección de Asesoría Jurídica del Servicio Andaluz de Salud)

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

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

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

ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA EN CENTROS CONCERTADOS:

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

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

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

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

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

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

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

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

orden o indicaciones de tratamiento por la Administración.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LA OBJECION DE CONCIENCIA DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

Juan Luis Beltrán Aguirre

1. Concepto y encuadramiento.

Desde la óptica del Derecho Constitucional, del Eclesiástico y de la Filosofía del Derecho los tratadistas se inclinan por incluir la objeción de conciencia dentro de la libertad ideológica y religiosa y, concretamente, dentro de la libertad de conciencia, que es parte de la libertad ideológica. Y desde esta posición entienden por objeción de conciencia el derecho a comportarse de acuerdo con el dictamen de la conciencia, cuando este dictamen entra en conflicto con un deber jurídico. Así pues, en lo que aquí nos importa, la objeción de conciencia del profesional sanitario consistiría en la negativa a realizar, por motivos éticos o religiosos, determinados actos -prestaciones sanitarias- que le son jurídicamente exigibles¹.

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

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

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

2. Regulación jurídica.

A. Legislación europea.

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

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

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

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

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

C. Códigos Deontológicos.

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

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

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

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

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

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

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

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

A. conformación legal y jurisprudencial.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Aproximación a la naturaleza del derecho.

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

a) Es un derecho constitucional no fundamental de configuración legal. Es una concreción implícita del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, pero necesitado de regulación legal para su ejercicio. De ahí que no sea propiamente un derecho fundamental⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A título meramente indicativo pueden enumerarse actualmente los siguientes:

- El aborto, en las tres modalidades legalizadas.

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

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

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

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

- Producción de fármacos con finalidades abortivas, etc.

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

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

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

- Fertilización in vitro y procreación asistida.

- Algunos trasplantes de órganos.

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

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

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

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

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

A. Profesionales sanitarios.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Administraciones sanitarias.

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

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

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

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

A. Panorama actual.

Ya hemos constatado la total ausencia de regulación jurídica de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario. En estos momentos, no disponemos de norma estatal⁹ o autonómica alguna que aborde la regulación de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, ni tan siquiera de manera parcial. Como hemos visto, alguna ley autonómica hace una sucinta y esporádica alusión a la objeción de conciencia en el concreto ámbito de las voluntades anticipadas, pero nada más.¹⁰ De otro lado, tenemos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce la objeción de conciencia, pero remite a legislador ordinario de cada Estado miembro la regulación de su ejercicio.

Esta situación de total vacío normativo ciertamente no es deseable pues la objeción de conciencia, como hemos constatado, se está extendiendo a muchos otros ámbitos clínicos y de investigación¹¹, por lo que se hace muy conveniente la existencia de una regulación que la delimite convenientemente y la encauce estableciendo los procedimientos para hacerla efectiva. No se me oculta la dificultad de abordar globalmente tal regulación, pero es necesaria. Así lo ha declarado el propio Tribunal Constitucional. Disponer de esa regulación aportará la seguridad jurídica de que tan necesitada está su ejercicio.

B. Rango normativo.

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

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

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

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

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

C. Contenidos mínimos de la regulación.

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

1. Conceptuación de la objeción de conciencia.

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

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

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

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

6. Procedimiento.

7. Renuncias, incumplimientos, etc.

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

CONCLUSIONES SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Procedimiento para su ejercicio.

- Renuncias, incumplimientos, etc.

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

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

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

Esquema, en forma de sorites:

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

I. INTRODUCCIÓN.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

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

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

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

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

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

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

(../..)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. CUÁNDO SON NECESARIOS LOS ESTUDIOS OBSERVACIONALES.

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

A) ENSAYO CLÍNICO INNECESARIO.

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

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

B) ENSAYO CLÍNICO INAPROPIADO.

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

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

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

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

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

C) ENSAYO CLÍNICO IMPOSIBLE.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A) EJEMPLO DE ESTUDIO DENEGABLE A LA SOLICITUD DE UN PROMOTOR DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA¹

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

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

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

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

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

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

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

A: Responsables de Comunidades Autónomas de Estudios Observacionales

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

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

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

A) LOS PROFESIONALES SANITARIOS TIENEN OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA, DOCENCIA E INVESTIGACIÓN².

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

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

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

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

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

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

Podría concebirse como que el investigador, con su participación, podría estar realizando una actividad profesional ajena a su actividad pública como personal estatutario o funcionario, por lo que su remuneración estaría previamente sujeta a obtener la compatibilidad para hacer una actividad privada compatible con el ejercicio público de su plaza. Tal interpretación proviene de seguir la veta de la Ley 53/1984³ de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que en su artículo 14º señala que: “*el ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las administraciones públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad*”. Los artículos 6º y 16º.3, puestos en relación, concluyen que “*(...) excepcionalmente se podrá autorizar la compatibilidad para el ejercicio de actividades de investigación de carácter no permanente o de asesoramiento, que no correspondan a las funciones del personal adscrito (...)*”.

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

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

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

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

VI. CONCLUSIONES.

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

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

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

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

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

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

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

Manuel Pérez Piñas.

1. Introducción.

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

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

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

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

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

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

No obstante, la naturaleza de la razón que pesa sobre la decisión de la Administración al suscribir un contrato que asegure su responsabilidad patrimonial es, como acertadamente sostiene BUSTO LAGO¹, de gestión presupuestaria, “...y ello porque las primas de seguros de responsabilidad civil, por elevadas que éstas puedan ser, son presupuestariamente previsibles, mientras que asumir el riesgo que supone el soportar directamente el pago de las indemnizaciones a las que haya de hacerse frente en virtud de los daños que resulten imputables a la Administración de que se trate introduce factores imprevisibles sólo cuantificables estadísticamente”.

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

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

las reglas de los contratos administrativos y a los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial.²

Precisamente, hemos asistido como espectadores a esta consolidada realidad, observando cómo se ha producido un inadecuado trasvase del esquema de la responsabilidad civil extracontractual³ (y del contrato de seguro que viene a cubrir el citado riesgo) a la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando ambos institutos, aunque tengan una razón filosófica coincidente, se inspiran en principios y se regulan en regímenes jurídicos bien distintos, no siendo indiferente, a mi juicio, el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración, por mucho que gran parte de la doctrina civil siga insistiendo en que responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad patrimonial son una misma cosa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Como conclusión, se hace necesaria una regulación jurídica específica de los contratos de seguro a celebrar por las administraciones públicas para cubrir la responsabilidad patrimonial, atendiendo, en la medida de lo posible, al giro o tráfico de aquéllas o estableciendo, como expone GAMERO CASADO⁵ diferentes regímenes jurídicos, según la materia, regulación que debe contemplar la regulación jurídica adjetiva y sustancial de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

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

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

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

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

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

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

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

Como señala HUERGO⁶, la reforma era necesaria para corregir la doctrina de la Sala Especial de Conflictos, pero puede ser desproporcionada, pues ya existía la posibilidad de reunir en un mismo proceso contencioso-administrativo a la Administración y a su asegurador. No obstante, el mismo autor llega a la conclusión, que no comparto, de que la reforma no supone ni la creación de un litisconsorcio pasivo necesario, ni impide al particular demandar sólo al asegurador ante los Tribunales civiles.

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

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

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

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

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

CONCLUSIONES DE LA MESA DE TRABAJO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DESARROLLO AUTONÓMICO DEL ESTATUTO MARCO

José Luis Ruiz Ciruelos

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

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

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

¿Hay que aprobar estatutos autonómicos?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿Galones para uno, Dinero para todos?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DESARROLLO AUTONOMICO DEL ESTATUTO MARCO

Lourdes Ruiz-Cabello Jiménez.

Letrada Coordinadora de Asuntos Consultivos.

(Subdirección de Asesoría Jurídica del Servicio Andaluz de Salud)

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

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

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

ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA EN CENTROS CONCERTADOS:

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

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

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

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

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

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

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

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

orden o indicaciones de tratamiento por la Administración.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSIONES XIII CONGRESO DERECHO Y SALUD

MESA 1: EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SANITARIAS. LA ACCIÓN DIRECTA

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

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

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

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

2ª Con respecto al papel de las compañías aseguradoras en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, los asistentes consideran que sólo les cabe

una intervención pasiva, en el sentido de que no se puede negar su derecho a recibir información de todas las incidencias que se puedan generar (obligación esencial del tomador del seguro) y de las decisiones que adopte la Administración que determinen su obligación de hacerse cargo del riesgo asegurado.

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

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

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

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

La acción directa que la Ley 50/1980 prevé en su artículo 76 pugna con el bloque normativo que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero es

que, además, la configuración legal de la aseguradora de la Administración como codemandada en el recurso contencioso-administrativo, impide actualmente el ejercicio de la acción directa.

Aseguramiento de centros públicos y privados: Autoaseguramiento o aseguramiento con mercantiles aseguradoras, estabilidad presupuestaria.

Debe destacarse ante todo, la alta participación de los asistentes a una mesa de trabajo que suscitó un enorme interés y provocó un fructífero debate sobre la oportunidad de los seguros de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas sanitarias, las diferentes experiencias habidas tanto en la Administración General del Estado, como en diferentes Comunidades Autónomas.

Como principales conclusiones, apuntamos algunas líneas del debate que se estableció, y en que quedaron patentes ciertas preocupaciones y se hicieron las siguientes reflexiones:

1ª Se pusieron de manifiesto dudas sobre la efectividad y necesidad de la actividad del seguro privado en las administraciones públicas. Se apuntó como alternativa la técnica del autoseguro a través de la provisión presupuestaria de créditos suficientes para hacer frente a posibles indemnizaciones. Se adujo en contrario las dificultades de conciliación con las normas presupuestarias de estas técnicas, y lo costoso en términos no sólo económicos sino incluso políticos de hacer frente mediante créditos extraordinarios o suplementos de créditos a las indemnizaciones derivadas de eventos catastróficos que se salgan de la media normal de indemnizaciones. En este sentido, debe valorarse que el acceso a los seguros privados para la cobertura de ciertos riesgos sanitarios supone una ventaja por cuanto se consigue conjurar la posibilidad de incumplir la normativa sobre estabilidad presupuestaria por la asunción de la obligación de indemnizar ante la existencia de una determinada responsabilidad patrimonial no prevista en los presupuestos de la administración.

2ª Igualmente se debatieron las causas de la falta de concurrencia de licitadores en los concursos de seguros de responsabilidad patrimonial sanitaria en el ámbito de las administraciones públicas. Se apuntaron varias causas. En primer lugar, la dificultad de las aseguradoras de encontrar reaseguros cada vez más caros para cubrir este tipo de contingencias. En segundo lugar se puso de manifiesto la dificultad y lo oneroso que resulta a las compañías aseguradoras privadas el mantenimiento de la dotación de reservas para cubrir los riesgos asegurados durante tan largos períodos de tiempo como se exigen en los pliegos de

contratación de este tipo de contratos que, aunque privados, han de respetar las prescripciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a las fases de preparación y adjudicación del contrato. Estas circunstancias propician una escasez alarmante de oferta de este tipo de seguros, y la correspondiente carestía de las primas que se ofrecen.

3ª Se expresaron igualmente dudas políticas e ideológicas sobre la suscripción de este tipo de seguros. En este punto se reflexionó sobre la existencia de una cierta incompatibilidad tanto de naturaleza como de objetivos entre la responsabilidad civil cubiertas por los seguros privados y la responsabilidad patrimonial que corresponde exigir a las Administraciones públicas. Las diferencias entre ambos regímenes propicia una serie de disfunciones que hacen muy compleja la aplicación de las pólizas de aseguramiento de esta última responsabilidad en el ámbito sanitario.

4ª Se expresó que se trata de contratos de alta complejidad en su desarrollo y aplicación, y probablemente los únicos contratos que celebre la Administración en los que el contratista tenga una participación tan intensa. Desde otro punto de vista, se indicó que igualmente son los únicos en los que el tomador tiene la potestad de decidir en última instancia si se paga la indemnización, dado que los presidentes de las Comisiones de seguimiento, valoración y análisis de los riesgos y eventos dañosos acaecidos, que es un representante de la Administración, tiene voto de calidad.

5ª En lo referente a la determinación del quantum de las indemnizaciones, se sugirió la necesidad de la existencia de un baremo propio para los daños sanitarios, tanto infecciones nosocomiales como los daños iatrogénicos, ya que de esta manera los jueces dejarían de tomar como referencia el baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

6ª Existe la conciencia de que las franquicias de que gozan los seguros sanitarios actuales son excesivamente bajas, ya que oscilan entre los 3.000 y 6.000 euros. Se trata además de franquicias poco operativas, por cuanto en caso de que la cuantía de la indemnización supere dichas cifras, la cantidad a pagar por la aseguradora es íntegra desde el primer euro. Se propuso como medio para abaratar la cuantía de las primas y en general, del seguro, la elevación de las franquicias hasta cantidades significativas, a fin de afrontar mediante seguros privados, sólo los grandes riesgos que supongan auténticos riesgos presupuestarios para la Administración.

7ª Se denunció el desconocimiento general por parte de los profesionales sanitarios del funcionamiento de los seguros y de los mecanismos de responsabilidad profesional y patrimonial de la Administración. Se recalcó que existía una cierta presión de los profesionales y sus entidades representativas a favor de la suscripción de seguros privados y profesionales, y la existencia de una cierta desconfianza ante la defensa jurídica de los profesionales por parte de los servicios jurídicos de las Administraciones.

8ª Se convino que el seguro de responsabilidad civil colegial o de cualquier otro colectivo o entidad dirigido a los riesgos profesionales tenía una virtualidad solo relativa dado que en el actual sistema de responsabilidad patrimonial se reclama no ante o frente al profesional, sino contra la Administración para el resarcimiento del daño. En todo caso, estos seguros solo tendrían utilidad con el fin de cubrir la posible acción de regreso a ejercitar por la Administración con los requisitos legales establecidos al efecto, o en los casos en los que hubiera habido varios partícipes en la realización del daño, en cuyo caso se reparte el límite de la cobertura del seguro, que vendría complementado por este otro seguro.

9ª Se puso de manifiesto el problema existente aun de la multiplicidad de vías jurisdiccionales subsistentes aun para procurar la satisfacción de las indemnizaciones pese al empeño legislativo último por reconducir las reclamaciones en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa. Se propone la supresión del artículo 76 de la Ley 50/1980 del contrato de seguros por ser una vía permanente de conflictos jurisdiccionales y suponer una quiebra al sistema general de enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial.

10ª Se reflexionó sobre la inaplicación generalizada de la acción de regreso prevista en la Ley 30/1992 contra los agentes públicos en los casos de existencia de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario y su indemnización. Se adujo como posible causa la dificultad para apreciar la negligencia grave exigida por la norma para determinar el contenido y alcance de dicha acción.

Aseguramiento en la asistencia sanitaria concertada y respecto a pacientes remitidos a centros privados: ¿quién debe responder?

1ª A partir del marco legal expuesto y de la disparidad de pronunciamientos jurisprudenciales existentes respecto del tema de la imputación de la responsabilidad en la asistencia sanitaria concertada y respecto a pacientes remitidos a centros privados por la Administración, en supuestos excepcionales; la primera reflexión que surge se

centra en la necesidad de introducir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores de los contratos de gestión de servicio público, en su modalidad de concierto, cláusulas específicas de responsabilidad del adjudicatario.

Las citadas cláusulas, de conformidad con los preceptos de la LCAP, habrán de establecer la obligación de la clínica concertada de responder por los daños y perjuicios causados con motivo de la asistencia sanitaria prestada. Se plantea, asimismo, la conveniencia de incluir cláusulas relativas a la obligación de la entidad concertada de suscribir un seguro de responsabilidad civil para cubrir las indemnizaciones derivadas de las reclamaciones por daños y perjuicios ocasionados con ocasión de la asistencia sanitaria prestada.

De esta primera reflexión se concluye que, con independencia de la imputabilidad de la responsabilidad y de la posibilidad, en todo caso, del ejercicio del derecho de repetición, no debe olvidarse que estamos en el ámbito de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, en su modalidad de concierto, estableciéndose, de modo específico, en la LCAP, la responsabilidad directa del contratista por todos los daños y perjuicios causados, salvo respecto de aquéllos que sean imputables a la Administración.

2ª La segunda reflexión que surge en torno al tema objeto de debate es la necesidad de tramitar correctamente los expedientes de responsabilidad patrimonial, en virtud de lo establecido en la disposición adicional 12ª de La Ley 30/1992, de modo que, revestido el procedimiento administrativo de todas las garantías, entre las que se incluyen el trámite de audiencia al contratista y los correspondientes dictámenes de los órganos consultivos, cuando hubiere lugar a ello, se dicten resoluciones administrativas, suficientemente motivadas, que determinen los hechos objeto de la reclamación y el título de responsabilidad.

Con independencia de la posición mantenida por el Tribunal Supremo, respecto de esta cuestión y, sin perjuicio de la posibilidad de que se pueda impugnar en vía contencioso-administrativa la resolución, tanto por el particular perjudicado como por la propia entidad concertada, se llega a la conclusión de que la solución más coherente con el principio de economía procesal pasa por tramitar correctamente los expedientes de responsabilidad patrimonial, pudiendo dirimirse la cuestión en dicha vía sin tener que acudir al contencioso o al posible ejercicio de las acciones de repetición en vía civil a que siempre habría lugar.

3ª La tercera reflexión surgida al hilo de la cuestión primordial objeto de debate, esto es, la conveniencia del aseguramiento o no de las responsabilidades que pudieran exigirse en centros concertados y de la inclusión como riesgos cubiertos en las pólizas de seguro suscritas por los distintos Servicios de Salud, pone de manifiesto la disparidad existente en las distintas Comunidades Autónomas.

Andalucía no ha incluido el aseguramiento de estos riesgos en la póliza de seguro que actualmente tiene suscrita. En Galicia, por el contrario, la póliza de seguro sí incluye el aseguramiento de la responsabilidad que pudiera exigirse con ocasión de la asistencia prestada en centros concertados. En esa Comunidad Autónoma, se viene demandando también a la entidad sanitaria concertada en el ulterior pleito. En Galicia, se ha logrado un procedimiento ágil para que las entidades sanitarias concertadas paguen con prontitud. Desde esa Comunidad se apunta como posibilidad la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de una cláusula que actúe a modo de compensación, en virtud de la cual, se descuenta a la clínica, de la cantidad debida anualmente, la parte que corresponde a sentencias en las que haya sido condenada la Administración.

Se propone, pues, que con mecanismos como los que propugna la Comunidad Autónoma de Galicia, se intente lograr, al margen de procedimientos más ágiles, mayor rapidez en el pago de las cantidades debidas y acordadas ya sea en sede administrativa o judicial, así como una menor litigiosidad, viéndose con ello, satisfecho, en definitiva, el derecho del particular perjudicado a ser resarcido de un daño que no tiene el deber jurídico de soportar.

En la Comunidad Autónoma de Cataluña, donde el volumen de centros concertados es muy alto, la póliza de seguro es conjunta para centros públicos y privados, correspondiendo el aseguramiento a una única entidad aseguradora. Asimismo, Cataluña aboga por establecer procedimientos de mayor agilidad en la tramitación de los

procedimientos que permitan la personación en el procedimiento de las clínicas concertadas para conseguir un mayor automatismo en el pago de las indemnizaciones acordadas.

Baremación de los daños: conveniencia de su regulación

1ª En la mesa hubo un sentir generalizado sobre la necesidad de aprobar una baremo o sistema de valoración del daño corporal que resulte vinculante para los tribunales pero que no sea tan cerrado como el actual baremo de accidentes de tráfico, de forma que permita cierto margen a la discrecionalidad judicial para poder valorar circunstancias excepcionales que no estén contempladas en el baremo.

En cuanto al tipo de daños a incluir en el baremo hubo también consenso para limitarlo a los daños por causa de muerte y a los daños corporales o biológicos susceptibles de ser valorados por un médico, quedando excluidos del mismo los daños por lucro cesante y daño emergente que deberán ser indemnizados de acuerdo con la prueba que se acredite en el proceso.

No se estimó necesario un baremo específico para la valoración de los daños derivados de asistencia sanitaria, considerando que un baremo general del daño corporal puede dar respuesta válida y suficiente para todos los sectores, siendo una solución más acorde con el principio de igualdad.

2ª Por lo que se refiere al sistema de funcionamiento del baremo se abogó por su simplificación, eliminando las tablas de factores de corrección del actual baremo, limitándolo a un baremo médico que cuantificara en porcentajes los perjuicios físicos y psíquicos y un baremo de indemnización que cuantifique en dinero el número de puntos relativo a cada porcentaje de lesión teniendo en cuenta la edad de la víctima (en función decreciente) y la importancia del perjuicio (en función creciente).

MESA 2: LA CARTERA DE SERVICIOS

Las prestaciones sanitarias y la cartera de servicios: problemas de delimitación material y competencial.

1ª La definición actual del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud se enunció a través de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Esta definición trasciende el sistema de ordenación de prestaciones que se estableció en su día mediante RD 63/1995, de 20 de enero, ya que alcanza a definir un nivel más operativo a través del cual se llegan a hacer efectivas las prestaciones sanitarias: la Cartera de Servicios.

La propia Ley de Cohesión define la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud como una cartera de mínimos comunes para el conjunto del Estado y que, no obstante, las distintas comunidades Autónomas podrán, en el ámbito de sus competencias, ampliar en aquellos aspectos que consideren más adecuados a los intereses de sus ciudadanos. Esta previsión legal, producto de la descentralización territorial de la gestión sanitaria, supone para las Comunidades Autónomas la capacidad de gestionar sus propios recursos como un medio para aproximar la gestión de la asistencia sanitaria a las necesidades y demandas de los ciudadanos en un marco legal que les garantiza la equidad y la calidad de la asistencia que reciben, así como la participación en el propio sistema sanitario.

2ª Esta descentralización, que permite a las Comunidades Autónomas tener una mayor autonomía para buscar formas diferentes y más efectivas de “hacer las cosas”, precisa no obstante, de un soporte de coordinación suficiente que permita observar las garantías de equidad que la Ley prevé para los ciudadanos del Estado, adquiriendo, por tanto, especial relevancia la existencia de una Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud, prevista ya en la citada Ley de cohesión y calidad del SNS. Esta Cartera, y siguiendo lo establecido en la misma Ley, ha de ser definida con criterios de eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas. Estos principios deben igualmente guiar las posibles ampliaciones de tal Cartera de Servicios que pueda realizar cada Comunidad Autónoma, siempre en aras a asegurar la utilización más racional de los recursos públicos, tratando de dar respuesta a las necesidades sociales que han de atenderse desde el sistema sanitario con unos recursos económicos, siempre limitados, en un ámbito, como es el sanitario, en el que los costes son cada día más elevados.

En este marco competencial, la aproximación de la Administración sanitaria al ciudadano ha de permitir no sólo una gestión más próxima a las demandas que éstos últimos plantean al sistema sanitario, sino que debe constituir una situación ventajosa para permitir que el propio ciudadano se convierta en auténtica pieza clave de la gestión sanitaria, a través de su implicación en los distintos órganos de participación ciudadana. Resulta evidente que, para garantizar la viabilidad de un sistema sanitario basado en la universalidad, es imprescindible la implicación real de cada ciudadano, en especial en lo relativo a su necesaria corresponsabilidad en la utilización más adecuada de los servicios que el sistema sanitario pone a su disposición.

3ª Se resaltó determinadas prestaciones, como las relativas a salud mental, de las que se requiere una definición más precisa que la contemplada en el Real Decreto de prestaciones aludido. Ello ocasiona problemas en su financiación, regulación de acceso y universalización del derecho a determinados servicios muy específicos, al no haberse definido su ubicación competencial (sanitaria – social). Esta misma indefinición y la ausencia de un marco normativo en el conjunto del Estado, que establezca una serie de prestaciones mínimas, está provocando igualmente, un aumento de la iniquidad en el acceso entre los distintos territorios del Estado y mayores desigualdades en cuanto a la cartera de servicios entre las distintas Comunidades Autónomas.

Garantías de accesibilidad, movilidad y tiempos de espera.

1ª Accesibilidad:

Acceso:

- a prestaciones.
- en condiciones de igualdad en función de la necesidad.
- geográfico.
- arquitectónico
- condiciones científico-técnicas

Normativa: LGS, LCCSNS, RD 63/1995, Ley de Ordenación de profesiones sanitarias, legislación autonómica.

Debate: - concepto

modificación tras descentralización

- acceso geográfico
- acceso a prestaciones
- acceso a grupos de población
- Desigualdad en prestaciones entre CCAA. Organización de TSI. Regulación vía CISNS. Garantías vinculadas al empadronamiento. Prestaciones “extra” en CCAA. Elementos de cohesión.

2ª Movilidad:

Elementos: -pacientes (centros de referencia; canalización)

- profesionales: (acceso a puestos de trabajo, concurso de traslados, homologación de carrera profesional.

Normativa: LGS, LCCSNS, Fondo de cohesión, Estatuto Marco, Ordenación de profesiones sanitarias, regulación en las CCAA.

Debate: visado, descentralización de prestaciones, fondo de cohesión, homologación de carrera profesional.

Comisión de recursos humanos: ¿Deben salir mínimos de estas comisiones?

Diferencias retributivas, idiomáticas, en función de especialidades médicas, de estructuras o competencias o categorías en cada CCAA. Factores como la insularidad.

Extranjeros “importados”.

3ª Tiempos de espera:

Elementos:

- acceso a AE (IQ, PDiag, C. Ext)
- criterios de priorización (gravedad)
- limitaciones en determinados procesos

Normativa: añadir a la citada anteriormente el RD 605/2003.

Debate:

- universalidad y lista de espera.
- criterios de priorización o tiempos de acceso.
- Información a profesionales y ciudadanos
- Corresponsabilidad de todos los agentes.

Las prestaciones farmacéuticas: financiación y participación autonómica

Para el interrogante suscitado, la entrega de una productividad variable es la mejor solución que puede encontrarse en la normativa actualmente vigente. La productividad variable iría como un concepto más, junto con el grado de logros en el control de la “incapacidad tempo-

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

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

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

La objeción de conciencia

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

2ª Debido a los avances de la biomedicina y a sus trascendentes implicaciones en el ámbito asistencial e investigador, respecto de las que no es fácil mantener una neutralidad ética, cada vez son más amplios los campos y más frecuentes los episodios en los que los profesionales sanitarios, ya no sólo el médico sino también otros colec-

tivos de la sanidad, se plantean ejercer la objeción de conciencia.

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

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

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

- Creación de Consejos o Comités de Objeción de Conciencia, determinando su composición, competencia y funcionamiento.
- Delimitación de los ámbitos clínicos y de investigación sensibles a la objeción de conciencia.
- Delimitación en lo posible y sin perjuicio de admitir otros supuestos no contemplados en la ley, del personal sanitario legitimado para declararse y ejercer la objeción de conciencia.
- Procedimiento para su ejercicio.
- Renuncias, incumplimientos, etc.
- Procedimientos alternativos dirigidos a garantizar en el propio centro o, en su caso, en la propia área sanitaria la efectividad de la prestación solicitada y objetada.

MESA 3: ALGUNOS RETOS INMEDIATOS DE LA SANIDAD

La protección de datos personales ante las nuevas tecnologías.

1ª Se conviene en que actualmente el derecho a la intimidad está seriamente afectado por la irrupción de las nuevas tecnologías, particularmente la informática. Y esto se aprecia particularmente en el ámbito sanitario donde prácticamente todos los datos y documentos sanitarios están informatizados. Respuesta a esta preocupación la da Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, en la que se articula el derecho a la protección de los datos personales. Establece en términos generales que los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud sólo podrán ser recabados, tratados automáticamente y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente, al tiempo que autoriza a las instituciones y a los centros sanitarios públicos y privados y a los profesionales correspondientes, al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que acudan a ellos o hayan de ser tratados en los mismos.

2ª Se hace una referencia a las historias clínicas cuyo contenido está completamente informatizado en la mayoría de los casos, de manera que tienen o pueden tener acceso a dicho contenido muchas y variadas personas vinculadas o no con el proceso asistencial del enfermo. Igualmente, se destaca la tarjeta sanitaria individual por cuanto se pretende incorporar en banda magnética los datos básicos de salud de la persona.

3ª Se conviene que, a la vista del preocupante campo de la informatización de datos, campo muy sensible a quiebras de la confidencialidad, ha de estarse hoy por hoy a lo dispuesto en Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, que califica los datos relativos a la salud de los ciudadanos como datos especialmente protegidos, estableciendo un régimen singularmente riguroso para su obtención, custodia y eventual cesión. Así, su artículo 7.3 establece respecto a los datos referidos a la salud que sólo pueden recabarse, tratados o cedidos en los supuestos específicamente establecidos:

- a) cuando el afectado consienta expresamente;
- b) cuando lo disponga una Ley;
- c) cuando lo exijan razones de interés general.

La atención socio sanitaria.

1ª Acciones específicas necesarias desde los sectores social y sanitario.

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

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

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

2ª Claves estratégicas.

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

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

- Una atención informada y debatida, diferente a los cuidados paternalistas previamente desarrollados, que ofrezca respeto a la autonomía del paciente y desarrolle, además, responsabilidad ciudadana.

- Una atención integral a las necesidades de la persona, fruto de la acción coordinada de diferentes profesionales (interdisciplinar), y de los diferentes sectores (intersectorial).

- Un diseño de la oferta de servicios como fruto de la evaluación de las necesidades de cada población y de los resultados y el impacto en salud de la oferta previa, frente a un desarrollo competitivo y esnobista de las prestaciones.

dificultades del sistema actual.

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

Retos

Dificultades

Adaptación al cambio de necesidades

Rigidez de estructuras creadas.

Compromiso con el avance del sistema

Falta ética de las organizaciones.

Planificación de objetivos a medio plazo

Cortoplacismo de las planificaciones en salud.

Coaliciones e intersectorialidad

Colisión de normas y defensa de fronteras.

Ampliación constante del escenario que implica mayor dinamismo, variedad y necesidad ágil de cambio.

Mantenimiento de cohesión en el avance.

4ª Interrogantes a responder en el marco de la atención sociosanitaria.

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

A. Centros socio-sanitarios:

- Definición legal de Centros socio-sanitarios.

- Acreditación de centros: ¿Según competencias?.

- La evaluación de prestaciones sanitarias en centros sociales: ¿Qué órgano es competente?

- Concierto de centros y prestaciones: ¿Por “módulos” sanitario y social?.

-¿Responsabilidad Farmacéutica?, Y ¿En centros privados (perfil tipo 1,2 y 3)?

B. El personal:

- Adscripción, homogeneización de categorías, homologación salarial.

- Profesiones sanitarias: ¿Ser una profesión sanitaria implica la competencia sanitaria de las prestaciones que desarrolla?

C. Los servicios:

- ¿Necesidad de financiación para las prestaciones sanitarias?

- Evitar la segregación: la sombra del “etaísmo” y del “causalismo”.

D. Definición de procesos:

-Definición de procesos intersectoriales y vinculación.

-Normas intersectoriales: ¿Quién legisla?

-Sistema de Gestión: ¿Hacia dónde enfocar la evaluación y financiación?

E. El sistema de información:

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

-Competencias de las entidades locales en el nuevo marco de reparto de competencias.

-Implicación ciudadana:

-¿Es la financiación una herramienta de responsabilización?

-Co-financiación de todos los servicios “socio-sanitarios”, vs, Co-financiación en la dependencia y “gratuidad” sanitaria, vs, la descarga social: universalidad de la atención a la dependencia.

-Acción y responsabilización:

- Del modelo paternalista al social participativo: responsabilidad social de prevención y dispensación de cuidados.

- Derechos y deberes sobre el patrimonio personal.

-Autonomía: Voluntades anticipadas, Inhabilitación y deterioro.

La asistencia a inmigrantes: barreras legales y culturales.

1ª Elaboración de instrumentos en el marco de la Unión Europea para que los ciudadanos Españoles gocen en el marco de la Unión de la misma universalización y gratuidad que el resto de los ciudadanos comunitarios y los extranjeros gozan en el Estado Español, es decir instrumentalizar un Fondo de Cohesión a nivel Europeo

2ª Derogación formal del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria a las personas sin recursos económicos, para que explícitamente la asistencia sanitaria no sea

una prestación de beneficencia sino la plasmación de un derecho

3º Una de las barreras más importantes, a la hora de prestar cualquier servicio, y muy especialmente la asistencia sanitaria, o cualquier actuación que se pueda derivar de la misma, es la "Lingüística". Dificilmente se puede prestar una asistencia cualitativamente aceptable a quien no entiende nuestro idioma, e igualmente, resulta complicado, que éste la pueda solicitar.

Una solución realista a este problema pasaría, por conseguir una mayor implicación de aquellas ONG's, que trabajan en el ámbito de la inmigración, o con inmigrantes, a través de algún Convenio o Acuerdo firmado con las mismas, para la aportación por parte de las organizaciones de traductores, que aportarían su labor en aquellas Unidades de Tramitación Administrativa o Centros Sanitarios en los que se ha detectado una mayor presencia de inmigrantes.

4ª La población inmigrante genera una problemática muy específica para la que quizás no estén debidamente preparados los profesionales de los Centros o Unidades de Tramitación, y de los correspondientes Centros Sanitarios. Por lo tanto sería conveniente, impulsar acciones formativas, encaminadas a proporcionar la formación adecuada a estos profesionales.

5ª La presencia en las Unidades de Tramitación y en los demás centros y unidades que lo requieran, de mediadores socio-culturales con una formación que les permita captar la naturaleza especialmente sensible de esta problemática, de manera que haga posible compaginar la prestación de una asistencia sanitaria de calidad y en igualdad de condiciones, ajustándose en todo momento a la legislación vigente, con el respeto a las tradiciones, usos

y costumbre, que definen la identidad socio-cultural del inmigrante, intentando así mismo, facilitar su integración en nuestra Sociedad.

6º Renegociación del sistema de financiación de la sanidad pública, previa actualización de la población real y efectivamente asistida, para que la financiación, utilizando un criterio de base poblacional y ajustándose al mismo, permita el sostenimiento del Sistema.

7ª la atención sanitaria, que debe prestarse a los inmigrantes de países en vías de desarrollo, exige políticas específicas que, complementando las anteriormente apuntadas, contemplen las peculiaridades de los distintos territorios donde se implementen, cuya promulgación corresponde a las Administraciones competentes, aunque deban quedar enmarcadas, dentro una política estatal de regulación de la inmigración, tendente a garantizar la igualdad de oportunidades y el desarrollo de los derechos fundamentales de todas las personas residentes en nuestro país. Cabe afirmar que esta es una de las vías posibles para lograr una convivencia armónica sin perturbaciones del orden social graves, que permitan absorber e integrar pacíficamente a esa masa de población que en los últimos años ha llegado hasta nuestras tierras en pos de un futuro mejor para ellos y sus familias.

8ª Para facilitar la integración social de los extranjeros en España, que apunta la Ley 4/2000, de 11 de enero, deben arbitrarse medidas encaminadas a eliminar esas barreras culturales, fomentando desde las Administraciones competentes, acciones educativas o formativas, que faciliten el acceso de esta población a los servicios públicos en general y muy especialmente a la prestación de la asistencia sanitaria.

MESA 4: EL ESTATUTO MARCO

El desarrollo autonómico del Estatuto Marco.

1ª Lo presumible es que se vaya a desarrollar un modelo por cada autonomía. Sin embargo sería conveniente, de conformidad con las propias normativas autonómicas, globalizar en un mismo texto todo el desarrollo. En todo caso no se deben reproducir los tres viejos estatutos derogados, sino sólo uno para todo el personal del Servicio autonómico de salud correspondiente. La existencia de diferentes modelos no debe hacer olvidar que puede provocar tensiones entre las diferentes Comunidades, y el problema será quien puede soportarlas mejor, puesto que las reivindicaciones serán al alza.

2ª Siendo la jubilación forzosa a los 65 años, los planes de ordenación de los recursos humanos sólo se necesitaran cuando se quiera autorizar una prórroga. En caso contrario, el cumplimiento de la edad de 65 años será el único requisito. Los planes se necesitaran para prorrogar aquellas situaciones que la gestión de los recursos humanos haga necesario en cada servicio o centro. El hecho de que sólo afecte a un colectivo o a parte del mismo, no supone en ningún caso una discriminación, sino que viene de las propias necesidades de la organización.

3ª Régimen disciplinario: la mayoría de las Comunidades Autónomas no disponen de reglamentos y deberán modificar sus normas autonómicas.

4ª Categorías profesionales: procede simplificar las categorías y las funciones, definiendo los puestos de trabajo de forma muy amplia, así por ejemplo, aquellos que ya están en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias no deben ser desarrollados más. Habrá que homologarlos o establecer sus equivalencias para facilitar la movilidad autonómica, sin que ello suponga mimetismo en las categorías, no todos debemos tener todas.

5ª Carrera profesional: una vez resueltos los problemas iniciales, en el futuro no debiera haber problemas en cuanto a criterios de traspaso de personal por la movilidad, ya que con pequeñas especificidades la homologación no debiera ser difícil, aunque no debe olvidarse que puede haber dificultades dependiendo del rigor de cada autonomía en el reconocimiento de los méritos que deban tener los profesionales en su desarrollo profesional.

La Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud.

1ª La Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud fue creada por la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y sus funciones se recogen en dicha ley y en las Leyes 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, y 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

Está configurada como un foro de mutua información entre los Servicios de Salud, ha de informar, preceptivamente, determinados proyectos normativos de ámbito estatal, y ostenta algunas competencias de carácter ejecutivo, como es la de aprobar la oferta anual de "plazas MIR".

Su composición está establecida por el Real Decreto 182/2004, que la configura como una auténtica conferencia sectorial en el ámbito de los recursos humanos del Sistema Nacional de Salud. Corresponde la Presidencia a la Ministra de Sanidad y Consumo, y forman parte de ella los Consejeros de Sanidad de las Comunidades Autónomas, además de representantes de otros Departamentos Ministeriales (Educación y Ciencia, Economía y Hacienda, Trabajo y Seguridad Social, Administraciones Públicas y Defensa)

Existen, de esta manera, dos conferencias sectoriales en el ámbito de la Sanidad. Una especializada en recursos humanos, la propia Comisión, y otra de carácter general, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, lo que puede llegar a producir problemas por la existencia de funciones asignadas tanto a la Comisión como al Consejo.

De la Comisión dependen tres Comisiones Técnicas, la de Personal de los Servicios de Salud, la de Formación Especializada en Ciencias de la Salud y la de Desarrollo Profesional, cuya función es preparar los asuntos que han de tratarse en el Pleno de la Comisión.

El Pleno de la Comisión se constituyó en el mes de junio de 2004, y tanto el Pleno como las Comisiones Técnicas han celebrado ya diversas reuniones. Las Comisiones Técnicas, por su parte, han constituido diversos Grupos de Trabajo para el análisis de temas concretos.

2ª Se consideró conveniente que la Comisión de Recursos Humanos mantenga un carácter marcadamente técnico, en el que resulte más fácil el intercambio de información y la adopción de acuerdos, por lo que su coexistencia con otra Conferencia Sectorial, como es el Con-

sejo Interterritorial, no debe afectar a su adecuado funcionamiento.

En este sentido, se consideró imprescindible el papel de las Comisiones Técnicas, si bien se apuntó el peligro de que la proliferación de órganos colegiados, con la consiguiente multiplicación de reuniones, pudiera llegar a comprometer la correcta realización de las funciones de coordinación que tienen encomendados.

3ª Se resaltó la necesidad de que la Comisión abordara con urgencia los aspectos relativos a la homologación de categorías profesionales de los distintos Servicios de Salud, así como a la homogeneización de los principios y criterios de los sistemas de carrera profesional, pues ambos aspectos son fundamentales para asegurar la libre circulación de los profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

4ª Se analizó, asimismo, la problemática que plantea el nuevo Foro Marco para el Diálogo Social, órgano de participación sindical creado por el Estatuto Marco y adscrito a la Comisión de Recursos Humanos, Foro que en modo alguno ha de sustituir, limitar o interferir en las competencias de los Servicios de Salud para negociar, en sus respectivas Mesas Sectoriales, los aspectos de las políticas de recursos humanos que son competencia de las Comunidades Autónomas.

La regulación de la jornada de trabajo

1ª El modelo del Estatuto Marco para la cobertura de la atención continuada no difiere sustancialmente del tradicional, y se sustenta sobre las denominadas "guardias" realizadas por el personal sanitario. De esta manera, la hora de guardia tiene una retribución inferior a la de la hora ordinaria y no computa como jornada ordinaria. La aceptación generalizada de este sistema tanto por parte de las instituciones sanitarias como por sus profesionales, se fundamenta en el ahorro de costes de las primeras y en las elevadas retribuciones brutas anuales que permiten alcanzar a los segundos. Ahora bien, los conflictos que se suscitan en esta materia hacen referencia a la elevada duración de la jornada anual, a su retribución económica o compensatoria y a cuestiones relativas a la salud laboral.

Por otra parte, el derecho del usuario a una asistencia sanitaria de calidad se ve comprometido incuestionablemente cuando es atendido por profesionales sanitarios que llevan realizada en ese momento una jornada laboral de excesiva duración.

2ª Es preciso, por tanto, avanzar hacia un nuevo modelo que conjugue más eficientemente los tres pilares

sobre los que se debe sustentar la atención continuada sanitaria: Financiación, protección de la salud laboral de los profesionales y aseguramiento del nivel de calidad exigible en la atención sanitaria prestada a los ciudadanos.

La relación laboral especial de residencia.

1ª El profesional sanitario que se forma como especialista por el sistema de residencia suscribe un contrato de trabajo de carácter temporal, sujeto a prórrogas anuales que sólo se formalizan si el interesado supera la correspondiente evaluación de su formación. A pesar del carácter singular de tal contrato de trabajo, sólo existía una muy limitada regulación legal, relativa exclusivamente a la duración máxima del contrato, contenida en la Ley 42/1982. El resto de la regulación de la relación laboral figura en normas reglamentarias, incluso de escaso rango (como, por ejemplo, la Orden de 30 de junio de 1995) y en los contratos de trabajo individuales.

Esta situación ha querido ser corregida por la Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, en cuya disposición adicional primera se configura como especial la relación laboral de residencia, y en la que se encarga al Gobierno la regulación de la misma de acuerdo a los criterios que la propia Ley señala. En la Ley 55/2003, del Estatuto Marco, existe una referencia a este personal en formación, concretamente a su jornada de trabajo, en la Disposición Transitoria Primera.

No existe, aún, un borrador de la norma que regulará la relación laboral especial, por lo que sólo ha sido posible realizar un análisis de carácter general sobre los posibles contenidos de la misma.

2ª Entiende la Mesa de Trabajo que la nueva relación laboral especial ha de ser aplicable a todos los residentes, tanto si se forman en una institución de carácter público como si lo hacen en un centro privado acreditado para la docencia.

Este ámbito de aplicación dificultará aún más el diseño de las líneas básicas de la relación laboral, pues será muy difícil que puedan establecerse criterios generales sobre aspectos sustanciales, tales como los retributivos.

3ª Se convino en que las peculiaridades respecto a los supuestos de suspensión del contrato de trabajo (excedencias por incompatibilidad o por desempeño de cargo público), de representación sindical (aplicación de "horas sindicales", "liberación" de representantes), de conciliación de la vida familiar y profesional (jornadas reducidas, excedencias por cuidado de familiares), han de contemplarse y regularse, a fin de hacer compatibles los derechos

de los trabajadores con la finalidad exclusiva del contrato: la formación del trabajador como especialista.

4ª No se realizaron propuestas concretas, si bien se consideró imprescindible que el Ministerio de Sanidad y Consumo cuente con la participación de las Comunidades

Autónomas, que bien puede articularse en la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, en la elaboración del correspondiente proyecto, pues es en los Centros Sanitarios de los Servicios de Salud donde se forman y trabajan la inmensa mayoría de los residentes.

UN AÑO EN EL REGISTRO NAVARRO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS

Mikel Biurrun Elizaga.

Sección de Regímenes de Aseguramiento y Prestaciones Sanitarias.

Departamento de Salud del Gobierno de Navarra

M^a Teresa González Herráiz

M^a Pilar Jiménez Carnicero

Sección de Documentación y Archivo de Historias Clínicas.

Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea

Introducción.

El pasado mes de agosto se cumplió un año desde que se inició el funcionamiento efectivo del Registro de Voluntades Anticipadas de Navarra, en aplicación del Decreto Foral 140/2003 por el que se regulaba dicho Registro, y que se constituyó como un instrumento destinado a facilitar que los ciudadanos puedan dejar constancia de sus voluntades anticipadas y que los profesionales sanitarios las conozcan y presten la asistencia sanitaria respetando las instrucciones expresadas al respecto.

El Registro de Voluntades Anticipadas de Navarra tiene sus antecedentes legales en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que en su artículo 11.2 establece que “cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito”.

También la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, modificada por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril, dispone en su artículo 9.3, segundo párrafo, que “la Administración Sanitaria adoptará las medidas necesarias para garantizar la voluntad anticipada del paciente recogida en el documento” y en su Disposición transitoria segunda prevé que “el De-

partamento de Salud establecerá los mecanismos necesarios a fin de informar y poner en conocimiento de los ciudadanos los derechos contenidos en la presente Ley Foral, así como la declaración de voluntades anticipadas y la forma de hacerla efectiva”.

Como se ha indicado al comienzo y con estas premisas legales, el Gobierno de Navarra creó y reguló el Registro de Voluntades Anticipadas y el Departamento de Salud lo puso en funcionamiento.

1.- Procedimiento administrativo de registro.

El funcionamiento del registro se atiene, como es obvio, a lo previsto en la legislación en vigor sobre procedimiento administrativo común. El Registro de Voluntades Anticipadas de Navarra se ha adscrito al Servicio de Asistencia Sanitaria del Departamento de Salud.

En las dependencias del Departamento de Salud, las primeras actuaciones a llevar a cabo son las de atender al ciudadano que solicita información y orientación de forma presencial o telefónica. Como primer paso, se ha elaborado una *guía o protocolo de actuación de uso interno* que contribuye a homogeneizar la información verbal que se facilita a los ciudadanos por parte de todas las personas del servicio que desarrollan esta función. Como también se demanda información vía correo tanto convencional como electrónico se ha confeccionado un documento escrito que recoge la misma información que se facilita verbalmente.

Así pues, al tiempo que se informa, se entrega la siguiente documentación: información sobre procedimiento de solicitud, legislación aplicable, "modelo-esquema" de documento de voluntades anticipadas e impresos de solicitud. Lo que denominamos modelo-esquema, no pretende ser más que una guía sobre los datos imprescindibles que debe incluir el documento de voluntades anticipadas y sobre una posible estructura o sistematización de su contenido. En ningún caso, tampoco durante la información verbal, se pretende influir sobre las creencias, valores o ideología del otorgante. Si el ciudadano lo requiere, se le facilita una cita con un técnico del servicio que le asesorará más detalladamente sobre los requisitos necesarios para la formalización y registro de su documento de voluntades anticipadas.

Tanto durante la información verbal como en los documentos entregados se concede gran importancia al hecho de que el registro comporta una autorización para la cesión de datos de carácter personal al médico responsable que le atiende en las circunstancias que establece la Ley.

El resto del proceso es el clásico en la tramitación de un expediente administrativo:

- Recepción de la solicitud a través del Registro de Entrada del Departamento de Salud, que a su vez ha podido recibirla de otros Registros de instancias administrativas de acuerdo al procedimiento administrativo vigente.
- Examen de la documentación y comprobación de que es correcta y completa. De no ser así, deberá concederse un plazo para completar y/o corregir la documentación.
- Inscripción en el Registro con asignación de un código o propuesta de resolución denegatoria motivada. Comunicación al solicitante de la inscripción realizada o traslado de la resolución denegatoria. Esta denegación sólo podrá realizarse porque falten o no sean correctos los datos imprescindibles que se exigen en las normas y no por razón del contenido de las instrucciones.
- Archivo convencional de los documentos en papel con asignación del correspondiente número de registro y anotación informática de los mismos.

La tramitación de revocaciones y actualizaciones seguirá un procedimiento similar.

Además, el Registro envía una fotocopia compulsada de los documentos registrados a los archivos de los centros sanitarios de Navarra para su inclusión en la historia clínica de los otorgantes, siempre que se haya expresado este deseo junto a la solicitud de registro. De esta forma, se ayuda al otorgante en la entrega del documento en los centros sanitarios, dado que la ley establece que el otorgante, sus familiares o su representante deben realizar esta entrega directamente.

2.- Sistema telemático de archivo y acceso al Registro.

En el momento actual, no se dispone de un sistema informático de acceso y consulta. Por ello, este sistema debe ser ideado y puesto en marcha con el fin de "colgar en red" los documentos de voluntades anticipadas ya registrados. Es imprescindible que se garantice el cumplimiento de las exigencias de seguridad y confidencialidad establecidas en la Ley de Protección de Datos para los datos relativos a la salud (nivel alto), y en otras normativas conexas.

Debe permitirse a los médicos la consulta ágil y rápida, desde todos los centros sanitarios de cualquier clase o naturaleza, mediante fórmulas seguras y dejando huella de los profesionales consultantes y de los documentos consultados. En el caso de los otorgantes, por el momento, el acceso será presencial.

El proyecto será elaborado e implementado en breve plazo por los servicios de apoyo informático que asumen este encargo.

3.- El primer año del Registro.

La experiencia, todavía muy corta, ha dado como resultado un pequeño número de documentos de voluntades anticipadas registrados hasta el pasado mes de octubre. En total, 153, de los que la mayoría, el 70%, corresponden a personas comprendidas entre los 31 y los 64 años. Por sexos, el 61 % son mujeres y el 39 % hombres.

De los 153 documentos citados, 136 otorgantes (89%) se declaran Testigos de Jehová y establecen, salvo en 1 caso, instrucciones referidas exclusivamente a la posibilidad de someterse a transfusiones de sangre.

La totalidad de los 17 restantes son de carácter genérico, es decir, no pormenorizan actuaciones en situaciones concretas de enfermedad, ni están relacionados con alguna

patología que les haya sido previamente diagnosticada. Por lo tanto, contienen formulaciones muy genéricas y similares a las que ya se incluyen en el texto de la ley navarra.

Otros datos recogidos nos señalan que el 89 % de los documentos se han otorgado ante testigos y el 11% ante notario. La mayoría de los otorgantes, el 92 %, designan representante. Un 7 % manifiestan su voluntad de ser donantes de órganos y tejidos para trasplantes y, dos tercios de ellos, también para fines de docencia e investigación. Otro tipo de instrucciones no se comentan aquí por su escasa significación.

4.- Una primera reflexión.

Es obvio que de una muestra tan escasa no deben extraerse conclusiones, pero sí cabe alguna reflexión inicial. Con excepción de los testigos de Jehová, instrucciones tan generales o tan difusas como las que contienen los documentos del resto de los otorgantes, tendrán una utilidad muy limitada a pie de cama, porque no van más allá de las exigencias obvias de la buena práctica médica y no manifiestan deseos ni decisiones sobre situaciones concretas. Dicho de otra forma, su contenido resulta poco operativo y revela que no se han elaborado tras un proceso de reflexión y de deliberación suficientes. Están poniendo de manifiesto además que, en la mayoría de los casos, no se ha deliberado con su médico de familia, con sus médicos especialistas o con otros profesionales sanitarios.

Las repetidas referencias a “no ser sometidos a tratamientos desproporcionados o extraordinarios y a que no se atrase de forma abusiva e irracional el proceso de la muerte” sin duda obedecen al extendido miedo a padecer la práctica de tratamientos encarnizados y fútiles como los que, en ocasiones, se han observado en familiares o amigos, o de los que se ha tenido noticia en el entorno más o menos cercano. La expresión de ese deseo genérico difícilmente supondrá alguna modificación sustancial de la práctica médica que se llevaría a cabo en ausencia de esas instrucciones.

La referencia, tan frecuente como la anterior, al deseo de no padecer sufrimientos inútiles y la solicitud de medidas paliativas es también, a nuestro juicio, muy probablemente ineficaz, si no se refiere al rechazo de un tratamiento o un procedimiento concretos. Ni qué decir tiene que las medidas paliativas son imprescindibles e irrenunciables cuando están indicadas.

Únicamente la designación de uno o varios representantes puede paliar las carencias e inconcreciones de

las instrucciones expresadas, al señalar el interlocutor válido ante el equipo médico que atienda al paciente llegado el caso.

5.- Sobre la conveniencia de registrar los documentos.

La legislación vigente en Navarra no exige el registro de los documentos de voluntades anticipadas y concede idéntica validez a todos estén o no registrados. La breve experiencia a la que nos estamos refiriendo ha puesto de manifiesto las dificultades que presenta la existencia de documentos registrados junto a otros sin registrar y la confusión que esta situación puede provocar en los facultativos. Estimamos que si se ha otorgado un documento de acuerdo a lo establecido en las leyes, lo mejor y más operativo es que esté registrado.

Así se evitarían confusiones y equívocos sobre documentos que pueden estar incluidos en una historia y que, sin embargo, pueden haber sido revocados por otros que no lo están. En otros casos, la consulta del registro puede hacer creer que el paciente no ha otorgado documento de voluntades anticipadas y, por el contrario, existir y permanecer poco accesible o “escondido” entre los numerosos documentos que contiene una historia clínica, sin estar registrado. O incluso un documento registrado puede estar revocado por otro no registrado.

Por estas razones, aun cuando la ley no establece esta obligatoriedad, se ha adoptado la decisión de recomendar sistemáticamente el registro a aquellas personas que consultan y que ya han decidido otorgar sus voluntades por escrito.

No obstante lo anterior, no se debe pretender encorsetar las instrucciones previas y la planificación de cuidados en un único procedimiento de manifestación de voluntades. Hasta ahora estamos considerando la mejor forma de hacer operativo y eficaz un procedimiento administrativo previsto en la ley. Ello no pretende excluir o ignorar, ni mucho menos, otras formas de expresión y de registro documental tal como las que pudieran quedar reflejadas en la historia clínica como fruto de las manifestaciones del paciente o de un proceso de diálogo y deliberación entre el paciente y su médico. A buen seguro, estos tipos de “manifestaciones” se están produciendo ya en la práctica clínica cotidiana e irán cobrando reconocimiento explícito, formalmente legal, en el futuro.

6.- A modo de balance.

Podríamos considerar un fracaso el hecho de que se-
an pocos los documentos registrados y que, además, hayan
sido otorgados en su gran mayoría por personas de un
determinado credo religioso. Sin embargo, no creemos
que el objetivo principal sea la proliferación de docu-
mentos, sino la conciencia ciudadana del derecho a decidir
sobre los tratamientos y los cuidados sanitarios anticipa-
damente, ante la previsión de no poder hacerlo llegado el
caso. El documento es un instrumento más, que no tiene
por qué ser el único ni necesariamente el más útil. El
tiempo y las actuaciones de los sujetos implicados, pa-
cientes y médicos, irán marcando caminos.

Sin embargo, constituye un motivo de preocupación
el hecho de que se avance lentamente en la información a
los profesionales y en su implicación efectiva en este tema
y, por otra parte, que los ciudadanos conozcan en una
medida todavía insuficiente, su derecho a planificar, si lo
desean junto a allegados y profesionales sanitarios, los
cuidados que pretenden recibir llegado el momento en el
que no puedan decidir por sí mismos.

En la actualidad, se vienen realizando charlas dirigi-
das a asociaciones de ciudadanos que solicitan ser infor-

mados sobre los aspectos legales y éticos de las volunta-
des anticipadas. Asimismo, se mantienen contactos con
los Comités de Ética Asistencial de los centros sanitarios,
de cara a impulsar la formación de los profesionales. Ciu-
dadanos y profesionales tienen que recorrer un camino
que precisa del apoyo y del refuerzo social e institucional.

Somos conscientes de que como todo procedimiento
administrativo éste que ahora nos ocupa, también resulta
inevitablemente burocratizado. No obstante, no queremos
olvidar que el marco principal en el que se deben de plan-
tear los temas relativos a las instrucciones previas es el de
la relación clínica entre los profesionales sanitarios y sus
pacientes y que, por lo tanto, una parte fundamental de
nuestros esfuerzos se deben dirigir a reforzar el papel de
esa relación a la hora de formular voluntades anticipadas.

Finalmente, como ya se ha señalado más arriba, en
nuestra comunidad permanece pendiente de resolución el
problema de la accesibilidad de los médicos al registro,
aun cuando su abordaje está previsto para un futuro pró-
ximo. Este problema requiere de soluciones automatizadas
que garanticen la rapidez y agilidad que prescribe la le-
gislación para que el sistema resulte efectivo.

EL CONCEPTO DE FETO EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

Josep Tomàs Salàs Darrochoa.

Abogado.

Doctorando Universidad Autónoma de Barcelona

INDICE_1.- INTRODUCCION 2.- CONCEPTO DE FETO: UNA PRIMERA APROXIMACION 3.- FETO Y ESTATUTO JURIDICO DE LA VIDA HUMANA ANTENATAL.- 4.- LIMITE INFERIOR DE LA PROTECCION PENAL A LA VIDA PRENATAL 5.- LIMITE FINAL DE LA PROTECCION PENAL DE LA VIDA HUMANA ANTENATAL 6.- CONCLUSIONES 7.- BIBLIOGRAFIA

SUMARIO.-

Se dirige el presente trabajo a indagar en el concepto del elemento típico feto contenido en diversos artículos del Código Penal de 1995 bajo dos premisas claras, tales que, el concepto a suministrar tiene que servir al unísono para los distintos delitos que lo contemplan -aborto, lesiones al feto y manipulaciones genéticas- y a su vez tiene que ser coherente con las distintas menciones al feto contenidas en un conjunto de normas jurídicas que agrupamos bajo la rúbrica común de Estatuto Jurídico de la Vida Humana Antenatal.

1.- INTRODUCCION

En el capítulo de novedades que el nuevo Código Penal español de 1996 incorpora respecto de la anterior regulación es obligado señalar los delitos previstos en los Arts. 157¹ y 158² -lesiones al feto- y los delitos de los

1 Reza este artículo:

" ... El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

2 Reza la norma en cuestión:

El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la

Arts. 159 a 162 -en sede manipulaciones genéticas y de los que a efectos de nuestro trabajo nos centraremos en el tipo del Art. 159 CP³ -, así como admisión dentro de los tipos de aborto ex Art. 144⁴ a 146 del aborto imprudente, en tanto y cuanto no se corresponden a delitos ya previstos en la regulación derogada.

En este sentido, aún cuando la protección de la vida prenatal ya se venía acometiendo históricamente mediante los tipos de aborto -ejemplo paradigmático de derecho penal histórico-, es lo cierto que aquella lo era limitadamente por lo que la regulación acometida por el Legislador español no puede entenderse sino como parte del

profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto..."

3 Y este:

" ... 1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años..."

4 Artículo del tenor:

" ... El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño..."

movimiento de protección integral del feto -o de la spes vitae en terminología de autores como Queralt Jiménez - que había venido siendo contemplado progresivamente por otras ramas del Ordenamiento Jurídico español que recogían a su vez iniciativas políticas y legislativos surgidas en Europa por una serie de factores heterogéneos - el asunto Contergan⁷, la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral⁸, la por entonces incipiente preocupación biotecnológica⁹, -Línea de protección sociopolítica potenciada de diario por el progreso científico en materia de biotecnología y medicina⁹, que, amplia y pacíficamente asumido por la Comunidad -baste ver el impacto social y mediático de fenómenos como las Técnicas de Reproducción Asistida, Proyecto Genoma, Organismos Genéticos Modificados de los que nos ilustra el reciente estudio del CIS (nº 2412) respecto de las opiniones de los españoles ante la Biotecnología y del que se obtienen interesantes cuando y sorprendentes conclusiones¹⁰ - se retroalimenta generando una demanda de protección de los eventuales peligros y/o efectos indeseados de los mismos.

De ahí que uno y otro delito -por no mencionar el siempre polémico delito de aborto- susciten importantes cuestiones dogmáticas -cifra herencia genética como bien jurídico protegido, la existencia de un derecho a la reproducción con nomen proprio, la prevalencia en ciertos ca-

sos de la salud y/o integridad física sobre la propia existencia -principio de calidad de vida-, un posible nuevo concepto penal de lesión con entidad cualitativa antes que cuantitativa, la correcta resolución de las cuestiones concursales, ... - que por la extensión del presente trabajo no podemos mas allá que citar, pero si tratar limitadamente en cuanto a una de ellas a partir de la observación de que ambos delitos, junto con los de aborto ex Arts. 144 a 146 CP, comparten -terminológicamente, de manera explícita o implícita- el elemento típico¹¹ feto¹², cuyo estudio resulta especialmente relevante atendido que el mismo nos lleva sin solución de continuidad a la cuestión del inicio de la protección penal de la vida humana y en parte, sobre los “nuevos” límites del Derecho Penal.

Es por tanto sobre esta cuestión respecto de la que mediante el presente intentaremos suministrar ciertas ideas en orden a su interpretación y entendimiento, especialmente ante la necesidad de una sistemática intracódigo o en otras palabras, que el concepto de feto que se maneje no sea distinto en unos y otros delitos, sin perjuicio de las acotaciones que cada concreto tipo presente en el particular. Y si bien la cuestión no es novedosa en sí misma pues el concepto es preexistente el ACP, si lo es en cuanto a su necesidad interpretativa absolutamente condicionada por los nuevos delitos introducidos, pues de ordinario el delito de aborto no presenta una problemática tan grave al desempeñarse las conductas delictivas en momentos¹³ relativamente seguros en cuanto a la existencia de un feto.

⁵ Queralt Jiménez, J.J.- “Derecho Penal, Parte especial”, 3ª ed., J.M. Bosch Editor, S.L., Barcelona, 1996, pág. 47.

⁶ Ramón Ribas, E.- “El delito de lesiones al feto. incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud”, Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 79, en la que el autor señala que hasta dicho hito no se advertía la existencia de una laguna de punibilidad en ese ámbito, actuando este como detonante de la asunción de protección del nasciturus.

⁷ El Consejo de la entonces CEE había adoptado la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre (LCEur 1992\3598) que contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia

⁸ Ya en 1988, la Comisión de Ciencia y Tecnología del Consejo de Europa propuso la elaboración de un instrumento que abordara la regulación de la tecnología humana. Idea reiterada en la Recomendación 1100 del Consejo (1989) y en la 17ª Reunión de Ministros de Justicia de la que deriva en 1991 la recomendación 1160 de la Asamblea del Consejo,

⁹ Entre otros hitos, la comunidad empieza a familiarizarse con la mención de terapias capaces de corregir los defectos genéticos que causan enfermedades, con tejidos y órganos para trasplante creados in vitro que alivien la escasez de donantes, con medicamentos diseñados a medida para cada paciente en particular, con robots que realicen cirugías actualmente impensables,...

¹⁰ Centro de Estudios Sociológicos.- Opiniones y actitudes de los españoles hacia la biotecnología.- Estudio 2412, Marzo de 2001

¹¹ El uso de este eufemismo es deliberado por cuanto no trataremos en el presente -al ser innecesario para su finalidad- si el feto es sujeto pasivo o mero objeto del delito, aun cuando tampoco prescindamos de dar nuestra opinión al respecto en favor de considerarlo sujeto pasivo del delito.

¹² Esto es así sin duda en los delitos de aborto y lesiones al feto y en parte en el delito de manipulaciones del Art. 159 del Código, cuya conducta puede realizarse, también, sobre las personas aunque intuitivamente se aprecia que, por la facilidad de la acción, este tendrá lugar de ordinario en las épocas más tempranas de la vida humana -cuando no antes en el supuesto de acción sobre células germinales-. Por contra, mas allá de estos delitos entendemos que no cabe hablar de feto como elemento típico en ningún otro delito, lo que es especialmente criticable respecto de los delitos de riesgo previstos en el Tit XVII, entendidos como primera línea de defensa de la vida, salud e integridad de las personas y que por tal razón no son predicables respecto del feto.

¹³ Como se verá, los problemas más difíciles se presentan en el margen de los primeros catorce días de vida humana, que normalmente no darán especiales problemas en sede de aborto, al desconocer normalmente la propia gestante su estado.

2.- CONCEPTO DE FETO: UNA PRIMERA APROXIMACION

Entrando en materia respecto de que es y que debe entenderse bajo la rubrica típica feto, entendemos necesario hacer ciertas precisiones previas en cuanto que contribuirán a centrar los términos dogmáticos y legales de la cuestión.

Así, existe práctica unanimidad doctrinal - embriología, fisiológica, biológica, ontogénica y jurídica- y jurisprudencial en definir al feto como el producto del proceso fisiológico de la gestación, constituyendo cabalmente la cuestión conflictiva la determinación de sus límites cronológicos - inferior y superior-, ante la evidencia de que este período vital esta, por naturaleza, limitado cronológicamente a 280 días aproximadamente¹⁴. Y si bien ambos límites son complejos y debatidos en su determinación, el problema ontológico que supone la determinación del inferior es de tal dimensión que lo reputamos señaladamente mas complejo y difícil que el límite superior.

Pero en todo caso resulta obligado - baste la mera contemplación del Ordenamiento Jurídico Español- advertir la existencia de regulaciones normativas de diferentes ámbitos de la vida fetal, de manera tal que permiten por inducción - como por otra parte es habitual en casi en todas las legislaciones - reconocer un completo estatuto jurídico del feto, aún cuando por algunos autores se nomina como del Embrión Humano - Femenía¹⁶, Moro Almaraz¹⁷, ... -, del Preembrión - Carcaba Fernán-

¹⁴ La sentencia del Tribunal Supremo de 5.4.1995 (RJ 1995\2882) alude al problema cuando cita:

“...pero puede afirmarse que, en estos supuestos de vida dependiente, las lesiones causadas durante el curso de la gestación deben tener relevancia penal porque la acción -en sentido lato- se intenta y realiza sobre una persona, la madre, y el resultado -demostrada la relación causal- trasciende al feto por ser parte integrante de la misma, aunque las taras somáticas o psíquicas no adquieran notoriedad o evidencia hasta después del nacimiento...”

¹⁵ Aun cuando deba reconocerse la existencia de intentos cabalmente dirigidos a regular exclusivamente sino todo el Estatuto si partes importantes del mismo, como por ejemplo, el Louisiana Statute on IVF & ET (Louisiana Revised Statutes Annotated n° 964) del Estado USA del mismo nombre que consituye un intento de regular completamente el estatuto del preembrión in vitro.

¹⁶ Femenía López, P., “ ...Status jurídico del embrión humano ...”, ob. cit.

¹⁷ Moro Almaraz, M.J., “ Aspectos civiles de la inseminación ...”, ob. cit. pág. 115, donde señalaba ya en 1988 la urgencia de dicho estatuto por cuanto “ ...ciertas actividades de los científicos (.../...) ponen en peligro el respeto del embrión humano que pasa a ser un mero instrumento ...”

dez¹⁸ -, o del Embrión y del Feto - Romeo Casabona¹⁹ -, y que por nuestra parte, a fin de no exasperar²⁰ la taxonomía reputaremos de la vida humana antenatal²⁰. De ahí que entendamos necesario como primer paso y en aras a un principio de unidad del ordenamiento jurídico, coherente, en la medida de lo posible, cualquier concepto penal que se de de feto con lo que resulte de dicho Estatuto. E intimamente relacionado con lo expuesto y acorde con la idea dada de feto como producto de la gestación, entendemos necesario recordar que no debe confundirse la idea visual de feto con la funcional del mismo, o lo que es lo mismo, debe asumirse²¹ la naturaleza fetal de las envolturas fetales -placenta²² - y de los anexos fetales -saco vitelino²³, amnios y líquido amniótico²⁴, cordón umbilical²⁴ y alantoides²⁵ -, pues si bien en sentido estricta-

¹⁸ Carcaba Fernández, M.- “ Los problemas jurídicos ...”, ob. cit. pág. 122

¹⁹ Romeo Casabona, C.M., “ El Derecho y la Bioética ante los límites”, ob. cit. pag. 409

²⁰ Esto es, como comprensivo de los distintos estadios que según se verá pueden desde un punto de vista científico, aun cuando es cierto que la parte mas importante y problemática del mismo venga -por la relevancia de las técnicas de reproducción asistida e ingeniería genética- referida a los que se conoce por periodo embrionario y preembriionario..

²¹ En forma sencilla, la placenta es un organo fetomaterno compuesto de dos partes, una fetal desarrollada a partir del saco corionico y otra mas pequeña conocida como materna y derivada del endometrio materno. Funcionalmente cumple tres funciones basicas: regular el metabolismo, proveer a los intercambios fisiologicos (agua, nutrientes, gases, residuos,...) entre madre y embrión y procurar una secreción endocrina adecuada. La afirmación de la placenta como organo fetal viene derivado del examen del funcionamiento inmunitario de dicho organo respecto de la madre y de supuestos como la enfermedad de Runt (limitación de peso de algunos fetos) originadas por un rechazo a la placenta por parte del sistema inmunologico de la madre. Un requisito básico para el normal desarrollo del feto es la correcta circulación sanguínea materno fetal que aporta oxígeno y nutrientes, por lo que la incidencia negativa en el desarrollo del feto de acciones sobre la placenta es evidente desde la Ciencia médica

²² El saco vitelino es una cavidad cística que se origina en la primera semana de desarrollo con la entrada de leche materna en el embrión, desarrollando funciones alimenticias (nutrición histotrofa). A partir de la sexta semana el feto prescinde de él, pasando una parte de él a formar parte del intestino del feto y otra queda atrofica.

²³ El amnios formará el saco amniótico dentro del cual se desarrollara el feto. Dicho saco queda lleno del liquido amniótico rodeando al feto. El liquido amniótico es esencialmente liquido presente en los tejidos maternos que se concentra por difusión y es en un 99% agua -también en pequeñas dosis resulta de otros componentes-. Su función es clave en la medida que el feto deglute ese liquido absorbiendolo mediante los aparatos respiratorio y digestivo y flota suspendido en él que actua como amortiguador de movimientos externos.

²⁴ El cordón umbilical conecta el feto con la placenta y sus dimensiones acostumbra a ser de 1 a 2 cms de diametro y unos 30 a 90 cms. de longitud.

²⁵ La alantoides es una pequeña continuación del saco vitelino que se forma durante la tercera semana de desarrollo y que tiene gran importancia en la formación de celulas sanguíneas en la creación de la vena y arterias umbilicales.

mente-anatómico tan solo la alantoides y una pequeña porción del saco vitelino forman parte del feto siendo el resto expulsados en el parto, funcionalmente dichos órganos se configuran como esenciales para el desarrollo del feto y no son originariamente constitutivos de la madre en situación no gestaciones, de manera que un ataque sobre estas estructuras, capaz de concretarse en los resultados típicos, debe entenderse delictivo -especialmente, en cuanto al delito de lesiones al feto-.

3.- FETO Y ESTATUTO JURIDICO DE LA VIDA HUMANA ANTENATAL.-

Sin dejar de tener presente el apunte efectuado en cuanto a la multiplicidad de aspectos que regula este indicado estatuto -valga la obra de los autores citados anteriormente- de lo que resulta que su estudio completo rebasaría los límites de un estudio como el presente y que tan solo lo abordaremos de modo instrumental al presente trabajo, podemos considerar como parte integrante del mismo las siguientes normas o grupos de normas:

3.1.- Normas Internacionales:

Grupo en el que por haberlas ratificado España podemos incluir:

- La Declaración Universal de los Derechos humanos de 10.12.1948 -cuyo artículo 3º hace referencia a la protección de la vida -,
- El Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y Libertades Fundamentales de 4.11.1950 -cuyo Art. 2 atiende igualmente a la cuestión-
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16.12.1966 -cuyo Art. 6 afecta también a nuestro estudio- aun y cuando es cierto que es cuestionado en la doctrina que la protección a la vida que dispensan dichos Instrumentos alcance al periodo antenatal -por todos, Femenía López²⁶ -.

E igualmente debe mencionarse que España ha ratificado el Acta Final de Helsinki de 1.8.75 y la Declaración Internacional de Derechos del Niño de 20.11.1989 en cuyo Preámbulo se reconoce la protección jurídica del niño antes y después del nacimiento. Por su parte, el Par-

²⁶ Femenía López, P., “...Status jurídico del embrión humano...”, ob. cit. pág. 126

lamento Europeo en Resolución de 6.10.1979 aprobó la “Declaración de los Derechos del niño no nacido” cuyos artículos 1 y 2²⁷ contienen un expreso reconocimiento de derechos para el feto, aun cuando carezca de carácter vinculante para los Estados.

3.2.- Constitución Española.-

Como no podía ser de otra manera, la Constitución Española es parte esencial del estatuto examinado. De su contenido, entendemos que son numerosas los principios y/o normas de las que puede ser destinatario y/o beneficiario el feto, pero de modo intuitivo en relación al presente estudio surge el examen del Art. 15 que consagra el derecho a la vida de todos con la fórmula aparentemente sencilla “... todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...”.

Aparentemente sencilla -se enfatiza- por cuanto pudiere entenderse que precisamente con la noción “... todos...” se da cobijo al Derecho a la vida y a la integridad del feto²⁸, pero que en realidad esconde un profundo debate del que en conclusión puede sentarse que esa protección se reconoce aunque con ciertas matizaciones. Esto no obstante, y concretada la cita del indicado precepto a la protección de la vida, salud e integridad del feto, esta debe, como regla general, proclamarse desde ese ámbito constitucional -y a diferencia de la dispensada a la vida, sin reserva de ningún tipo en cuanto a la de la salud e integridad-. Así resulta de la interpretación que el Tribunal Constitucional hizo de este precepto en la ya

²⁷ Este artículo reza:

“... El niño que va a nacer debe gozar desde el momento de su concepción de todos los derechos enunciados en la presente declaración. Todos estos derechos deben ser reconocidos a todo niño que va a nacer sin ninguna excepción ni discriminación basada en la raza, color, sexo, lengua, religión, origen nacional o social, estado de desarrollo, estado de salud o las características mentales y físicas ciertas o hipotéticas y toda otra situación que le concierna o concierna a su madre y a su familia...”

Y el Art. 2 por su parte reza:

“... La Ley debe asegurar al niño antes de su nacimiento con la misma fuerza que después, el derecho a la vida inherente a todo ser humano...”

²⁸ Al hilo de la afirmación, es preciso recordar como en el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda, después aprobada, que proponía utilizar el término «todos» en sustitución de la expresión «todas las personas» -introducida en el seno de la Constitución para modificar la primitiva redacción del precepto en el Anteproyecto por estimar que era técnicamente más correcta con la finalidad de incluir al nasciturus y de evitar, por otra parte, que con la palabra persona se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución.

aludida STC 53/85²⁹, en la que la protección de la vida e integridad del feto -reputado valor constitucional- solo admitía como excepción -y para la vida del feto y no su integridad- determinadas situaciones de conflicto con derechos e intereses de la madre.

3.3.- Código Civil.-

Se contienen en este cuerpo legal ciertas normas - Arts. 29, 30, 627 y 959 - por las que se determinan la personalidad tomando el nacimiento como base al que se anudan ciertas condiciones y se reconoce la figura del nasciturus³⁰ protegiéndolo en determinados supuestos, aunque sin reconocerle personalidad jurídica o una cierta forma de personalidad jurídica, echándose en falta en este sentido normas como las contenidas en el Art. 1 del Código Civil del Perú³¹ o en el Art. 70 del Código Civil³² de Argentina.

3.4.- Ley 35/88 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 22.11.88 y Ley 42/88 de Donación y Utilización de Embriones y Fetos de 28.12.1988

Leyes que a caballo entre el ámbito administrativo y el civil³³ son las que por su objeto contienen numerosos referentes validos para nuestra labor. Estas leyes que fueron promulgadas en idéntico marco temporal, tomaron

29

De la que deben a estos efectos entresacarse dos párrafos:

“... ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional...”

y

“... En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental (a la vida)...”

30

Este artículo es trasunto de la ley 3ª, Título 23 de la Partida 4ª que rezaba:

“... desmiente que estuviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que faga o se diga a pro de ella, aprovechase ende, bien así como si fuese nacida, mas lo que fuese dicho o fecho a daño de su persona o de sus cosas, no le empece...”

31

Este artículo reza:

“... La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales esta condicionada a que nazca vivo...”

32

Este artículo reza:

“... Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido...”

33

Si bien es cierto que su regulación es esencialmente administrativa también lo es que contienen importantísimas normas sobre filiación.

como antecedente el Informe Palacios³⁴ y en su texto se aprecian las aportaciones de científicos procedentes de la Biología, Medicina, Genética y Ginecología al incorporar en su articulado conceptos médicos que por tal razón pasan a ser jurídicos y constituyen ciertamente la clave de bóveda del aludido Estatuto.

La primera de ellas -Ley 35/88 en lo sucesivo, TRA- intenta suplir esa carencia definiendo en parte un concreto estatuto jurídico de la vida embrionaria que asume la posterior Ley 42/88. Ya en la Exposición de Motivos de esa Ley se avanza :

“... Con frecuencia, se plantea la necesidad de definir el status jurídico del desarrollo embrionario, especialmente en los primeros meses, pero hasta ahora no se ha hecho o se hace de forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del status biológico embrionario, tal y como indica el Consejo de Europa en su Recomendación 1.046, de 1986...”

Según dicha norma y con un marcado carácter biológico³⁵ debe distinguirse en la vida antenatal un triple estadio: preembrión, embrión y feto que resultan delimitados y definidos respectivamente como:

- Preembrión -también denominado embrión preimplantatorio por corresponderse con la fase de preorganogénesis- recogido en los Arts. 12.1 y 13.1 de la Ley.

34

Informe Palacios o con mas propiedad “ Informe y trabajos de la comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados 1987”

35

Clasificación de marcado trasunto biológico que se corresponde esencialmente con la expuesta por Carrera -cif. Carrera Maciá, J.M.- “Embriopatología y diagnóstico prenatal” en “ Progresos en Diagnóstico Prenatal”, Vol. 6, nº 1, Enero-Febrero 1994, pág. 3- cuando distingue en la vida prenatal tres estadios

a) *Estadio Blastémico, que transcurre desde la concepción hasta la aparición del primer tono cardíaco -aproximadamente hacia la tercera semana post-concepción-*

b) *Estadio Embrionario, que comprende desde la cuarta semana hasta el final del cuarto mes y que es la fase donde se produce la organogénesis. El producto de la concepción recibe aquí el nombre de embrión.*

c) *Estadio fetal, que transcurre desde el inicio del quinto mes hasta el momento del nacimiento y que es la etapa en la que se produce el crecimiento y maduración del producto de la concepción, que recibe el nombre de feto.*

Aun cuando debe dejarse sentado que esta clasificación no es unánime por cuanto como recoge la Recomendación 1046/ 86 del Consejo de Europa no existe consenso sobre el status biológico de la vida humana dependiente siendo diversos los acercamientos a la figura según se hagan desde la Patología o la Clínica -que es desde la que la contempla el autor citado-

Resumidamente ³⁶, el óvulo fecundado por el espermatozoide o cigoto, normalmente situado en la ampolla de la trompa uterina, inicia una serie de divisiones mitóticas dando lugar a las células llamadas blastómeros. Cuando la compactación de estos supera las doce células pasa a conocerse como mórula, convirtiéndose en el blastocisto a su llegada al útero donde el objetivo será fijarse -implantarse- al endometrio, al que aproximadamente catorce días más tarde se estimará establemente anidado y en el que aparecerá la línea primitiva. Esta terminología es adoptada por los Consejos Europeos de Investigación Médica de Dinamarca, Finlandia, R.F.A., Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica) siendo importante señalar que esta fase puede darse biológica y legalmente en el útero de la mujer o in vitro -artificialmente-. Biológicamente, supone la salida del óvulo del ovario, su recorrido por la Trompa de Falopio, su fecundación al encuentro -fusión en un sentido gráfico- del gameto masculino y su llegada al útero o bien ³⁷ y entrando en el campo de la reproducción asistida: la introducción del semen del hombre en el aparato genital de la mujer mediante técnicas e instrumental adecuado (supuesto de inseminación artificial) la obtención ³⁸ de los gametos masculinos y femeninos y su puesta en contacto artificial para una vez fecundados o en su caso tras una pequeña fase de crecimiento -que supone las primeras divisiones del cigoto en ³⁹ blastómeros- in vitro, trasplantar el cigoto o estos al útero en espera de su anidación estable (supuestos de fecundación in vitro con o sin transferencia de embriones).

- Embrión propiamente dicho, recogido en los Arts. 12.2 y 13.2 de la Ley y por el que se entiende la fase de desarrollo que continuando la anterior señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de

³⁶ Un exhaustivo estudio del desarrollo humano semana a semana se encuentra en Moore, K y Persaud, T.N.V.- "Embriología Clínica", Ed. McGraw-Hill Interamericana, Mexico 1999

³⁷ Una exposición de dichas técnicas desde el punto de vista jurídico se halla en Herrera Campos, R.- "La inseminación artificial: Aspectos doctrinales y regulación legal", Ed. Comares, Granada, 1991.

³⁸ Un completo desarrollo médico de dichas técnicas puede verse en Bonilla Musoles, F.- y Pellicer, A.- "Desarrollo histórico y estado actual de la fertilización in vitro en el mundo". Clínica Ginecológica, Vol. 9 nº 2, Barcelona, 1985.

³⁹ Se utiliza el plural embriones por cuanto en la práctica médica se acostumbra a transferir varios embriones aumentando así la esperanza de embarazo. En este sentido, Dankedar, en un estudio de 1984, cifra el porcentaje de éxito en cuanto a embarazo en el 7%, 21% y 28% si se transfieren uno, dos o tres embriones

los órganos humanos y cuya duración es de dos meses o dos meses y medio. Criterio ampliamente difundido y homologable entre otros, con el Informe de la Comisión del Parlamento de la R.F.A para estudio de las "Posibilidades y Riesgos de la tecnología genética", con el Documento del CAHBI o Comité adhoc de Expertos sobre el proceso de las Ciencias Biomédicas de 5.3.1986 y con en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In vitro y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados antes indicado, e incluso, con la acepción lingüística del término según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua ⁴⁰

- Finalmente por feto se entiende la fase más avanzada del desarrollo intrauterino con el embrión adoptando apariencia humana y sus órganos formados que maduran paulatinamente asegurando la viabilidad y futura autonomía después del parto.

Es fundamental en la materia señalar que, a diferencia de la primera, las dos últimas fases solo se admiten legalmente in utero, por cuanto aún accesibles a la técnica en la modalidad in vitro la TRA lo prohíbe expresa y tajantemente. Esta distinción es recogida a su vez por la Ley 42/88 de Donación y Utilización de embriones y fetos humanos de 28.12.88, al regular la donación de células, tejidos u órganos de embriones y fetos, considerando a aquellos desde el momento en el que el óvulo fecundado -in vitro o in útero- se implanta establemente en el útero y establece una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante.

3.5.- Ley 31/1995 de 8 de Noviembre sobre Prevención de Riesgos Laborales modificada por la Ley 39/1999 de 5.11 de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Norma que en su Exposición de Motivos ya indica que viene a cubrir una laguna, previendo que en los supuestos de maternidad en los que, por motivos de salud de la madre o del feto se haga necesario un cambio de puesto de trabajo o función y este cambio no sea posible, se declare a la interesada en situación de riesgo durante el embarazo con protección de la Seguridad Social.

⁴⁰ Según la segunda entrada de dicho vocablo:

".. En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo..."

3.6.- Código Penal.-

Por razones metodológicas se ha dejado en último lugar este Texto. No cabe duda que el Código Penal forma parte de este estatuto en la medida que claramente protege -y lo hace con la más grave de las conminaciones posibles, la pena- la vida antenatal, pero esta aparente sencillez cesa cuando se llega al punto de dar respuesta específica a la cuestión fundamental de cuando entra en juego y termina la protección penal a la vida prenatal, que variará según se admita la plena coincidencia del elemento típico *feto* con toda la vida antenatal⁴¹ en el triple estadio examinado o tan solo con parte de ella.

Y en este sentido, aún cuando la reseña de este estatuto nos haya llevado a observar que algunas normas no penales se ocupen de la cuestión del inicio de la vida humana, nuestro juicio atiende a reconocer que el Derecho Penal es soberano para construir sus propios conceptos en tanto y cuanto sea preciso para dar efectividad a la protección decidida de ciertos bienes jurídicos seleccionados, aún cuando se insista en que el reconocimiento de aquel pretendido principio de unidad del ordenamiento jurídico y la propia inserción de los delitos estudiados en el estatuto en cuestión aconsejen que cualquier construcción de un concepto jurídico-penal de *feto* deba ser, por lo menos, coherente con la que se maneje globalmente a efectos de dicho estatuto.

4.- LIMITE INFERIOR DE LA PROTECCION PENAL A LA VIDA PRENATAL

Desde dichas premisas y siguiendo el iter metodológico apuntado, debe hacerse mención que, aún admitido de manera general en la actualidad que el proceso biológico de la vida humana se inicia en el momento de la fecundación -por todos Zarraluqui⁴²-, son muchas las posturas que bajo distintos razonamientos y terminologías - “fase subhumana”, “fase plenamente humana”, “nueva vida humana”, “ser humano”, “ser humanizado”, ... - difieren el reconocimiento de la nueva vida humana, y de ahí su protección, a momentos posteriores, de entre las que por tanto deberá hacerse una elección. Además, de la posición que se adopte dependerá la respuesta a

⁴¹ *Vida prenatal es como ya se ha indicado el calificativo que se estima más adecuado para esta etapa de la vida humana, ratificando lo ya dicho.*

⁴² Zarraluqui, L.- “...La naturaleza jurídica de los elementos genéticos, separata de la Revista General de Derecho, Valencia, junio 1986, p. 2461.

importantes hitos no ya jurídicos sino sociales -piénsese en el uso de ciertas técnicas contraceptivas como la píldora abortiva⁴³ o la necesidad de dar destino a los óvulos fecundados sobrantes de los procesos de reproducción asistida⁴⁴-. Un breve repaso de estas posiciones obliga a considerar:

1. Teoría de la fecundación.- Que es entre otras posiciones la actual posición oficial de la Iglesia Católica -superado el estadio histórico de teorías como la de la animación retardada⁴⁵- y de la que resulta que la nueva vida es tal desde el momento en que se constituye la realidad biológica del cigoto o célula-huevo, resultante de la fusión del óvulo y del espermatozoide. El cigoto así resultante tiene una relevancia equiparable a la del recién nacido pues aun cuando su apariencia externa sea equiparable al cigoto de otras especies animales, sin embargo la información genética existente en la célula-huevo es humana y solamente humana y en la misma se prefigura íntegramente el individuo humano que se va a desarrollar a partir de aquél de manera única e irrepetible. Sin dejar de reconocer que el nuevo ser es, durante el desarrollo embrionario, dependiente del organismo materno, se afirma al mismo

⁴³ *La píldora abortiva o RU486 -nombre del expediente del proyecto del laboratorio que la desarrolló- cuyo compuesto activo es la mifepristona tiene la aptitud para provocar un aborto sin necesidad de realizar intervención quirúrgica al interrumpir el desarrollo gestacional del endometrio e impedir la implantación del embrión en el útero materno. Su efecto es posible en los 2 primeros meses de embarazo y está aprobada en algunos países pero limitada al uso hospitalario, pues causa efectos secundarios serios con frecuencia (sangrado profuso, dolores) y se sospecha que pueda ser causa malformaciones fetales.*

⁴⁴ Según el periódico “La Vanguardia” (edición de 26.1.1998) solo en Cataluña se calcula que existen unos 8.000 embriones congelados de los que, unos 1000 ya habrían superado el límite de cinco años que marca la ley -hay que recordar que la Ley 35/1998 de Reproducción Asistida fijó un límite de cinco años para los embriones congelados por el temor a que una conservación que excediera los cinco años pudiera provocar una degeneración de las células-. El origen del problema deviene de la dificultad/imposibilidad de congelar ovulos lo que obliga a fecundarlos y congelar el embrión, permaneciendo en nitrógeno líquido a -196°. Como que la ley también pone límites temporales a la disposición de los embriones obtenidos en el proceso de la Fivet (dos años) y algunas parejas una vez logrado el embarazo no quieren someterse de nuevo a este proceso pero tampoco quieren donarlos se produce ese excedente de embriones que es regularmente noticia al no preveer la ley su destino.

⁴⁵ Como indica Rodríguez Devesa -cif. “Derecho Penal español, Parte Especial, 13ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1986, pág. 79-, históricamente, durante los siglos XIII a XIX -básicamente por influencias aristotélicas (Política, Lib. VII c. 14, de animalium generationem, lib II, c.3; De animalium historia, lib VII, c.3) y tomistas-, se sostuvo la teoría de la animación retardada, según la cual el alma racional tomaba cuerpo no con la fecundación sino posteriormente. Desde el siglo XIX, la tesis contraria de la animación inmediata -que ya había comenzado a apuntar en el siglo XVII por influjo especialmente de algunos médicos: Fyens, Gassendi, Zacchia- se hace claramente dominante en la tradición católica.

- tiempo su autonomía y desde estas teorías se llama específicamente la atención sobre la continuidad del desarrollo del feto, que progresivamente irá alcanzando todas sus potencialidades. Esta teoría se correspondería con la fase nominada como preembrión en la Ley 35/88 TRA.
2. Teoría de la Concepción.- Existen posiciones para las que aún puede discriminarse más el fenómeno vital de la nueva vida humana, distinguiendo entre fecundación -en la que no se reconoce todavía la existencia de una nueva vida humana- y concepción. La base biológica de esta distinción se fundamenta en que la fecundación no es sino la penetración del espermatozoide en el óvulo, en tanto que la concepción llega tras la superación del estadio de singamia, en el que se produce el intercambio de información genética y la fusión de los dos pronúcleos de las células germinales dando lugar, ahora sí, a la formación del cigoto, proceso en el que en definitiva se han empleado unas 22 o 23 horas, e incluso posiciones más extremas sostienen que atendido que hasta el cuarto día del desarrollo embrionario no se da la expresión genética del padre al nuevo ser -hasta ese momento solo estaría actuando el material genético materno- no podría hablarse propiamente de comienzo de una vida humana sino desde este momento.
 3. Teoría de la anidación.- Para sus partidarios, ni la fecundación ni la concepción dan lugar a una nueva vida humana. Por el contrario, desde la constatación que tras dichos momentos biológicos y en un proceso que dura unos doce o trece días el cigoto avanza por las trompas, penetra en el útero y se implanta en el mismo mediante unas raicillas o villi que produce, que hasta dicho momento se mantiene abierta la posibilidad de división y de dar origen a gemelos monozigóticos idénticos - con lo cual, algo tan característico del ser humano como es su individualidad no está definitivamente determinado hasta aquel momento-, que existe un elevadísimo porcentaje de abortos espontáneos antes de finalizar la anidación de manera que en torno al 70% de los óvulos fecundados no llegan a realizar su implantación e, *in fine*, que la frontera de esos 14 días coincide también con la constitución de la línea primitiva o cresta neural -primer esbozo del sistema nervioso-, entienden que este es el momento desde el que cabe reconocer una nueva vida humana. Esta fase correspondería a la nominada como embrión en la Ley 35/88 TRA.
 4. Teoría de la actividad cerebral.- Ciertas opiniones sitúan el inicio de la vida humana en el momento de inicio de la actividad cerebral, hito que acontece entre los 43 y 45 días contados desde la fecundación, criterio que guarda relación con el históricamente sustentado por el judaísmo y el Islam.
 5. Teoría de la Tolerancia inmunológica.- Para esta postura, la vida humana se inicia en el momento de adquisición de su identidad genética, que no acontece con la fusión de los núcleos sino con la capacidad de distinguir inmunológicamente lo propio de lo extraño, datándolo en torno a la octava y duodécima semana de gestación.
 6. Teoría de la finalización de la organogénesis.- Para sus partidarios, el hito básico en la materia es la adquisición de apariencia humana, lo que acontece hacia los dos meses y medio de gestación, momento tenido en cuenta incluso por la medicina para dejar de hablar de embrión y hacerlo de feto. Específicamente, valoran el comienzo de la actividad eléctrica del cerebro del nuevo ser que relacionan, a su vez, con su carácter de nota distintiva del final de la vida en el otro extremo del ciclo vital. Esta teoría se identificaría con la fase propiamente fetal de la Ley 35/88 TRA.
 7. Teoría de la viabilidad extrauterina.- Entendida como momento en el que el nuevo ser alcanza la capacidad de poder vivir fuera del útero, que permite romper la nota de dependencia respecto de la madre..
 8. Teoría del nacimiento.- Postura del Derecho Civil - incluso con adiciones en forma de vida durante 24 horas como en el caso de Código Civil español-, que arranca a su vez del Derecho Romano, y para la que el nuevo ser es tal, cabalmente, desde que nace.
 9. Teorías relacionales.- Existen posiciones que no se conforman con las notas biológicas descritas hasta el momento, adicionando condicionantes como un mínimo proceso de socialización, la capacidad relacional con sus semejantes o la autoconciencia, entendida como capacidad discernimiento, razón y capacidad, que sitúan en torno a los 7 años de edad.
- Pero concretando aún más, esto es, respecto a cuando, por hallarnos ante el elemento típico feto debe otorgarse protección penal a esa vida humana, las posturas se reducen esencialmente a tres -sin perjuicio de que minoritariamente se continúen sosteniendo algunas de aquellas posturas- concretadas en los momentos o teorías de la fecundación, anidación y organogénesis. Ello es así, en

parte por consideraciones lógicas -en términos laxos, la distinción entre fecundación y concepción es mínima, como lo es la distinción entre actividad cerebral, inmunología y organogénesis, y en cuanto a las teorías del nacimiento y relacionales existe un consenso generalizado en rechazar el retraso de la protección a dicho momento-, y en parte por la influencia que en la materia ha tenido la terminología seguida por la Ley 35/88 de 22 de Noviembre TRA que como hemos visto acoge esa triple distinción, nominando a sus efectos a los distintos estados vitales como preembrión, embrión y feto y que actúa a modo de catálogo respecto del que se pronuncian la mayoría de los autores. En otras palabras y a modo de resumen, las posturas doctrinales pueden agruparse en tres posiciones, según que por feto se cobijen las tres fases descritas en la Ley 35/88 TRA, las dos finales (embrión y feto) o tan solo la última (feto).

La extensión a las tres fases del término típico feto - que supone por tanto equiparar feto a vida humana antenatal- por estimar originada la nueva vida humana en el momento de la fecundación es afirmada principalmente por Gracia Martín⁴⁶, que razona su posición aduciendo razones gramaticales -feto equivale a nasciturus- y normativo-teleológico-axiológicas - la protección a la vida debe ser íntegra-. En parecido sentido puede citarse a De la Cuesta Aguado⁴⁷, cuando resultante de sus razonamientos a propósito de las técnicas de reproducción asistida equipara fecundación y embarazo, y puede a nuestro juicio incluirse también en este grupo a Granados Pérez⁴⁸ cuando a propósito del delito de manipulaciones genéticas aboga por el reconocimiento de un posible estado o etapa de la vida humana que denomina de “ prefecundación “ a

⁴⁶ Gracia Martín, L.- “ Comentarios al Código Penal ” (Coord. J.L. Díez Ripollés), Ed. Tirant Lo Blanch Tratados y Comentarios, Valencia, 1999, pág. 619

⁴⁷ De la Cuesta Aguado, P.M.- “ La reproducción asistida humana sin consentimiento.Aspectos Penales”. Ed. Tirant Lo Blanch,1998,pág. 80 donde señala esta autora: “... No sucede lo mismo cuando se trata de reproducción asistida, donde cabra diferenciar temporalmente la acción de fecundar y la de embarazar dependiendo del procedimiento utilizado para obtener la reproducción asistida.Así, cuando se trata de una inseminación artificial o de una transferencia intratubárica de gametos, de la misma forma que en la reproducción natural, fecundar y embarazar no podrán ser considerados aisladamente ni existirá diferencia entre ambos. Fecundar a una mujer y embarazarla son sinónimos. Ahora bien, dejarán de ser sinónimos cuando se trate de Fecundación in vitro con transferencia de embriones. En este caso las fases de fecundación y embarazo son distintas y perfectamente separables, puesto que la fecundación se realiza temporalmente antes del embarazo y fuera del cuerpo de la mujer que solo quedará embarazada cuando los embriones sean implantados en su seno y acogidos en su cuerpo...”

⁴⁸ Granados Pérez, C.- “ Objeto material en los delitos contra las personas “ en “Delitos contra las personas “ Ed. CGPJ, 1999/3, Madrid, pág. 263

proteger penalmente -aunque no bajo la rubrica del Art. 157 CP- que le da pie a afirmar la íntegra protección penal de la vida prenatal. Es igualmente la postura de Carcaba Fernández⁴⁹ en materia civil, y la de algunos Pactos Internacionales suscritos por España⁵⁰, del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos⁵¹, de la Real Academia de Doctores de España⁵² y de legislaciones civiles como la peruana y la argentina⁵³ que se han ocupado de la cuestión expresamente.

Un segundo grupo de autores, sin negar la existencia de vida humana en el momento de la fecundación, abogan, normalmene al hilo del delito de lesiones al feto y bajo criterios de seguridad biológica y jurídica por iniciar la protección penal en el momento de la anidación, lo que implica por tanto la protección penal de las dos últimas fases TRA (embrión y feto)⁵⁴. En este grupo podemos encuadrar a Femenía López⁵⁵ -ceñido a sus construcciones civiles-, y en la doctrina penal a Bajo Fernández⁵⁶, Bustos Ramírez⁵⁷, Muñoz Conde⁵⁸, Flores Mendoza⁵⁹,

⁴⁹ Carcaba Fernández, M.- “ Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre.embrión) “ en “ la Filiación a finales del siglo XX”, Ed. Gobierno Vasco/Ed. Trivium, Madrid, 1988, pág. 394 .

⁵⁰ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, fue aprobada el 19 de marzo de 1984 y dispone en su art. 4º :

“ ... Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente... ”

⁵¹ Informe de dicho organismo de 19.2.1983, aun cuando debe precisarse que el mismo no se refiere a la protección penal sino, stricto sensu, al inicio de la vida.

⁵² Informe de dicho organismo de 25.4.1983, con idéntica precisión a la hecha en la nota anterior.

⁵³ Reza el Art. 63 de la Constitución peruana:

“ ... Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno....”

Y reza el artículo 70 de la Constitución argentina:

“ ... Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

⁵⁴ Femenía López, P., “ ...Status jurídico del embrión humano ..”, ob. cit. pág. 9

⁵⁵ Bajo Fernández, M.- “ Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas “ , Ed.Ceura, Madrid, 1991, pág. 25

⁵⁶ Bustos Ramírez, J.- “ Manual de Derecho penal, parte especial “ , Madrid, 1989, pág. 59

⁵⁷ Muñoz Conde, F.- “Derecho penal. Parte especial”, ob. cit. pág. 87

⁵⁸ Flores Mendoza, F.- “El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995” en Actualidad Penal nº 43 (18 – 24 de Noviembre de 1996), pág. 846

Laurenzo Copello -a propósito del aborto-⁵⁹, García Álvarez⁶⁰, Granados Pérez⁶¹, Romeo Casabona⁶², Emaldi Cirión⁶³, Farré Trepát⁶⁴ y Huerta Tocildo -si bien con matizaciones-⁶⁵, autora que apoya su posición en la STC 53/85, desde la que afirma que puede distinguirse entre gestación y concepción y concluye que el preembrión queda fuera de la protección jurídica al feto. Mas prolijo en su explicación es Romeo Casabona a propósito del Art. 157 CP, cuando tras reconocer que la vida humana comienza con la fecundación⁶⁶ razona, con cita de Lacadena⁶⁷ y de Alonso y Céfalo⁶⁸ la conveniencia del inicio de la protección penal en el día decimocuarto de vida apuntando entre otras razones que mas del 50% de

⁵⁹ Laurenzo Copello, P.- "El aborto no punible", Ed. Bosch, Barcelona, 1990, pag. 80

⁶⁰ García Álvarez, P.- "Lesiones al feto. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 1999", Cuadernos Jurídicos, 1996, pag. 13.

⁶¹ Granados Pérez, C.- "Objeto material en los delitos contra las personas" en "Delitos contra las personas" Ed. CGPJ, 1999/3, Madrid, pag. 257

⁶² Romeo Casabona, C.M.- "El Derecho y la bioética ...", ob.cit. pag. 151 y "Genética y Derecho" en "Biotecnología y Derecho: Perspectivas en Derecho comparado (ed. Carlos Romeo Casabona)", Ed. Diputación Foral de Vizcaya/Comares, Granada, 1998, pag. 47, donde el autor incide en parte en esta línea al manifestar que el embrión preimplantatorio obtenido in vitro y el embrión in tuero todavía no implantado en el endometrio precisan de una protección adecuada, incluso penal en los casos mas graves.

⁶³ Emaldi Cirión, Aitziber.- "El consejo genético y sus implicaciones jurídicas", Ed. Comares, Granada, 2001, pag. 211

⁶⁴ Farré Trepát, E.- "Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente", en "Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo", Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pag. 222

⁶⁵ Huerta Tocildo, S.- "De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto", en Libro Homenaje al Profesor José Manuel Valle Muñiz, 2001, Ed. , pag. 1430, si bien esta autora admite la posibilidad, que contempla para embriones in vitro, que lesionados estos en dicha fase si transferidos alcanzan la implantación y se desarrollan lesionados nos hallemos ante un concurso ideal entre delito de alteración del genotipo y delito de lesiones al feto dolosas o imprudentes.

⁶⁶ Romeo Casabona, C.M.- "El Derecho y la bioética ...", ob.cit. pag. 148.

⁶⁷ Romeo Casabona, C.M.- "El Derecho y la bioética ...", ob.cit. pag. 149, donde citando a Lacadena distingue entre comienzo de la vida (fecundación) y comienzo de la vida humana (anidación)

⁶⁸ Romeo Casabona, C.M.- "El Derecho y la bioética ...", ob.cit. pag. 149 donde citando a Alonso y Céfalo afirma que el cigoto no contiene la totalidad de la información precisa para la embriogénesis que adquirirá con el tiempo y por interacción con otras moleculares, aunque si contiene la información genética específicamente humana y la información extra-cromosómica indispensable para dar comienzo al proceso de diferenciación.

los huevos fecundados abortan espontáneamente antes de la anidación, lo que da idea de la precariedad de la vida humana en esos momentos⁶⁹. Sin embargo nótese que este autor⁷⁰ cuando alude de lege ferenda al sujeto pasivo del delito de manipulaciones genéticas del Art. 159 incluye a los tres estadios biológicos descritos lo que da idea igualmente de la susceptibilidad de lesión - y de ahí la correlativa de protección- de la primera fase descrita.

En parecida línea argumentativa, Valle Muñiz⁷¹ razona que la admisión de la intervención penal a partir de la fecundación -que reconoce como momento inicial de la vida humana- se radicaría en términos de exceso e imposible adecuación social, y que, permitiendo la Ley 35/88 la destrucción de preembriones sobrantes no le es dable al Derecho Penal, en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico y de los principios propios de carácter fragmentario e intervención mínima, crear ilícitos penales allí donde existe licitud administrativa, concluyendo esta batería de razonamientos significando, a fortiori, que si que el Legislador prohíbe en la Ley 35/88 la realización de investigación o experimentación en preembriones vivos in vitro mas allá de los catorce días siguientes a la fecundación del óvulo, así como mantener in vitro los óvulos fecundados y vivos mas allá del día catorce al de su fecundación, debe inferirse que dicho límite es jurídicamente el determinante del tránsito a la vida humana, y como tal, protegible. Y en este mismo sentido favorable al momento de la anidación deben citarse el Informe Palacios⁷², el Tribunal Constitucional Alemán en STC de

⁶⁹ Como ya se ha indicado, parece existir un aborto selectivo natural en la medida que el 36% de los abortos espontáneos corresponden a gestaciones con anomalías cromosómicas y este porcentaje se eleva al 80% de contar tan solo los abortos producidos en las primeras seis semanas de gestación.

⁷⁰ Romeo Casabona, C.M.- "Los llamados delitos relativos a la manipulación genética: ¿Derecho Penal simbólico? en "Genética y derecho" (Dtor C.M. Romeo Casabona), Ed. Consejo General del Poder Judicial, Colección Estudios de Derecho Judicial, nº 36, Madrid, 2001. pag. 353

⁷¹ Valle Muñiz, J.M. (Coord)- "Comentarios al Código Penal" (Dtor. Quintero Olivares, G.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pag. 757

⁷² Este Informe, ya referenciado, aludió a la cuestión en relación a si la experimentación con embriones podía conllevar el sacrificio de vidas humanas individualizadas. En esta tesitura, la Comisión valoró que "vida humana" no es equivalente siempre y en todo momento a "ser humano individualizado", noción que requiere en este la doble condición de unicidad y unidad. Y estas condiciones tan solo se dan a partir de la aparición en el embrión del primer tejido nervioso que se produce precisamente en el día catorce de la gestación, tras la anidación.

25.2.75⁷³, en el Derecho comparado, el legislador alemán y en la Jurisprudencia, la STS 30.1.1984.

Finalmente, un tercer grupo de autores se manifiesta en favor de un radical sentido limitativo admitiendo la protección penal únicamente para la última fase contemplada en la Ley 35/88 TRA, en el que se incluyen Peris Riera⁷⁵, González Rus⁷⁶, Oraa González⁷⁷, Higuera Guimerá⁷⁸ y Latorre Latorre⁷⁹. La razón básica para estos autores es la estricta observancia del principio de legalidad que obliga a circunscribirse a esta fase del desarrollo humano, siendo su extensión al embrión o preembrión un supuesto de analogía in malam parte. Así, el feto se corresponde exclusivamente con la fase más avanzada del desarrollo embriológico, ya con apariencia humana y con órganos que maduran paulatinamente y que por tal razón⁸⁰ precisa su protección. Significadamente Peris Riera⁸¹, partiendo de la existencia de matizaciones o grados en la protección de la vida, las aplica en el caso concreto distinguiendo entre vida humana y vida humana en formación. Esto no significa⁸¹ -se apresuran a matizar autores como Higuera Guimerá⁸¹ - que el preembrión y el embrión queden puertas afuera del Derecho Penal, sino que su protección no lo será tomando como referencia su vida o integridad sino con fundamento en otros bienes

⁷³ Sentencia en la que el Tribunal en cuestión afirmó que según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación.

⁷⁴ Así lo hizo al hilo de la regulación del aborto al promulgar el párrafo 219 del Código Penal Alemán con el tenor:

“... Las acciones cuyo efecto tienen lugar antes de la terminación de la anidación del óvulo fecundado en el útero no tienen el carácter de interrupción del embarazo en los términos de esta Ley...”

⁷⁵ Peris Riera, J.M.- “La Regulación penal de la manipulación genética en España”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 106, donde el autor afirma: “...En la actualidad resulta incuestionable la barrera diferenciadora de carácter valorativo que marca la anidación del óvulo fecundado, o si es con técnicas de reproducción asistida, el momento de la transferencia del óvulo fecundado in vitro a la mujer gestante (que separa la fase de preembrión de la embrión)...”

⁷⁶ González Rus, J.J.- Curso de Derecho Penal Español, (Coord) M. Cobo del Rosal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 89

⁷⁷ Oraa González, J.- “Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995”, Revista la Ley, n.º 4044, 27.5.1996.

⁷⁸ Higuera Guimerá, J.F.- “El Derecho Penal y la Genética”, Ed. Madrid, 1995, pág. 324.

⁷⁹ Latorre Latorre, V.- “Lesiones al feto “ en Mujer y Derecho Penal : presente y futuro de la regulación penal de la mujer “ (Cord), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 104

⁸⁰ Peris Riera, J.M.- “La Regulación penal de la manipulación genética en España”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 134

⁸¹ Higuera Guimerá, J.F.- “Los delitos de lesiones al feto “ en Actualidad Penal, n.º 16, 17 a 23 de Abril de 2000, pag. 375

jurídicos –colectivos- y normalmente en sede de los delitos de manipulaciones genéticas o mediante las sanciones administrativas previstas en las leyes 35/88 y 42/88.

Por nuestra parte, nos decantamos con Gracia Martín por la primera de las opciones citadas, entendiendo por tanto que la norma del Art. 157 del Código protege la integridad de la vida humana desde el mismo momento de la fecundación de eventuales ataques de terceros. Entendemos por tanto que el elemento típico “...feto...” equivale a vida humana antenatal e incluye las tres etapas biológicas referidas en la Ley 35/88 TRA, aún cuando esta posición obliga a un esfuerzo dogmático sin duda superior al de otras opciones.

Explicitando nuestra posición, el rechazo implícito que se hace a la última de las posiciones recogidas -que entiende que el tipo protege exclusivamente a la última fase de desarrollo embrionario- se apoya en la limitada sistemática de esta posición. Así y en primer lugar, sus partidarios quedan obligados a utilizar un concepto distinto de feto para los delitos de aborto y lesiones al feto y manipulaciones genéticas -pues de utilizar el mismo quedarían fuera del delito de aborto y manipulaciones los que se ocasionaren en gestaciones por debajo del límite temporal que proclaman y por supuesto, supuestos e ataque *in vitro*, -tal⁸² y como entre otros autores⁸³ reconoce Higuera Guimerá⁸² o señala Lorenzo Copello⁸³ atentando con ello a la necesaria y exigible coherencia interpretativa intracódigo. Igualmente, se enfrentan a la limitación contenida en los Arts. 2.1.e)⁸⁴ y 6⁸⁵ de la Ley 42/88 en cuanto a que cualquier actividad sobre el embrión transcurridos catorce días de vida queda limitada a los muertos o clínicamente no viables -cuando de seguir su argumentación no habría inconveniente para ello- Y en último lugar, es idea recurrente en esta construcción la admisión -

⁸² Higuera Guimerá, J.F.- Ibidem, pág. 375.

⁸³ Lorenzo Copello, P.- “Comentarios al Código Penal, Arts. 114 - 148 “ (Dtor), 1997 pág. 292

⁸⁴ Reza este artículo:

“... La donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas para las finalidades previstas en esta Ley, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

E) Que los embriones o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viables o estén muertos...”

⁸⁵ Artículo del tenor:

“... Se autoriza la obtención y utilización de estructuras biológicas procedentes de los embriones o de los fetos muertos con fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos, de investigación o experimentación, así como su donación a tales efectos, en los términos de esta Ley. Antes de proceder a las actuaciones se dejará constancia por los equipos médicos de que la muerte de los embriones o fetos se ha producido...”

cuando no el recurso directo- de exclusiones a la protección de la vida humana, que si bien es cierto que es una idea admitida en nuestro Ordenamiento Jurídico -cif STC 53/85- no lo es menos que lo ha sido excepcionalmente y como consecuencia de la constatación de un conflicto entre bienes o valores constitucionales que no se alcanza a ver -sino todo lo contrario- en ese diferimiento *generalizado* de la protección penal que se propone.

Cuestión distinta y mas complicada es la elección entre las dos primeras posturas reseñadas, pues ambas cuentan con grandes argumentos a su favor, de ahí que estimemos que una respuesta convincente en este punto requiera partir de una serie de premisas, y así:

1. existe un mandato constitucional claro y concreto de protección de la vida , integridad y salud humanas - “..*todos*..”- dirigido al Legislador para que este actue por medio de su instrumento: la norma, de lo que resulta así que la cuestión debe entenderse de forma tanto biológica como normativa ⁸⁶, siendo de obligada cita la prudencia mostrada por el Tribunal Constitucional al abordar la cuestión con ocasión de la Sentencia de 9.4.85 (RTC 1985/53) ⁸⁷, en la que atribuye existencia a la vida humana desde “ ... *el comienzo de la gestación* ... ” pero sin indicar en que momento cronológico o biológica entiende producida esta,
2. derivado de lo anterior, la indeterminación de medios comisivos y por tanto de las acciones típicas que se avanza rigen en estos delitos, junto a la certeza del po-

⁸⁶ De ello resulta que las consideraciones biológicas no son por tanto mas que uno de los aspectos a tener en cuenta por el Legislador junto con otros tipos de consideraciones.

⁸⁷ Del Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia se entresaca:“... a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.

b) Que la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana...” .

sible acceso al preembrión in vitro e in útero -cif. Gallo ⁸⁸ -, obligan a tener presente dicha posibilidad .

3. se avanza ya que en ningún caso cabria entender de la subsunción de las categorías de preembrión, embrión y feto en el término típico “ feto “ compromiso para el principio de legalidad. A mayor abundamiento, de haber optado el Legislador por el termino embrión podría en esa misma línea de argumentación indicarse que no se protege al feto , lo que sería a todas luces absurdo. Pero en todo caso, interesa llamar la atención que el termino típico “ .. feto ..” se incorpora como tal al Derecho Penal con ocasión de la promulgación de la L.O. 9/85 en el texto del Art. 417 bis del Código Penal, esto es, con anterioridad a la promulgación de la Ley 35/88 TRA, de lo cual resulta la elaboración de un concepto penal de feto que en la medida que no haya sido variado en su concepción por el Legislador, puede entenderse invariable en el transito de un Código a otro, como otras tantas normas penales. Y por demás, si admitimos que el interprete tiene que considerar sus respuestas en el supuesto que nos ocupa en un entorno cambiante, la dirección de esta eventual variación del concepto feto, ante la evidencia de que serán mas fáciles los ataques idóneos a la vida humana en los primeros días -u horas- de vida humana -e incluso antes, sobre celulas germinales- que no en momentos posteriores, discurrirá sin duda en un entendimiento mas amplio del concepto que no restrictivo.
4. En aras a la comprensión social del termino típico “ feto “ es obligado señalar que los términos “preembrión”, “embrión”, “ feto”, “persona” o “individuo” son proclives a la ambigüedad, de límites arbitrarios y carecen de una base biológica suficientemente sólida y pacífica ⁸⁹. En cambio, existe un nombre cuya aplicación no ofrece ninguna duda desde el punto de vista biológico: se trata del hijo o hija de la mujer que está embarazada : es su hijo o su hija. Razonamiento que

⁸⁸ Gallo, M.- “ Diagnóstico Prenatal en el período de pre-implantación “ en *Progresos en Diagnóstico Prenatal*, Vol. 2. Nº 4, Oct-Dic 1990.

⁸⁹ Abundando en lo dicho, definir que es la vida y concretar su comienzo es difícil. Desde un punto de vista biológico, pueden observarse ciertos procesos comunes a toda vida: absorción, asimilación, excreción, excitabilidad, reproducción,... desde las que puede inferirse la misma, y también cierto que la misma Biología establece determinados niveles de vida -molecular, celular, orgánico,...- por lo que extrapolar al campo jurídico alguno de estos procesos o niveles puede determinar asumir una realidad tan solo parcial. En suma, entendemos necesario atenernos a conceptos biológicamente asumidos con generalidad y desde estos, iniciar la tarea -jurídica ya- de determinar cuando debe empezarse a proteger penalmente la vida humana.

aplicado desde la perspectiva de la norma y de sus destinatarios últimos, esto es, los ciudadanos de a pie, implica que no exista distinción entre embrión y feto como tampoco lo hay en el plano lingüístico según la RAE⁹⁰.

5. no nos parece correcto ni oportuno hipertrofiar la taxonomía jurídica. Es más, si el Derecho se ha bastado prácticamente durante siglos con una sola categoría jurídica -persona- para comprender todos los estadios biológicos de la vida humana postnatal - sin perjuicio de las matizaciones o efectos concretos que desde esa premisa haya luego podido establecer- parece conveniente perseverar en ese intento simplificador. En este sentido, las categorías que utiliza la Ley 35/88 TRA, con todo el valor científico que incorporen, deben ser utilizadas⁹¹ -como se encarga de dejar claro el Art. 1 de la Ley⁹¹- a los efectos de regular las técnicas de Reproducción Asistida y es ahí donde alcanzan su razón de ser, pero en el caso del Art. 157 -y podemos sentar igualmente que en el del Art. 144- no se está en el de regular esas técnicas sino en el de establecer los límites a la protección de la vida humana. Ello sin dejar de señalar que, cuando el designio de la Ley 35/88 es protector -cif. Arts. 12.1, 12.2, 13.1, 13.2 y 20.B) x)- este se extiende a las tres categorías citadas.

6. La ciencia médica señala en general -cif. Carrera⁹²- que cada vez más la expresión vida humana es menos sinónimo de persona humana. De ahí que si hasta fechas relativamente recientes, leyes, jurisprudencia y doctrina⁹³ asumían que el derecho a la vida -entendido de la manera general a que se aludido en este trabajo- precisaba para su protección de una vida ya existente que proteger, ahora sabemos que la vida

humana puede ser atacada aun antes de que esta se inicie -precisamente en observancia a su futura existencia- en las personas del padre y la madre. Si por demás, es un hecho incontrovertible que la vida humana -en el estadio y con las circunstancias que queramos admitir- es un continuum sistematizable en el ciclo óvulo, espermatozoide, cigoto, embrión/feto y niño/adulto- y que como tal, puede ser en ciertos aspectos considerado⁹⁴ incluso antes de la fecundación⁹⁴ y de la anidación⁹⁵ y así lo ha expresado el Legislador siquiera sea obiter dicta⁹⁶, mal se coligen interpretaciones limitativas de la protección penal.

⁹⁴ Respecto a cuando comienza la vida humana individualizada, Lacadena -cif. "El comienzo de la vida: El estatuto del embrión" en "Comité Científico de la sociedad Internacional de Bioética" Reuniones de de 27 y 28 de Noviembre de 1998, M. Palacios (Editor), Gijón, 1999, pág.39- indica que todos los organismos tienen la capacidad de reconocer lo que les es propio y no, y que el organismo humano esta función (inmunológica) esta desarrollada por el HLA. Cuando puede afirmarse la existencia de dicho sistema es cuestión todavía ignorada por los inmunólogos y biólogos moleculares presumiéndose tan solo que este pueda existir en el embrión entre las semanas sexta a octava.

⁹⁵ Frente a ciertas ideas como las de Luttger -cif. "Medicina y Derecho Penal", Publicaciones del Instituto de Criminología del Madrid, Ed. EDERSA, 1984, pág. 43- que afirma que antes de la anidación no se da una relación firme entre el "feto" de la fecundación y el cuerpo de la madre, así como que al radicar los límites biológicos de incertidumbre sobre el seguro inicio de la gestación más allá del 50% (porcentaje de óvulos fecundados que se destruyen) y/o fenómenos como el monozigotismo o el gemelismo nos pueden llevar a otorgar la categoría penal de fetos a quienes ni siquiera hubieren podido -biológicamente- alcanzarla, o que sitúan el origen de la vida humana en la aparición del primer tejido nervioso (sobre el día 14 de gestación) y que términos probatorios supondría un test de gestación positivo definido por un nivel de B HCG y visualización ecográfica del saco gestacional, debe recordarse que la realidad biológica producida por la fecundación es distinta de la anterior -del óvulo y el espermatozoide se pasa al cigoto en palabras de Gafo "con una potencialidad propia y una autonomía genética ya que aunque depende de la madre para subsistir su desarrollo se va a realizar según su propio programa genético" y que incluso en términos funcionales antes de ese momento el cigoto ya ha reflejado una actividad considerable: las divisiones sucesivas del cigoto van configurando un organismo con células ya no idénticas sino diferenciadas en el que aparece ya un elemento nuevo no procedente de los progenitores como es la proteína F9, una especie de "pegamento" que no sólo las mantiene unidas, sino que además "da noticia" a cada célula de la presencia de las otras, estableciendo una conexión e interacción precisa entre ellas. Esta proteína F9 es el elemento biológico que permite afirmar que la mórula no es un conjunto indiferenciado de células muy parecidas sino una unidad verdaderamente articulada. La señal para la elaboración de esa proteína está ligada al mismo proceso de fecundación, y es posiblemente la primera instrucción emitida por el programa genético recién constituido. Es importante señalar que la proteína F9 que articula en unidad las células nacidas de las divisiones del cigoto no está presente en los gametos de los progenitores, ni en el cigoto, ni está en ninguna de las células después de superado el periodo de la mórula.

⁹⁶ En la Exposición de Motivos de la Ley 35/88 se contiene:

"... Se toma conciencia paulatinamente de que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana, y de que el ser humano se ha dado los recursos para manipular su propia herencia e influir sobre ella, modificándola..."

⁹⁰ Esta institución define feto como

"...1. (fetus, cría. Embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el útero hasta el momento del parto..."

por lo que como vemos, la noción antes manejada de embrión no es más que una subfase de la categoría de feto.

⁹¹ Artículo del tenor:

"... 1. La presente Ley regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por Equipos especializados..."

⁹² Carrera Macía, J.M. y Kurjack, A.- "Medicina del Embrión", Ed. Masson, Barcelona, 1997, pág. 2.

⁹³ Romeo Casabona, C.M.- "El derecho y la bioética...", ob. cit. pág. 27 alude a que "... el derecho a la vida humana existe únicamente desde y mientras que la vida misma existe..." en tanto que ahora sabemos que la misma puede ser atacada antes de su propia existencia.

7. En relación a las objeciones formuladas por algún autor sobre la adecuación social de ciertas conductas, entendemos que el Derecho Penal tiene un mas que suficiente arsenal dogmático para dar respuesta cumplida -sin quiebra de la seguridad jurídica- a porque determinadas conductas en relación con el embrión pudieren quedar fuera de la respuesta punitiva a pesar de que prima facie pudieren parecer típicas.

Desde dicha premisas y por resultar así de una interpretación sistemática y respetuosa del principio de protección de los bienes jurídicos⁹⁷-orientada por la antijuridicidad material de cada tipo - es por lo que como se ha dicho nos decantamos por la asimilación del término feto a toda la vida humana prenatal, iniciada esta con la fecundación y finalizada con el nacimiento -o la muerte-.

Ahora bien, esta protección debe limitarse a nuestro juicio a los fetos en los que concurra la nota de viabilidad , o dicho en otras palabras, que el elemento típico es un feto viable, y que la falta de esta nota - a salvo de cuanto se diga respecto del delito imposible- implica la irrelevancia penal de las conductas observadas sobre estos. Y ello como intento de compatibilizar el avatar biológico de la vida fetal con la variedad de cronologías posibles de la acción típica en un marco de conductas socialmente aceptadas y cuidando en todo caso de limitar la incriminación a los que resulten efectivos ataques al bien jurídico protegido. O en otras palabras y rescatando terminología latina útil didácticamente, el feto protegido por la norma es el nasciturus -el que⁹⁸ va a nacer-, no siéndolo el oriturus -el que va a morir -, el prenasciturus -el que puede que nazca- o el preconcepturus -el⁹⁹ que puede que sea concebido e incluso puede que nazca -.

Esta viabilidad propuesta no es un término novedoso, sino conocido médica y biológicamente así como jurídicamente de antiguo, si bien en ambos campos tiene diversidad de acepciones y es en todo caso un concepto difícil

⁹⁷ Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F.- “ Manual de Derecho Penal, Parte general”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 278 , donde otorgan a la antijuridicidad material una función orientadora de la labor interpretativa a partir de la presunción de que el legislador ha tenido presente dicha noción en el momento de tipificar una concreta conducta.

⁹⁸ Supuesto de aquellos embriones que no cuentan con las características necesarias, ni suficientes para permitir una vida.

⁹⁹ En este sentido, el Proyecto de Código civil argentino de 1998 considera que pueden suceder (art. 2229, inc.c.) quienes nazcan dentro de los cuatrocientos ochenta (480) días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos criopreservados.

de aprehender. En términos sencillos puede ser definido como el pronóstico que en un momento concreto pueda hacerse sobre la posibilidad del feto de cumplir su desarrollo y alcanzar la vida independiente con aptitud suficiente para vivir, y su fundamento se encuentra en las limitadas posibilidades de sobrevivir de los fetos que no alcancen un determinado grado de desarrollo previo a su salida del claustro materno, lo que puede suceder, bien porque su salida se produzca antes de alcanzar ese grado -viabilidad propia o grado de madurez fetal¹⁰⁰ - bien porque aún sin haberse producido su salida el feto no sea capaz de continuar desarrollándose intrauterino -viabilidad impropia-.

En el sentido impropio apuntado, supuestos de inviabilidad por excelencia son los de mola¹⁰¹ o embarazo ectópico¹⁰² -pese a la existencia de ciertas probabilidades de viabilidad- y en última instancia su apreciación dependerá del diagnóstico prenatal de una afección concreta del feto sin perjuicio de que su constatación llegue intra utero -determinando en su caso la necesidad de intervención médica- o fuera del mismo una vez que ha tenido lugar su expulsión, y en su sentido propio se atiende a resolver la cuestión con cláusulas generales reputando ab initio como tales a los fetos que al nacer pesen menos de 500 gramos -con Moore y Persaud¹⁰³ -. Esta noción, por demás, no ha sido inmune al avance científico , de ahí que autoras como Emaldi Cirión¹⁰⁴ señalen de presente que la viabilidad no puede predicarse por igual del estadio fetal y del embrionario según las acepciones biológicas de dichos estadios ya vistas por ser radicalmente distintos los presupuestos fisiológicos de uno y otro. Así esta autora¹⁰⁵

¹⁰⁰ El ejemplo arquetípico y básico en la materia es la capacidad de respiración pulmonar autónoma que requiere de un grado de madurez pulmonar fetal que solo se alcanza en las ultima fases de la gestación, de tal manera que una expulsión prematura constituirá siempre un grave compromiso para esa capacidad respiratoria.

¹⁰¹ Por mola se entiende un ovulo fecundado inviable que en vez de abortar se hace parasito de la sangre de la madre.

¹⁰² Aquellos en que el ovulo fecundado anida fuera de la cavidad uterina.

¹⁰³ Moore, K y Persaud, T.N.V.- “ Embriología Clínica “, Ed. McGraw-Hill Interamericana, Mexico 1999., pág. 114, donde afirman que esta sobreviveva a depender del soporte tecnológico disponible (oxígeno, asistencia respiratoria mecánica, asistencia vasomotora, nutrición, hidratación, etc...) y por ello hace 20 años el feto era considerado viable a las 28 semanas y hoy lo es de 24 semanas o aún menor, por cuanto a medida que avanzan los conocimientos de la ciencia va disminuyendo la edad del embarazo en que se puede considerar viable un feto.

¹⁰⁴ Emaldi Cirión, Aitziber .- “ El consejo genético y sus implicaciones jurídicas “, Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 203.

¹⁰⁵ Emaldi Cirión, Aitziber .- *Ibidem*, pág. 106

reconoce como criterios de viabilidad fetal los ya apuntados de de madurez, formación de los órganos necesarios para la vida, la forma humana, la edad gestacional y el peso gestacional y añade unos específicos criterios de viabilidad embrionaria -que estudia al hilo de los supuestos de transferencia in vitro- que concreta en que estos no estén afectados de aneuploidea, que los tiempos de generación y mitosis se vayan cumpliendo normalmente dentro de parámetros normales, y entre otros, que el cariotipo sea normal.

Mas allá de acepción romana¹⁰⁶ del concepto contenido en el Art. 29 del Código Civil que alude a ella como exigencia legal para reputar nacido al feto y otorgarle condición de persona y que viene a prevenir problemas de derecho sucesorio, la mayor sutileza y amplitud del termino antes aludida por Emaldi Cirión¹⁰⁷ parece haber tenido traducción en las Leyes 35/88 y 42/88¹⁰⁸ y el concepto de viabilidad que estas incorporan, especialmente cuando el Art. 20.B. i) de la Ley 35/88 describe como infracción muy grave "...Transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de vitalidad...". Precepto fundamental a nuestros efectos por cuanto nos da pie a considerar -con Emaldi Cirión¹⁰⁸-, que aún cuando los embriones in vitro reúnan las máximas garantías biológicas exigidas por la Ley, es condición sine qua non para su viabilidad la transferencia a un tuero -atendida la prohibición de continuación del desarrollo in vitro mas allá del decimocuarto día- pues por su estado no podrán per se progresar en su desarrollo de no mediar la intervención humana mediante transferencia a mujer dispuesta a gestarlo. E idénticamente puede proclamarse, en términos generales, dicha imposibilidad en cuanto a los fetos in tuero pero que no hayan alcanzado la

¹⁰⁶ Como lo atestigua la máxima "monstrous partus sine fraude coeundo" y la conocida distinción entre monstrum y ostentum (deformidad y monstruosidad)

¹⁰⁷ Planteamiento coincidente con lo previsto en la Ley 42/88 en cuanto a una futura normativa respecto de los criterios para estimar la viabilidad del feto fuera del útero aún no promulgada. Dicho apdo e) de la Disposición Adicional Primera de la Ley 42/88 fue objeto de uno de los concretos reproches de inconstitucionalidad que el Grupo Popular efectuó a dicha Ley con ocasión del recurso que en tal sentido dedujo ante el Tribunal Constitucional y que este resolvió en Sentencia de 19.12.96 (RTC 1996/212) declarando al respecto la desaparición sobrevenida del objeto del recurso en este particular por cuanto había transcurrido el plazo concedido al Gobierno para dictar dicha norma y si en lo sucesivo se dictaba dicha normativa "...no podrá tener mas apoyatura que la eventualmente derivada de su propia potestad reglamentaria, con los límites constitucionales y legales a ella inherentes, nunca la de una prescripción como la que nos ocupa, absolutamente decaída en el tiempo..."

¹⁰⁸ Emaldi Cirión, Aitziber.- "El consejo genético y sus implicaciones jurídicas", Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 106

anidación según resulta de los porcentajes expuestos supra¹⁰⁹ y también con Emaldi Cirión¹¹⁰ en el particular.

Por contra, más allá de la anidación y hasta llegar al estadio fetal que lleva al nacimiento, la viabilidad deberá presumirse, en una concepción que esencialmente coincide, a nivel doctrinal con la mantenida por Laurenzo Copello¹¹¹, que la entiende como aptitud del feto para desarrollarse hasta alcanzar el nacimiento y en parte con las aportaciones de otros autores como Bajo Fernández¹¹², Rodríguez Devesa¹¹³, Granados Pérez¹¹⁴ o Femenía López

Así las cosas, introducida esta funcional noción de viabilidad que consideramos, podemos sistematizar nuestra postura en orden a ese límite inferior de la protección penal de la vida humana en base a los siguientes puntos:

1. son irrelevantes por carecer de la nota de viabilidad -amén de que difícilmente se dará en esos momentos resultado típico alguno- los ataques a los fetos que no lleguen a anidar de los que sabemos que su desarrollo quedará truncado de no alcanzar ese estadio biológico, siéndolo por demás, tanto en términos de lesiones al feto como de aborto¹¹⁶. De ello resulta como se ha

¹⁰⁹ Insistiendo en esta cuestión de la imposibilidad de presumir que el huevo fecundado progresa hasta superar el estadio de la anidación entendemos conveniente ampliar datos al respecto. Moore y Persaud -cif. "Embriología", Ed. McGrawHill-Inteamericana, Barcelona, 1999, pág. 47- señalan que tan solo el 45 - 50% de los huevos consiguen implantarse.

¹¹⁰ Emaldi Cirión, Aitziber.- "El consejo genético y sus implicaciones jurídicas", Ed. Comares, Granada, 2001, pág. 103, observa como en los supuestos de transferencia de embriones esta es múltiple como intento de conseguir al menos la implantación de uno de ellos.

¹¹¹ Laurenzo Copello, P.- "Comentarios al Código Penal", (Coord. J.L. Díez Ripollés), Ed. Tirant Lo Blanch Tratados y Comentarios, Valencia, 1999, pág. 294.

¹¹² Bajo Fernández, M.- "Manual de Derecho Penal (Parte Especial: Delitos contra las personas)", Ed. Ceura, Madrid, 1986, pág. 125

¹¹³ Rodríguez Devesa, J.M.- "Derecho Penal español, Parte Especial", 10ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1987, pág. 287, autor para el que -con cita de Stampa Braun viabilidad es "... aptitud de que goza una criatura nacida vivía para continuar su vida extrauterina..."

¹¹⁴ Granados Pérez, C.- "Objeto material en los delitos contra las personas" en "Delitos contra las personas" Ed. CGPJ, 1999/3, Madrid, pág. 259

¹¹⁵ Femenía López, P.J.- "Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro", Ed. McGrawHill, Madrid, 1999, pág. 265, donde el autor, on cita de Ripert y Boulanger alude como viable a "... todo ser humano fisiológicamente capaz de sobrevivir ..."

¹¹⁶ Los abortos tempranos incluyen métodos como el como Depo-povera (que es la inyección para el control natal, la cual elimina al embrión antes de que logre implantarse en el útero), el RU-486 llamada píldora del día siguiente, el methotrexate, el Norplant, el DIU o dispositivo intrauterino, las prostalglandinas, la minipíldora y la mayoría de pildo-

avanzado implícitamente que a efectos penales resulte excluida la protección de los ovulos fecundados en cuanto no sean transferidos y además aniden en el útero, con Carcaba Fernández¹¹⁷ y Lorenzo Copello¹¹⁸ -que a cuando a propósito del delito de aborto descarta como típicas las conductas realizadas sobre embriones aún no implantados en la mujer-.

2. por contra, si ese feto atacado - y lo haya sido in tuero o in vitro- alcanza la anidación y con ello la nota de viabilidad, el ataque así realizado deviene típico si además se concreta en alguno de los resultados que merezcan dicha consideración, y salvando por ahora la cuestión del dolo del agente¹¹⁹. E igualmente, sin perjuicio¹²⁰ de la prueba en contra de la presunción de viabilidad.
3. son típicos a priori, todos los ataques realizados a fetos con posterioridad a su anidación, que por imperativo legal deberán haberse producido ya in utero
4. Que la noción afirmada es en todo caso meramente funcional y positiva e independiente de la integridad o indemnidad física o estado de salud del feto, siendo compatible su afirmación con la existencia de malformaciones o desarrollo cualitativa o cuantitativamente deficiente del feto -congénitas o adquiridas- que no comprometan dicha nota.

ras anticonceptivas. Incluyen el régimen de Yuzpe, el régimen a base de levonorgestrel y el DIU de cobre.

117

Carcaba Fernández, M.- "La biomedicina ante el Derecho: una nueva cultura" en *Bioética Práctica*, Ed. Colex, Madrid, 2000, pág.46, autora para la que el embrión crioconservado no es un ser humano a efectos legales y su protección se ve limitada a la no creación de embriones con fines de investigación y menos aun de fetos y por eso su destrucción no tiene relevancia penal.

118

Laurenzo Copello, P.- "Comentarios al Código Penal", (Coord. J.L. Díez Ripollés), Ed. Tirant Lo Blanch Tratados y Comentarios, Valencia, 1999, pág. 296.

119

Implícitamente -y nos ocuparemos de ello en su lugar- se avanza que el elemento viabilidad no tiene que ser aprehendido por el dolo del agente.

120

De ahí que, quien considere que después de la anidación un feto no es viable -supuesto perfectamente posible- deberá correr con la carga de la prueba de dicho hecho mediante un juicio médico objetivo -del profesional que atiende o examina el producto de la concepción o en su caso del Médico Forense

5.- LIMITE FINAL DE LA PROTECCION PENAL DE LA VIDA HUMANA ANTENATAL

El particular no ofrece dudas en cuanto que este será el de la conversión del feto en persona -mediante el nacimiento vivo del feto, que opera a modo de limite final de la vida fetal- o el de su muerte -a modo de limite final de la vida humana-.

En cuanto al nacimiento - y descartada la perspectiva civilista que exige que el nacido viva por espacio de 24 horas enteramente desprendido del claustro materno, por lo que por encima de dicho limite se es persona y por debajo, un aborto y que como pura ficción no puede ser asumida por un Derecho Penal precisado de criterios mas naturalistas- su consideración nos aboca necesariamente al momento del parto como conclusión del estadio fetal prolongado por espacio de 280 días, ello sin perjuicio de que la problemática de su cómputo por la incertidumbre de saber el momento inicial sea resuelta mediante presunciones: 280 días después del primer día del último período menstrual "normal" (UPMN)¹²¹ o 266 días después de la fecundación - a su vez, 14 días después del UPNM¹²², aún cuando un 12% de los niños nacen una o dos semanas después de la fecha prevista y un 5-6% lo hacen después de tres o mas semanas de la misma fecha-.

El parto puede ser entendido como proceso de salida al exterior del feto y demás estructurales fetales ya sea a pretérmino, termino o post termino. Las distinciones entre Medicina y Derecho son igualmente importantes en orden al entendimiento del parto, respecto del que determinar su inicio y secuenciación es capital atendido que la experiencia reporta numerosos supuestos eventualmente típicos -uso del forceps, caídas en quirófano, etc...- que precisamente se producen en el transito de la vía fetal a la autónoma.

En este punto, la Ciencia Médica secuencia el parto en tres fases o episodios que ya forman parte de los trabajos de parto:

a) dilatación pasiva (o latencia),

121

De lo expuesto resulta con claridad que si la mujer tiene ciclos menstruales regulares el procedimiento resulta fiable. Si no es así se pueden cometer errores importantes.

122

Ahora bien, debe tenerse presente que un 12% de los niños nacen una o dos semanas después de la fecha prevista y un 5-6% lo hacen después de tres o mas semanas de la misma fecha.

b) dilatación activa (exigiéndose que llegue a 3 cms. y que empiecen las contracciones uterinas efectivas aun cuando algunos autores añaden como requisito la madurez del cuello del útero, y

c) expulsión propiamente dicha

Por contra, ni el Derecho ni en concreto el Código Penal han resuelto expresamente la cuestión, que queda deferida a la interpretación. Y es una cuestión importante por cuanto y siguiendo el anterior esquema, de entender por ejemplo que en las dos primeras fases (dilatación pasiva y activa) hallándose el feto en el claustro materno no se ha iniciado el parto, jugarían en su caso el delito de lesiones al feto y/o el de aborto. Pero por contra, si los estimamos ya como parte del parto, los tipos implicados serían los homicidio o lesiones. En la doctrina española es discutida esta cuestión a propósito del delito de aborto que puede extrapolarse sin dificultades al delito estudiado siendo multitud los criterios propuestos, de los que destacamos:

- a) Inicio de la separación del vientre materno -cif. Cuello Calón¹²³, Stampa Braun¹²⁴ -
- b) separación completa del claustro materno.- Opinión mantenida por Bajo Fernández,¹²⁵, Rodríguez Devesa¹²⁶, Anton Oneca, Rodríguez Muñoz,..
- c) corte del cordón umbilical - Altavilla
- d) cesación de la respiración placentaria y posibilidad de respiración pulmonar -Quintano Ripollés¹²⁷ -
- e) circulación sanguínea independiente - mantenida en la doctrina anglosajona; Wilshire, Palmer,...-
- f) posibilidad de afectación singular del feto, sin incidencia sobre la madre porque la expulsión haya llegado a ese punto, posición afirmada por González Rus¹²⁸

¹²³ Cuello Calón, E.- "Derecho Penal", Tomo II(Parte especial) Vol. II, Ed. Casa Bosch, Barcelonam, 1975, págs. 474 y 475

¹²⁴ Stampa Braun, J.M.- "El objeto material en los delitos contra la vida", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1950, págs. 527

¹²⁵ Bajo Fernández, M.- "Manual de Derecho Penal (Parte Especial: Delitos contra las personas)", Ed. Ceura, Madrid, 1986, pág. 122

¹²⁶ Rodríguez Devesa, J.M.- *Derecho Penal, Parte Especial*, 10ª ed., Ed. Dyckynson, 1988, pág. 22

¹²⁷ Quintano Ripollés, A.- "Tratado de la Parte especial del Derecho Penal", Tomo I, Vol I, "Infracciones contra las personas en su realidad física", 2ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, pág. 504

¹²⁸ González Rus, J.J.- *Curso de Derecho Penal Español*, (Coord) M. Cobo del Rosal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 134, que alude

g) salida completa al exterior de un feto capaz de autonomía vital, posición sustentada por Huerta Tocildo¹²⁹, y

h) salida completa al exterior sea mediante parto eutócico o distócico, con o sin corte del cordón umbilical y con o sin respiración pulmonar -criterio de la percepción visual, opinión sustentada por Gracia Martín¹³⁰, Romeo Casabona¹³¹, Muñoz Conde¹³² y que es asimismo el de nuestra elección, esencialmente, por la sencillez de su determinación y seguridad jurídica que por tal razón el mismo proporciona.

La jurisprudencia ha sido vacilante al respecto, sin una línea clara, utilizando indistintamente -quizá por exigencias de justicia del caso concreto- la separación mediante el corte del cordón umbilical (STS 3.6.1969), respiración pulmonar autónoma (STS 20.5.75,), salida completa al exterior con o sin corte del cordón umbilical y con o sin respiración -criterio de la percepción visual mantenido por la STS S2ª de 13.10.1993 (RJ 1993\7380) . Mas recientemente, la STS 23.10.1996 (RJ 1996\9679) se inclinó por el criterio de la respiración pulmonar autónoma que confirma la STS de 28.12.2000 (RJ 2000\10477) en tanto que la STS S2ª de 22.1.99 (RJ 1999/275) ha abierto una nueva línea jurisprudencial al optar por el inicio del nacimiento, situándolo en la fase de dilatación, como fin de la vida fetal, razonando -no sin peligro - sobre la completa formación morfológica y funcional del feto con la consecuencia de elegir como tipos de castigo los de lesiones -Arts. 152 en relación al 149 en el caso concreto- criterio que no es sino una adecuación o traslación el manifestado por Luttger que lo sitúa en el comienzo del parto entendido como "labores parturientum" y que quien fuera ponente de dicha sentencia se ha encar-

precisamente a este supuesto como límite final de protección al feto afirmándolo cuando este pueda ser lesionado directamente y no a través o mediante la madre criterio que puede aceptarse en tanto no seamos capaces de imaginar algún supuesto de ataque absolutamente inocuo para la integridad de la madre pero fatal para el feto.

¹²⁹ Huerta Tocildo, S.- "De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto" en *Libro Homenaje al Profesor José Manuel Valle Muñoz*, Ed. , pág. 1430

¹³⁰ Gracia Martín, L.- *Comentarios al Código Penal*, (Coord. J.L. Díez Ripollés) Ed. Tirant Lo Blanch *Tratados y Comentarios*, Valencia, 1999, pág. 34.

¹³¹ Romeo Casabona, C.M.- *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 157

¹³² Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial..*, Ed. Tirant Lo Blanc, 11ª edición (rev), Valencia, 1996, pág. 28, si bien este autor hasta la séptima edición de su obra se decantaba por la tesis del corte del cordón umbilical.

gado de justificar en términos doctrinales y, esencialmente, de justicia material¹³³.

Posición jurisprudencial que es criticada con dureza por la doctrina. Así, Latorre Latorre¹³⁴ señala la inseguridad jurídica que produce ante la difícil constatación de esos inicios del parto en los supuestos de cesáreas electivas así como que la alarma del dolor no se traduce en todos los casos en el parto y que en definitiva supone una traslación jurídica de meros criterios ginecológicos. E igualmente crítica con ella se muestra García Alvarez¹³⁵ que imputa a dicha sentencia la infracción del principio de legalidad y razona que debe atenderse al nacimiento no como proceso sino como resultado, e in fine, que de admitirse esta postura, que vacía de facto de contenido el delito¹³⁶, no era necesaria la incorporación al Código Penal del delito estudiado.

Pese a tales objeciones y a que en la Jurisprudencia menor hay sentencias que abogan por otras de las construcciones expuestas -cif. SAP Vizcaya 15.11.01- esta última línea jurisprudencial es la que debe entenderse confirmada atendida la reciente STS 29.11.2001 (RJ2002/1787) que continua entendiendo que el inicio de los trabajos de parto convierten al feto en persona y que tiene sin duda una evidente vocación práctica¹³⁷.

Mas complejo es el supuesto de la muerte del feto, pues reconducida terminológicamente por la Ciencia Médica al aborto -fronterizo según lo visto supra con el

nacimiento prematuro- obliga a su vez a deslindar este concepto de su homólogo del delito de aborto, sin dejar de tener presente que, a mayor abundamiento, la muerte del feto se presentará de ordinario unida a la expulsión del mismo del claustro materno.

De ahí que estimemos sistematizables los supuestos posibles de muerte fetal de la siguiente manera:

- a) natural o humanamente causada, en el interior del claustro materno y antes de su salida del mismo,
- b) por la salida del claustro materno, natural o humanamente causada, de un feto vivo pretérmino sin viabilidad extrauterina que fallece en inmediata sucesión temporal como consecuencia de la misma
- c) en el momento de su salida a término o post-término y como consecuencia de las circunstancias de esta,
- d) en este último caso, de manera temporalmente cercana a la salida y precisamente por tal motivo.

cuadruple posibilidad lógico-cronológica que como se ha dicho, es tratada de forma distinta por Medicina y Derecho¹³⁸ e incluso dentro de ese de manera distinta¹³⁸, aun cuando compartan problemas comunes como son la determinación de la muerte fetal, pues los criterios utilizados para ello respecto de la muerte de la vida humana independiente contenidos en la Ley 1979 de Transplantes no son linealmente aplicables al feto¹³⁹, y la Ley 42/88 tampoco prevee criterios específicos de constatación de la muerte fetal mas alla de una vaga remisión a la viabilidad de los mismos, siendo por tanto una cuestión contingente y a determinar caso por caso por criterios ad hoc como pueden ser la ausencia de latido fetal, de movimientos u otros¹⁴⁰.

Así, en términos médicos por debajo de la semana 22ª de gestación son equiparados muerte fetal in útero -denominada muerte fetal temprana- y muerte por salida prematura por cuanto a esa edad gestacional todo feto es inviable, denominándose aborto en ambos casos. Y por

¹³³ Granados Pérez, C.- " Objeto material en los delitos contra las personas " en "Delitos contra las personas " Ed. CGPJ, 1999/3, Madrid, 2000, pág. 253.

¹³⁴ Latorre Latorre, V.- " Lesiones al feto " en *Mujer y Derecho Penal : presente y futuro de la regulación penal de la mujer* " (Cord), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 180.

¹³⁵ García Alvarez, P.- " ¿Es necesario el delito de lesiones al feto ? en *Revista de Derecho Penal*, nº 1, Septiembre de 1997, ed. Lex Nova, pág. 52

¹³⁶ La autora aporta en este particular ciertos datos que muestran la importancia del momento del parto en aras a la causación de lesiones, pero ciertamente y como se desarrollara posteriormente, los supuestos de acción u omisiones, dolosas e imprudentes son abstractamente mucho mas amplios.

¹³⁷ Los supuestos litigiosos respecto de un parto se daran inequívocamente en relación a la actuación de medicos y/o matronas, de los que la experiencia enseña que la imprudencia que pueda imputarseles será normalmente leve y tan solo en algun caso grave, y, como que en el delito de lesiones al feto la modalidad culposa se ciñe a que esta sea grave sin que -como veremos infra- pueda castigarse como falta de lesiones al feto -que admitiría la imprudencia leve-, la consecuencia práctica sería la absolución generalizada del medico en estos casos con el consiguiente reinicio de actuaciones en via civil para obtener su responsabilidad civil, efecto pacíficamente admitido como el querido por los padres perjudicados, sean o no querellantes.

¹³⁸ A efectos civiles, todo nacido que no viva 24 horas enteramente desprendido se considera un aborto y como tal se inscribe en el registro Civil.

¹³⁹ Por cuanto en algunas fases de la vida fetal el encefalograma del feto es plano.

¹⁴⁰ Un supuesto especialmente complejo es el de los fetos con anencefalia (ausencia congénita de craneo, cabellera y hemisferios cerebrales). Vid. la exposición de la compleja casuística que presentan en relación fundamentalmente con las posibilidades de utilización de sus organos y tejidos para transplantes en Romeo Casabona -cif. " El Derecho y la Bioética ...", ob. cit, pág. 174 y ss-

encima de dicho límite debe distinguirse entre muerte fetal¹⁴¹ -la acaecida in útero durante la gestación- y parto prematuro -incluso cuando aún cuando el feto fallezca cercanamente a dicho momento¹⁴² por sus condiciones al nacimiento-.

Por contra, en términos jurídico-penales la clásica definición de aborto jurisprudencial y doctrinalmente entendido como la destrucción del feto, viable o no, efectuada dentro o fuera del claustro materno y debida a la interrupción violenta y dolosa del proceso fisiológico-gravídico va dejando paso a doctrinas más modernas que ponen el énfasis en la muerte del feto abstracción hecha de que sea mediante la interrupción del embarazo -que por tanto pasa a ser tan solo un medio más- precisamente ante la evidencia de acciones que matan al feto antes o sin llegar a interrumpir la gestación -cif. Romeo Casabona¹⁴³-, por lo que en principio deben incluirse dentro de dicha rúbrica los cuatro supuestos resumidos en las letras a), b) c) y d) precedentemente descritas, surgiendo en su caso las dudas en orden a la distinción entre aborto prematuro y aborto en el supuesto b) y en la correcta calificación jurídica del supuesto d).

En cuanto a la diferenciación entre delito de aborto -típico- y parto prematuro -atípico aunque muera el feto- entendemos que debe acometerse a partir del elemento viabilidad extrauterina ya aludido supra. Al respecto, la OMS utiliza como criterio mixto para resolver la cuestión, de manera que cuando el feto nacido con vida alcanza un peso superior a 500 gramos de peso, tiene más de 22 semanas de gestación y mide más de 25 cms. de longitud nos hallamos ante un parto prematuro, y por contra si no alcanza los tres criterios de manera cumulativa, ante un aborto. Estos mismos criterios son en esencia los utilizados por Doctrina y Jurisprudencia para diferenciar entre aborto y parto prematuro, citando a Farré Trepát¹⁴⁴, Lorenzo Copello¹⁴⁵ y la STS 25.5.99 que estimo que no

¹⁴¹ Aún cuando a su vez se distinga entre muerte fetal intermedia, acaecida entre las 22 y 27 semanas para fetos entre 500 y 990 grs de peso, y muerte fetal tardía, por encima de las 28 semanas o con peso superior a 1000 gramos.

¹⁴² La ciencia médica distingue en este supuesto entre Muerte neonatal precoz (dentro de los 7 días siguientes al parto), tardía (entre los 7 a 28 días siguientes al parto), postnatal (más allá de los 28 días citados hasta el año de vida) e infantil (más allá del año de vida).

¹⁴³ Romeo Casabona, C.M.- "El Derecho y la bioética ante los límites de la vida", ob. cit. pág. 285

¹⁴⁴ Farré Trepát, E.- "Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo", ob. cit. págs. 219 y ss.

¹⁴⁵ Lorenzo Copello, P.- "Comentarios al Código Penal", ob. cit. pág. 295 donde alude a "...la destrucción del producto de la concepción dentro del claustro materno por su expulsión prematura provocada...

existió delito de aborto sino un supuesto de parto prematuro en el caso de un feto viable de 28 semanas del que se provocó su nacimiento atendida la previa ausencia de tratamiento médico a la madre tuberculosa activa.

Y en cuanto al supuesto restante, plantea un importante problema jurídico en aquellos supuestos en que sobreviene la muerte del recién nacido de manera cercana pero no inmediata a su expulsión o salida del claustro materno -si es que puede ser causalmente relacionada con aquella- ya que debe optarse entre su calificación como aborto u homicidio. En tales supuestos Farre Trepát¹⁴⁶ entiende que la muerte del feto, aun acaecida tras el nacimiento -esto es, adquirida la cualidad- constituye un delito de aborto en la medida que la acción fue ejecutada en fase prenatal. Por contra, Lorenzo Copello¹⁴⁷ y Romeo Casabona¹⁴⁸ entienden que no existe regla previa sino que deberá resolverse caso por caso conforme al estado del feto y sus condiciones de madurez y viabilidad. Así, la expresada STS S2ª de 25.5.1999 afirmó -obiter dicta atendido que previamente había desechado el parto prematuro de un feto viable como conducta típica- que no podía vincular la muerte de un feto cinco días después de su nacimiento al mero hecho del parto atendido que el recién nacido contrajo además una infección nosocomial y la madre padecía tuberculosis.

Por nuestra parte, y sin perjuicio de tratar con más profundidad la cuestión en sede de consumación y concursal, nos adherimos a la última posición expresada en cuanto a que no deben fijarse reglas previas y debe estarse a las condiciones del feto, a los que en su caso añadimos un requisito más partiendo de una concepción subjetiva del aborto de ordinario exclusivamente feticida, y que es que el resultado muerte empieza a producirse o se derive sin solución de continuidad de la acción feticida ejecutada. En otras palabras, necesaria la muerte del feto o recién nacido y calificable objetivamente como abortiva la acción del agente, es exigible que la causalidad mortal se haya iniciado in tuero. De no ser así y hallarnos ante cursos causales complejos, irregulares o dilatados, podrá entrar en juego el tipo objetivo de homicidio a salvo de cuanto resulte de adicionar a la valoración el tipo subjeti-

¹⁴⁶ Farre Trepát, E.- "Comentarios a la Jurisprudencia ...", ob. cit. pág. 254 donde la autora indica expresamente que es indiferente que la muerte acaezca horas, días o años más tarde.

¹⁴⁷ Lorenzo Copello, P.- "Comentarios al Código Penal", ob. cit. pág. 294

¹⁴⁸ Romeo Casabona, C.M.- "El Derecho y la bioética ..", ob. cit. pág. 287

vo -cif, hipótesis de homicidio o de aborto en grado de tentativa en concurso con homicidio imprudente-.

6.- CONCLUSIONES

En resumen, entendemos sistematizables las ideas vertidas en el presente trabajo tal que:

- a) la regulación acometida por el Legislador español de los delitos de lesiones al feto y las manipulaciones genéticas no puede entenderse sino como parte del movimiento de protección integral de la vida humana y especialmente, de la prenatal.
- b) desde la misma y siendo necesario dotarse de un concepto penal de feto, entendemos obligatoria una sistemática intracódigo de manera que el concepto de feto que se maneje no sea distinto en los delitos de aborto, lesiones y manipulaciones genéticas, sin perjuicio de las acotaciones que cada concreto tipo presente en el particular. Y a su vez, y en aras a un principio de unidad del ordenamiento jurídico será necesario cohesionar este concepto penal con las regulaciones ya existentes del feto dentro de lo que podemos denominar Estatuto Jurídico de la Vida Humana Antenatal.
- a) existe cierto acuerdo en definir al feto como el producto del proceso fisiológico de la gestación, constituyendo la cuestión conflictiva la determinación de sus límites cronológicos, inferior y superior.
- b) que en la determinación de ese límite inferior nos decantamos por entender como feto la vida humana desde el momento de la fecundación, entendiendo que el elemento típico "...feto ..." incluye las tres etapas biológicas referidas en la Ley 35/88 TRA, si bien limitados a los fetos en los que concurra la nota de viabilidad.
- c) Y por lo que respecta al límite superior, la diferencia entre aborto y parto prematuro debe hacerse en base a la viabilidad extrauterina en tanto que la distinción entre aborto y homicidio no puede ser resuelta de manera previa y general debiendo estarse a las circunstancias del caso en orden a la madurez del feto y partiendo de una concepción subjetiva del aborto de ordinario exclusivamente fetocida, que el resultado muerte empiece a producirse o se derive sin solución de continuidad de la acción fetocida ejecutada por el dolo del agente.

7.- BIBLIOGRAFIA

- BAJO FERNANDEZ, M.- "Manual de Derecho Penal (Parte Especial: Delitos contra las personas), Ed. Ceura, Madrid, 1986,
- BAJO FERNANDEZ, M.- "Manual de Derecho Penal (Parte Especial: Delitos contra las personas), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1991.
- BONILLA MUSOLES, F - "Desarrollo histórico y estado actual de la fertilización in vitro en el mundo "(con Peller, A.-), Clínica Ginecológica, Vol. 9 nº 2, Barcelona, 1985.
- BUSTOS RAMIREZ, J.- "Manual de Derecho penal, parte especial", Ed. Ariel, 1ª Ed. Madrid, 1989.
- CARCABA FERNANDEZ, M.- "Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre-embrión) " en " la Filiación a finales del siglo XX", Ed. Gobierno Vasco/Ed. Trivium, Madrid, 1988.
- CARCABA FERNANDEZ, M.- " Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana ". Ed. J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995*
- CARCABA FERNANDEZ, M.- "La biomedicina ante el Derecho: una nueva cultura" en Bioética Práctica, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- CARRERA MACIA, J.M.- "Embriopatología y diagnóstico prenatal" en " Progresos en Diagnóstico Prenatal", Vol. 6, nº 1, Enero-Febrero 1994
- CARRERA MACIA, J.M.- " Medicina del embrión ", Ed. Masson, S.A., 1997, Barcelona.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS.- Opiniones y actitudes de los españoles hacia la biotecnología, Estudio 2412, Marzo de 2001.
- CUELLO CALON, E.- " Derecho Penal ", Tomo II(Parte especial) Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1975.
- DE LA CUESTA AGUADO, P.M.- " La reproducción asistida humana sin consentimiento.Aspectos Penales". Ed. Tirant Lo Blanch,1998
- EMALDI CIRION, A.- " El consejo genético y sus implicaciones jurídicas ", Ed. Comares, Granada, 2001
- FARRE TREPAT, E.- Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente, en " Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo", Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pag.347

- FEMENÍA LÓPEZ, P.J.- “ Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro “; Ed. McgrawHill, Madrid, 1999
- FLORES MENDOZA, F.- “*El delito de lesiones al feto en el Código Penal de 1995*” en *Actualidad Penal* nº 43 (18 – 24 de Noviembre de 1996).
- GALLO, M.- Diagnóstico Prenatal en el período de pre-implantación “ en *Progresos en Diagnóstico Prenatal*, Vol. 2. Nº 4, Oct-Dic 1990
- GARCIA ALVAREZ P.- “ Lesiones al feto. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Abril de 1999”, *Cuadrenos Jurídicos*, 1996
- GARCIA ALVAREZ, P.- “ ¿Es necesario el delito de lesiones al feto ? en *Revista de Derecho Penal*, nº 1, Septiembre de 1997, ed. Lex Nova,
- GONZALEZ RUS, J.J.- “ Curso de Derecho Penal Español (Aborto, lesiones al feto)”, Coord. M. Cobo del Rosal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000
- GRACIA MARTIN, LUIS .- “Comentarios al Código Penal”, (Coord. J.L. Diez Ripollés) Ed. Tirant Lo Blanch Tratados y Comentarios, Valencia, 1999
- GRANADOS PEREZ, C.- “ Objeto material en los delitos contra las personas “ en “*Delitos contra las personas* “ Ed. CGPJ, 1999/3, Madrid, 2000
- HERRERA CAMPOS, R.- “ La inseminación artificial: Aspectos doctrinales y regulación legal española “, Ed. Comares, Granada , 1991.
- HIGUERA GUIMERA. J.F.- “ El Derecho Penal y la Genética”, Madrid, 1995
- HIGUERA GUIMERA, J.F.- “ Los delitos de lesiones al feto “ en *Actualidad Penal*, nº 16, 17 a 23 de Abril de 2000
- HUERTA TOCILDO, S.- “ De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto “, en *Libro Homenaje al Profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001.
- LACADENA, J.R.- “El comienzo de la vida: El estatuto del embrión” en “ Comité Científico de la sociedad Internacional de Bioética” Reuniones de de 27 y 28 de Noviembre de 1998, M. Palacios (Editor), Gijón, 1999
- LATORRE LATORRE, V.- *Mujer y Derecho Penal : presente y futuro de la regulación penal de la mujer (Cord)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995
- LAURENZO COPELLO, P.- “Comentarios al Código Penal”, (Coord. J.L. Diez Ripollés), Ed. Tirant Lo Blanch Tratados y Comentarios, Valencia, 1999
- LAURENZO COPELLO, P.- *El aborto no punible*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990
- LUTTGER, H.- “ *Medicina y Derecho Penal*”, *Publicaciones del Instituto de Criminología del Madrid*, Ed. Edersa , Madrid, 1984
- MOORE, K. Y PERSAUD, TVN.- “ *Embriología* ”, Ed. McGrawHill-Inteamericana, Barcelona, 1999.
- MORALES PRATS, F.- “ Comentarios al Nuevo Código Penal “ (Quintero Olivares, Director), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996
- MORO ALMARAZ, M.J.- “ Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro “, Ed. Bosch, Barcelona, 1988
- MUÑOZ CONDE, F.- “ *Derecho Penal. Parte Especial*”, Ed. Tirant Lo Blanc, 11ª edición (Rev), Valencia, 1996
- ORAA GONZALEZ. JAVIER.- *Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual en Revista la Ley* .nº 4044, 27.5.1996
- PERIS RIERA, J.M.- “ *La Regulación penal de la manipulación genética en España*”, Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- QUERALT JIMENEZ, J.J.- “*Derecho Penal, Parte especial*”, 3ª Ed. Ed. J.M. Bosch Editor, S.L., Barcelona, 1996
- QUINTANO RIPOLES, A.- “ *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal* “, Tomo I, Vol I, “ *Infracciones contra las pesonas en su realidad física*”, 2ª ed, ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1972.
- QUINTERO OLIVARES, G.- “ *Comentarios al Nuevo Código Penal* “ (Dtor), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996
- RAMON RIBAS, E.- “ *El delito de lesiones al feto. incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud*”, Ed. Comares, Col. *Estudios de Derecho Penal*, Granada, 2002
- RODRIGUEZ DEVESA, J.M.- *Derecho Penal, Parte Especial*, 10ª ed., Ed. Dyckynson, Madrid, 1987.
- RODRIGUEZ DEVESA, J.M.- *Derecho Penal, Parte Especial*, 11ª ed., Ed. Dyckynson, Madrid, 1988.
- ROMEO CASABONA, C.M.- “ *El Derecho y la bioética ante los limites de la vida humana* “, Ed. *Centro de Estudios Ramón Areces*, Madrid, 1994.

ROMEO CASABONA, C.M.- “ Genética y Derecho “ en “ Biotecnología y Derecho: Perspectivas en Derecho comparado (ed. Carlos Romeo Casabona)“, Ed. Diputación Foral de Vizcaya/Comares, Granada, 1998

ROMEO CASABONA, C.M.- “ Los llamados delitos relativos a la manipulación genética: ¿Derecho Penal simbólico ? en “ Genética y derecho “ (Dtor C.M. Romeo Casabona), Ed. Consejo General del Poder Judicial , Colección Estudios de Derecho Judicial, nº 36, Madrid, 2001.

STAMPA BRAUN, J.M.- “El objeto material en los delitos contra la vida “, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1950.

VALLE MUNIZ, JOSE MANUEL.- “Comentarios al Código Penal “ - Arts. 157 y 158, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2ª Ed, 1999 (Coordinador)

ZARRALUQUI, L.- “ La naturaleza jurídica de los elementos genéticos “, Separata de la Revista General de Derecho, Valencia, Junio 1986

LA SEDACIÓN TERMINAL

Luis Fernando Barrios Flores

Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante

1. Concepto, similitudes y diferencias con otras figuras. 2. Justificación de la intervención sedativa terminal: 2.1. Argumentos legitimadores de la intervención. 2.2. Argumentos desvirtuadores del efecto negativo producido. 3. Tratamiento normativo: 3.1. Impunidad e irresponsabilidad de la sedación paliativa conforme a la *lex artis*. 3.2. Consecuencias de la intervención sin consentimiento. 3.3. Consecuencias de la denegación o insuficiente asistencia: 3.3.1. Penales. 3.3.2. Civiles. 3.3.3. Administrativas. 3.4. Consecuencias de la sedación terminal previa petición de pacientes no terminales. 4. Derecho a la asistencia y requisitos de la intervención sedativa: 4.1. Derecho a la intervención sedativa terminal. 4.2. Cumplimiento de la *lex artis*. 4.3. Consentimiento informado. 4.4. Documentación de actuaciones. 4.5. Salvaguarda de la intimidad. 5. Propuestas *de lege ferenda*.

1. Concepto, similitudes y diferencias con otras figuras.

La Organización Médica Colegial y la Sociedad de Cuidados Paliativos emitieron el 11.1.2002 una *Declaración sobre la atención médica al final de la vida*¹ en la que definieron la sedación como la “disminución deliberada de la conciencia con el objetivo de evitar un sufrimiento insostenible”. Esta medida es “gradual, susceptible de tomarse con la participación del enfermo o, en su defecto, de sus familiares”, pudiendo llegarse a la “sedación completa e irreversible”². Más recientemente, en un comunicado conjunto de la Organización Médica Colegial y de las Sociedades Españolas de Cuidados Paliativos (SECPAL), de Oncología Médica (SEOM), de Geriátrica (SEGG) y Medicina de Emergencias (SEMES) la sedación terminal ha sido conceptualizada como “un procedimiento médico bien definido, aceptable ética y jurídica-

mente y que, debidamente practicada, es una medida recomendable en situaciones de enfermedad terminal y en los últimos días, cuando no hay posibilidades terapéuticas, en situaciones de sufrimiento insoportable, no controlable y en los que se prevé una muerte próxima”³.

Esta actuación clínica –pues sólo en este ámbito me voy a desenvolver en lo que sigue– plantea problemas de diferenciación con otras figuras. Básicamente con la eutanasia directa y con el suicidio asistido. Aunque también puede haber algún tipo de conexión con la retirada de la hidratación/alimentación.

La eutanasia tradicionalmente es concebida como “matar deliberadamente a una persona por benevolencia”⁴. Su etimología (*eu*: bien; *thanatos*: muerte), explica originalmente este sentido. Sin embargo el término ha devenido confuso. Por ejemplo, es común entre nuestra doctrina penal emplear el término “eutanasia” tanto para aquellas conductas en las que el sujeto activo (sanitario) dirige su acción intencionadamente al acortamiento de la vida, como para aquellas otras en las que la conducta médica está orientada a aliviar el sufrimiento del sujeto aunque,

¹ OMC-SECPAL: *Declaración sobre la atención médica al final de la vida*, Madrid, 11.1.2002.

² Para PORTA, J., GUINOVART, E., YLLA-CATALÁ, E., ESTIBALEZ, A., GRIMAU, I., LAFUERZA, A., NABAL, M., SALA, C. y TUCA, A.: “Definición y opiniones acerca de la sedación terminal: estudio multicéntrico catalano-balear”, *Medicina Paliativa*, Vol. 6, núm. 3, 1999, pp 108-115: “Se entiende por sedación terminal la administración deliberada de fármacos para producir una disminución suficientemente profunda y previsiblemente irreversible de la conciencia en un paciente cuya muerte se prevé próxima, con la intención de aliviar un sufrimiento físico y/o psicológico inalcanzable con otras medidas y con el consentimiento explícito, implícito o delegado del paciente”.

³ *Diario El Mundo*, Suplemento “Salud”, núm. 613, 16.4.2005.

⁴ DWORCKIN, Ronald: *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1994, 1ª edic., p. 9. Parecidos términos se utilizan en nuestra doctrina administrativista; así MARTÍN MATEO, Ramón: *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 95, la cataloga como: “anticipación intencional de la muerte de una persona en su propio interés o, al menos, sin perjuicio para ella”.

como efecto secundario, se acorte la vida⁵. No obstante, el sustantivo “eutanasia” viene acompañado en estos casos por el adjetivo correspondiente que marca la diferenciación de conductas. Se habla así de eutanasia “directa” e “indirecta”, distinción que es también común en ámbitos ajenos al derecho⁶. La indirecta supone la administración de calmantes con la intención principal de aliviar los dolores⁷ del enfermo terminal, aunque conociendo que ello pueda traer como consecuencia probable –y hasta necesaria– la anticipación de la muerte. La directa por su parte implica la muerte de la persona como propósito principal⁸.

La distinción entre ambos tipos de eutanasia tiene importantes repercusiones legales –a ellas aludiré más adelante–, al igual que sucede en el plano ético⁹, pese a lo

⁵ JUANATEY DORADO, Carmen: Derecho, suicidio y eutanasia, *Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994*, pp. 378-379 (que hace una detallada clasificación de los tipos y subtipos de eutanasia); ROMEO CASABONA, Carlos María: “El marco jurídico de la eutanasia en el Derecho español”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 13, 1987, pp. 191-192; GIMBERNAT, Enrique: “El problema jurídico de la muerte y del dolor”, *El Mundo*, 19.4.2005, p. 4.

⁶ REVERTE COMA, José Manuel: Las fronteras de la Medicina. Límites éticos, científicos y jurídicos, *Edic. Díaz de los Santos, Madrid, 1983*, p. 101.

⁷ En lo sucesivo utilizaré indistintamente los términos “dolor” y “sufrimiento”, aún siendo plenamente consciente de la diferencia entre ambos. Como afirma Lewis, mientras el dolor es una sensación, el sufrimiento es una emoción; LEWIS, C.S.: *The Problem of Pain*, *McMillan Press, New York, 1943*, p. 78. Y es que los cuerpos no sufren, sufren las personas: “El sufrimiento lo experimentan las personas, no simplemente los cuerpos, y tiene su origen en los retos que amenazan a la integridad de la persona como compleja entidad social y psicológica”; CASSELL, Eric J.: *The Nature of Suffering and the Goals of Medicine*, *Oxford University Press, New York, 1991*, pp. 32 y del mismo autor “*The nature of suffering and the goals of medicine*”, *New England Journal of Medicine*, Vol. 306, 1982, pp. 639-645.

⁸ CASSWELL, Donald G.: “*Rejecting criminal liability for life-shortening palliative care*”, *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Vol. 6, 1990, p. 129.

⁹ La Iglesia Católica es tajante al respecto. Así la citada en PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS: Carta de los Agentes Sanitarios, Ciudad del Vaticano, 1995 se afirma (apartados 147-148): “La piedad suscitada por el dolor y por el sufrimiento hacia enfermos terminales, niños anormales, enfermos mentales, ancianos, personas afectadas por enfermedades incurables, no autoriza ninguna eutanasia directa, activa o pasiva. Aquí no se trata de ayuda prestada a un enfermo, sino del homicidio intencional de una persona humana... las personas no poseen un derecho eutanásico, porque no existe el derecho de disponer arbitrariamente de la propia vida. Ningún agente de la salud,

cual la justificación de una (la indirecta) y la punición de otra (la directa) ha sido sometida a contundentes críticas. Así Álvarez Gálvez¹⁰ considera que la pretendida diferencia en la intención del sujeto activo (médico) –la muerte en la eutanasia directa y la paliación del dolor en el caso de la indirecta– no puede cambiar el juicio moral que merece un comportamiento que provoca un resultado conocido y aceptado. En ambos casos la volición del resultado es intencional, ya que aunque el médico no desee que un determinado resultado acontezca (muerte), sabe que necesariamente sucederá si realiza cierta conducta. Luego, “si con todo, la realiza, entonces conoce y quiere el resultado (aunque no lo *desea*), es decir, éste se causa intencionalmente”. Por lo tanto, “lo que se quiere como consecuencia inevitable o con un grado de probabilidad rayano en la seguridad debe afirmarse como intencional”¹¹.

No obstante, sigue vigente la distinción entre ambos tipos. Y buena muestra de ello la proporciona la citada Declaración de la OMC-SECPAL que considera que el calificativo de eutanasia –se está refiriendo a la directa– “debe incluir exclusivamente la acción u omisión, directa e intencionada, encaminada a provocar la muerte de una persona que padece una enfermedad avanzada o terminal, a petición expresa y reiterada de ésta”, mientras que sugiere dicha Declaración que el término “eutanasia indirecta” debiera ser retirado, por estar mejor definido por el “doble efecto”. Me temo que en este punto la Declaración de la OMC-SECPAL confunde lo que es el resultado (eutanasia), que va unido a la calificación de las intenciones subyacentes (directa-indirecta –intención primordial–), con el mecanismo de legitimación de la segunda (doble efecto). No puede confundirse el resultado de una actuación con una determinada intencionalidad (eutanasia indirecta) con

por consiguiente, puede hacerse tutor ejecutivo de un derecho inexistente”. Pero incluso fuera de la órbita religiosa existen similares pronunciamientos; así la Asociación Médica Mundial en su Declaración sobre la eutanasia elaborada en el curso de la 39ª Asamblea celebrada en Madrid en 1987 señala: “La eutanasia, es decir, el acto de poner fin deliberadamente a la vida de un paciente, tanto a petición del paciente mismo como por solicitud de sus familiares, es inmoral. Esto no impide al médico respetar el deseo de un paciente de permitir que el proceso natural de la muerte siga su curso en la fase final de la enfermedad”.

¹⁰ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo: La eutanasia voluntaria autónoma, *Dykinson, Madrid, 2002*, pp. 84-86.

¹¹ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general, *Civitas, Madrid, 1984*, p. 207.

una –sólo una- de las posibles justificaciones éticas de la misma (doble efecto). Para complicar aún más las cosas el término eutanasia indirecta es discutido y algunos prefieren utilizar la expresión de eutanasia terminal o paliativa por considerar que sería más adecuado al contenido actual que se pretende describir¹². En lo sucesivo utilizaré el término sedación terminal¹³, aunque bien entendido que – a los presentes efectos- lo equiparo a la eutanasia indirecta.

Por su parte, el suicidio asistido es la cooperación en la muerte de una persona que no se encuentra próxima a la muerte¹⁴. Cuando la ayuda proviene de un médico se distingue de la eutanasia en que en ésta el facultativo proporciona un modo de suicidarse y, además, en caso de que el paciente se lo pida, actúa como el causante real de la muerte¹⁵. Tiene este procedimiento algunas ventajas, tales como el dominio del paciente sobre la administración de la dosis letal y el sentimiento de mayor aceptación en los médicos que participan –a diferencia de la eutanasia voluntaria activa- solo indirectamente. Entre las desventajas se afirma por los oponentes de este recurso final que viola la moral tradicional y las prohibiciones profesionales contrarias a que se contribuya a la muerte de una persona¹⁶.

El suicidio asistido es un tema polémico sobre el que inciden posiciones ideológicas y sentimientos creenciales. En Estados Unidos el debate sigue abierto tras las sentencias de su Tribunal Supremo que afrontaron la cuestión de la constitucionalidad del mismo¹⁷ y concluyeron remitien-

do la regulación de este tipo de intervenciones a las legislaciones estatales¹⁸, siendo Oregón el Estado pionero en la regulación¹⁹. En Europa, Holanda ha sido el primer país en autorizar el suicidio asistido²⁰, luego seguido de Bélgica en 2002. Diferente es el caso de Suiza donde no está legalizado el suicidio asistido aunque se practica con impunidad gracias al resquicio legal que proporciona el tenor del art. 115 de su Código Penal, según el cual: “Cualquiera que por motivos egoístas instigue al suicidio o preste ayuda será castigado, si el suicidio ha sido consumado o intentado, con prisión de hasta cinco años”. Por tanto no hay pena si la ayuda a morir es totalmente altruista.

Aquí lo que interesa no obstante, es hacer referencia a la posible conexión entre suicidio asistido y sedación paliativa. En Estados Unidos, desde hace tiempo –y el debate continúa²¹–, se achaca a la falta de respuesta a la demanda de atención paliativa la razón principal para peticiones de suicidio asistido²². Incluso el Tribunal Supremo tácitamente vino a reconocer en 1997 que la sedación terminal era una alternativa al suicidio asistido²³. Pero no se han llegado a conclusiones homogéneas. Aunque la Asociación Médica Americana y la Asociación Americana de Enfermeras han puesto de relieve que cuando los pacientes terminales reciben un adecuado tratamiento de su dolor, raramente demandan el suicidio asis-

Derecho penal, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE*, Madrid, 1999, pp. 157 y ss.

¹⁸ GLYNN, Katherine C.: “Turning to State legislatures to legalize physician-assisted suicide for seriously ill, non-terminal patients after *Vacco v. Quill* and *Washington v. Glucksberg*”, *Journal of Law and Policy*, Vol. 6, 1997-1998, pp. 329-362, en especial pp. 348-354.

¹⁹ Está regulada por la *Oregon Death with Dignity Act*, aprobada por referéndum celebrado el 8.11.1994 (51% votos a favor, 49% en contra). Indicar que el pasado año 37 pacientes acudieron a esta medida.

²⁰ Vid. TOMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen: La disponibilidad..., op. cit., pp. 280-289 y ANDRUEH, Armando S.: “Ley holandesa de Terminación de la vida a petición propia”. *Nuestra consideración acerca de la eutanasia*, *Derecho y Salud*, Vol. 9, núm. 2, jul.-dic. 2001, pp. 169-199.

²¹ JAFFE, J.: *The Pharmacologic Basis of Therapeutics*, McMillan, New York, 3ª edic., 1966, p. 247. BRODY, Howard: “Assisted Death. A Compassionate Response to Medical Filure”, *New England Journal of Medicine*, Vol. 327, 1992, p. 1384 y FOLEY, Kathleen M.: “The Relationship of Pain and Symptom Management to Patient Requests for Physician-Assisted Suicide”, *Journal of Pain & Symptom Management*, Vol. 6, 1991, p. 289.

²² Cfr. CHERNY, Nathan et al.: “The Treatment of Suffering when Patients Request Elective Death”, *Journal of Palliative Care*, Vol. 10, 1994, pp. 71 y ss.; EMANUEL, Ezekiel J.: “Attitudes of Practices of U.S. Oncologists Regarding Euthanasia and Physician-Assisted Suicide”, *Annals International of Medicine*, Vol. 133, 2000, p. 527; OKEN, Rima J.: “Curing healthcare providers’ failure to administer opioids in the treatment of severe pain”, *Cardozo Law Review*, Vol. 23, 2002, p. 1927.

²³ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) y *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

¹² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: El tratamiento jurídico de la eutanasia: una perspectiva comparada, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1996, p. 518 y del mismo autor Comentarios al código penal. Parte especial, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1997, pp. 232-244.

¹³ Que, por otra parte, ha sido igualmente objeto de crítica, por entender que comporta una cosificación de la persona; SOROKIN, P.: “Aproximación conceptual a cuestiones humanas: todos somos terminales”, *Cuadernos de Bioética*, núm. 1, 1997, Buenos Aires, pp. 181 y ss.

¹⁴ GAFO, Javier: “El debate ético y legal sobre la eutanasia”, op. cit., p. 91.

¹⁵ GRACIA, Diego: “Eutanasia: estado de la cuestión”, en URRACA, Salvador (Ed.): *Eutanasia: un debate abierto*, Edit. Noesis, Madrid, 1996, p. 280.

¹⁶ QUILL, Timothy E., LO, Bernard y BROCK, Dan W.: “Palliative Options of Last Report. A Comparison of Voluntarily Stopping Eating and Drinking Terminal Sedation, Physician-Assisted Suicide, and Voluntary Active Euthanasia”, *Journal of American Medical Association*, Vol. 278, 1997, pp. 2099-2104.

¹⁷ Me refiero a las resoluciones *Washington v. Glucksberg* 117 Sct. 2258 (1997) y *Vacco v. Quill*, 117 Sct. 2293 (1997). No obstante, la primera ocasión en la que el Tribunal Supremo de Estados Unidos abordó la existencia o no de un derecho a morir fue el caso *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 US 251 (1990). Un análisis del “modelo constitucional” norteamericano sobre estas cuestiones en TOMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen: La disponibilidad de la propia vida en el

tido, otros estudios han llegado a la conclusión de que la petición tiene lugar más en base a las perspectivas que el paciente tiene sobre su autonomía y control que a factores tales como el miedo al dolor o a la pérdida de fuentes de financiación de sus cuidados²⁴. Personalmente intuyo que aunque el origen de la demanda de suicidio asistido no sea exclusivamente la falta de atención paliativa, en la práctica es esta una de las motivaciones principales.

La sedación terminal puede ir acompañada de la retirada de alimentación/hidratación. McStay considera que las dos acciones, en contra de lo que opinan algunos, son actos separables que tienen diferentes implicaciones éticas y legales²⁵. De hecho es frecuente que desde posiciones que aceptan la sedación terminal, se rechace sin embargo la retirada de alimentación/hidratación. Tal sucede, a título de ejemplo, con la Iglesia Católica que, en la "Carta de los Agentes Sanitarios" admite la primera medida²⁶, más no la segunda²⁷.

Contra lo que pudiera pensarse la retirada de alimentación puede ser incluso voluntaria ("voluntarily stop eating and drinking")²⁸ en cuyo caso supondría la adopción de la decisión de suspensión de la alimentación/hidratación por parte de un paciente que por lo demás es plenamente capaz de nutrirse. Este proceso puede prolongarse de una a tres semanas, e incluso más, dependien-

²⁴ CHIN, Arthur E. et al.: "Legalized Physician-Assisted Suicide in Oregon: The First Year's Experience", *New England Journal of Medicine*, Vol. 340, 1999, p. 582.

²⁵ McSTAY, Rob: "Terminal Sedation: Palliative Care for Intractable Pain, Post Glucksberg and Quill", *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 29, núm. 1, 2003, p. 46.

²⁶ PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS: op. cit. En su apartado 123 recuerda la doctrina ya consolidada de la Iglesia Católica al respecto al afirmar que "cuando 'motivos proporcionados' lo exijan, 'está permitido utilizar con moderación narcóticos que calmarían el dolor, pero también conducirían a una muerte más rápida'". Tal doctrina aparece recogida en: CONGREGACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA FE: Declaración sobre la Eutanasia, 5.5.1980, en AAS 72 (1980), 548; PÍO XII: A una Asamblea Internacional de médicos y cirujanos, 24.2.1957, en AAS 49 (1957) 146 y del mismo pontífice: A los participantes a un Congreso Internacional de neuropsicofarmacología, 9.9.1958, BME 329 y JUAN PABLO II: Encíclica *Evangelium vitae*, n. 65.

²⁷ PONTIFICIO CONSEJO...: op. cit. En su apartado 120 señala textualmente: "La alimentación y la hidratación, aún artificialmente administradas, son parte de los tratamientos normales que siempre se le han de proporcionar al enfermo cuando no resultan gravosos para él: su indebida suspensión significa una verdadera y propia eutanasia".

²⁸ Cfr. BERNAT, J.L., GERT, B. y MOGIELNICKI, R.P.: "Patient refusal of hydration and nutrition", *Archives of Internal Medicine*, Vol. 153, 1993, pp. 2723-2727; PRINTZ, L.A.: "Terminal dehydration, a compassionate treatment", *Archives of Internal Medicine*, Vol. 152, 1992, pp. 697-700 y EDDY, D.M.: "A conversation with my mother", *Journal of American Medical Association*, Vol. 272, 1994, pp. 179-181.

do de las condiciones del paciente y de que este tome o no líquidos. Es una opción que tiene algunas ventajas, pues muchos pacientes pierden el apetito en tal estado y, además, es una opción que ética y legalmente plantea menos problemas. Entre los inconvenientes se encuentra el eventual incremento de los sufrimientos de los pacientes que pueden protagonizar sensaciones de hambre y sed. Podría incluso hablarse de una sutil coerción si al paciente no se le oferta regularmente la oportunidad de comer y beber. Por otro lado, no faltan familiares y sanitarios que consideran esta opción moralmente repugnante. Los pacientes, pueden demandar a la vez analgesia y sedación, de ahí su mención en esta publicación. Diferente es el caso de la retirada de alimentación-hidratación en el caso de pacientes en estado vegetativo que remite a consideraciones éticas que exceden con mucho de las pretensiones de estas páginas²⁹.

2.- Justificación de la intervención sedativa terminal:

De forma muy generalizada se justifica la sedación terminal en base a la llamada doctrina del doble efecto. Estimo, no obstante, que pueden diferenciarse dos tipos de argumentaciones: aquellas que sirven de legitimación a la intervención y aquellas otras que desvirtúan el efecto negativo de la misma (anticipación de la muerte). Creo que con tal distinción se consigue una mejor comprensión de la cuestión. Además, respecto a la segunda clase de argumentos creo oportuno dejar constancia de otro tipo de explicaciones distintas del tradicional "doble efecto".

2.1.- Argumentos legitimadores de la intervención.

La sedación terminal recurrentemente se legitima invocando la dignidad de la persona. Con ser ello cierto, tal vez esta apelación deja en un injusto segundo plano dos principios/derechos necesariamente interconectados con la dignidad, la libertad y la igualdad.

La muerte con dolor puede ser entendida o no como un estado/situación de indignidad. Al respecto es oportuno diferenciar dos perspectivas, la interna (sujeto padeciente) y la externa (lo que podría designarse con el término "espectadores" más o menos activos en el drama del sufrir-

²⁹ Recuérdese por ejemplo el reciente caso de Terri Shiavo a la que fue retirado el tubo que la alimentaba artificialmente en marzo pasado, abriendo un importante debate en Estados Unidos.

miento). Desde el punto de vista interno, el individuo doliente puede sentir absolutamente digna una muerte con dolor. Es decir, el paciente puede asumir el proceso terminal sin intervención sedativa terminal, lo que viene a suponer que en el postrer momento de su despedida opta por sufrir lo indecible en base a sus creencias personales, ejerciendo su derecho a expresar a su manera sus sentimientos y emociones³⁰. Bien entendido que esta libre opción es bien distinta de aquellos supuestos en los que el paciente erróneamente considera que el dolor es irremediable. En tales casos lo adecuado es que el equipo médico indague acerca de las razones que llevan a la asunción no creencial del dolor³¹.

Pero también desde esta misma perspectiva interna el paciente puede considerar un grave atentado a su dignidad la muerte entre atroces sufrimientos. Quien padece, quien muere, tiene una única ocasión en su vida de ser dueño de su destino ya marcado. Quien, con el conocimiento de que el final es ineludible y está a las puertas, decide que se le apliquen medios paliativos que pueden, incluso necesariamente, acelerar su muerte puede considerar que es indigno aparecer como objeto de la compasión ajena que no desea o del sufrimiento propio que rechaza. Puede vivir el dolor como destrucción de la autoestima, padecer sentimientos de impotencia, sentirse esclavo de la intervención curativa y tener conciencia de ser una carga para los demás³². El dolor se percibe como algo pleno y actual que domina el momento presente, de ahí que menoscabe la autonomía y las opciones de la mayoría de las personas estén dirigidas a aliviar el dolor actual y prevenir el futuro.

Desde el punto de vista externo, el “espectador” puede igualmente considerar digna o indigna una muerte entre dolores. Desde la perspectiva externa el sentido de dignidad se objetiviza –solo relativamente ya que al mismo tiempo es visión subjetiva ajena, por muy generalizada que esta sea- y se subjetiviza en grado extremo cuando quienes ayudan al paciente lo hacen con el mero propósito de alcanzar sus propios objetivos personales. Compadecer, en el sentido estricto que el término conlleva, en principio puede ser legítimo pero no puede imponerse para alcanzar una gracia personal. Si eso se hiciera, me parece que no es atrevido afirmar que estaríamos contrariando el principio

³⁰ SOUTHWESTERN MICHIGAN INSERVICE EDUCATION COUNCIL: “The Dying Person’s Bill of Rights”, en “The Terminally Ill Patient and the Helping Person”, *American Journal of Nursing*, Vol. 75, enero 1975, p. 99.

³¹ MARONEY, C.L., LITKE, A., FISCHBERG, D., MOORE, C. y MORRISON, R.S.: “Acceptability of severe pain among hospitalized adults”, *Journal for Palliative Medicine*, Vol. 7, núm. 3, 2004, pp. 443-50.

³² OKEN, Rima J.: “Curing...”, op. cit., p. 1917.

kantiano de que la persona es un fin en sí mismo y no puede ser utilizada como medio³³. El “espectador” del proceso de dolor puede entender, por el contrario, que una muerte entre sufrimientos es indigna. Y actuar en consecuencia, acortando el proceso terminal sin contar con la voluntad del protagonista del mismo. Nuevamente se vulneraría el principio kantiano citado. El “espectador/protagonista” médico puede, en fin, respetar la voluntad del paciente de que se le aplique la sedación terminal.

El problema, como puede verse es ciertamente complejo. Más si cabe ante la indefinición de qué ha de entenderse por “morir con dignidad”. Abundan las declaraciones que apelan a la muerte con dignidad sin mayores especificaciones³⁴.

La clave de una cabal solución pasa por conectar el principio de dignidad con el de autonomía individual, reflejado en el derecho a la libertad. El principio de autonomía supone auto-regulación del individuo que, en sede médica, se produce tras un proceso de deliberación - aspecto característico de todo agente moral³⁵. El principio de autonomía es ajeno a la tradición médica; y de hecho los médicos han tenido fundamental sensibilidad hacia el principio de beneficencia, siéndoles la autonomía prácticamente ajena³⁶. La implantación del modelo de autonomía permite incorporar a la tradición médica (beneficentista-paternalista) la tradición jurídica, en la que ha tenido un papel fundamental, constituyendo una categoría definitoria de la “modernidad”³⁷. En las últimas décadas

³³ KANT, Immanuel: *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 335.

³⁴ Art. 27.2 del Código de Ética y Deontología Médica de 10.9.1999; Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la atención de pacientes con fuertes dolores crónicos en las enfermedades terminales, adoptada por la 42ª Asamblea Médica Mundial, Rancho Mirage, California, EE.UU., octubre 1990); SOUTHWESTERN MICHIGAN INSERVICE EDUCATION COUNCIL: op. cit. (si bien este caso en la misma Declaración se incluye el derecho a participar en las decisiones que incumben a los propios cuidados).

³⁵ Cfr. GUILLON, Raanan: *Philosophical medical ethics*, Wiley & Sons, Chichester, 1986 [colección de artículos publicada en el *British Medical Journal*, Vol. 290, 1985, pp. 1117-1119 hasta Vol. 292, 1986, pp. 543-545 y del mismo autor “Defending ‘the four principles’ approach to biomedical ethics”, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 21, núm. 6, 1995, pp. 323-324. Igualmente en GUILLON, Raanan y LLOYD, Ann (Eds.): *Principles of health care ethics*, Wiley & Son, Chichester, 1994; GUILLON, R.: “Defending ‘the four principles’ approach to biomedical ethics”, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 21, núm. 6, 1995, pp. 323-324.

³⁶ GRACIA, Diego: *Fundamentos...*, op. cit., p.123.

³⁷ GRACIA, Diego: *Fundamentos...*, op. cit., p.122. Inicialmente la autodeterminación de los individuos la encontramos en la esfera del derecho privado (el contrato como hecho generador de derecho), por lo que es una noción muy restringida; KELSEN, Hans: *Teoría pura del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 13ª edic., 1975, p. 116. Cfr. FERRI, Luigi: *La autonomía privada*, Comares, Granada, 2001.

ha alcanzado un protagonismo incontestable en sede bioética. De hecho, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica ha venido a introducir explícitamente un término que venía siendo usual en los ámbitos filosófico, político e iusprivatístico³⁸ y que estaba latente en anteriores instrumentos normativos sanitarios (Ley General de Sanidad y Convenio de Oviedo).

De este modo, el derecho a morir con dignidad efectivamente es una expresión de la autonomía³⁹, pues “¿cómo se puede fundar un ordenamiento en ‘la dignidad de la persona... [y en]... el libre desarrollo de la personalidad’, sin contar con la autonomía cuya dignidad y personalidad se trata?”⁴⁰.

Y es aquí donde se produce un frecuente obstáculo para el reconocimiento de la autonomía decisional del moribundo. Existe una cierta presunción de incompetencia del mismo, fruto de la injustificada confusión entre autonomía ejecutiva y decisional. Este error, hartamente frecuente cuando de pacientes geriátricos se trata, no es tampoco inusual cuando nos referimos a procesos terminales. Más ha de afirmarse que la disminución de facultades físicas en detrimento de la autonomía ejecutiva no puede justificar –necesariamente– una restricción de la toma de decisiones por parte del paciente⁴¹ que, por otro lado –aunque lamentablemente no con la frecuencia que sería de desear– puede haber hecho uso del mecanismo de las “instrucciones previas” (art. 11 Ley 41/2002). En consecuencia, la competencia⁴² se presume, salvo que se demuestre lo contrario.

Queda por ver la conexión con el fundamental principio de igualdad. En el pensamiento ilustrado: “[t]odo hombre tiene el mismo derecho a la libertad y a la dignidad humana”. Se vincula la dignidad con la libertad y la igualdad. Esta conexión entre dignidad e igualdad, el “derecho a igual consideración y respeto”⁴³ de que habla

Dworkin, fundamenta la idea de universalidad. Los valores que desarrollan la idea de dignidad tienen un carácter general y abstracto con una clara vocación de universalidad: “[d]esde el punto de vista temporal, su validez para todos los tiempos y desde el espacial su extensión a todos los Estados que forman la Comunidad internacional”⁴⁴. La conexión entre dignidad e igualdad se encuentra presente en nuestro ordenamiento constitucional, ya que en él se habla de “dignidad de la persona” (art. 10.1 CE en relación con el 14) y en la legislación ordinaria, así cuando el art. 10.1 de la Ley General de Sanidad afirma que “todos” tienen derecho, en toda intervención terapéutica “[a]l respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical”.

Evidentemente existen diferencias, notorias y radicales, entre enfermos y sanos, e incluso entre diferentes tipos de enfermos, pero en este punto debemos tener presente la clara distinción entre los planos descriptivo y prescriptivo, fáctico y normativo. Las diferencias entre enfermos y sanos pertenecen al orden descriptivo. Sin embargo, el principio de igualdad ha de interpretarse no en clave descriptiva sino prescriptiva/normativa, dado que “existe asimetría entre igualdad y diferencias. ‘Igualdad’ es término normativo: quiere decir que los ‘diferentes’ deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. ‘Diferencia(s)’ es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad”⁴⁵. Sólo si se acepta esta asimetría de estatuto entre igualdad como norma y diferencias como hechos el principio de igualdad adquiere sentido. Más todos han de gozar de igualdad de trato, en dignidad y libertad. Lo descriptivo justifica el cambio de opciones terapéuticas, el empleo de diferentes instrumentos y sustancias, la intervención de medios humanos dispares. Lo normativo, lo prescriptivo, impone esa igualdad tan inherente al ser humano, con independencia de su enfermedad. Hasta un enfermo terminal goza de derechos y ostenta dignidad, ya que la intervención terapéutica tiene por fin “proporcionar un tratamiento que

³⁸ En esta última esfera el hecho fue resaltado por Kelsen, Hans: Teoría pura del derecho, op. cit., p. 116.

³⁹ ASTUDILLO, Wilson, MENDINUETA, Carmen y ASTUDILLO, Edgar: Cuidados..., op. cit., p. 413.

⁴⁰ ALONSO OLEA, Manuel y FANELO CASTILLO, Fernando: Comentario... op. cit., p. 25.

⁴¹ BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F.: Principios de Ética Médica, Masson, Barcelona, 1998, 10ª edic., pp. 160-161.

⁴² Sobre el concepto de competencia volveré en páginas siguientes.

⁴³ DWORKIN, Ronald: Los derechos en serio, 1ª edic., Ariel, Barcelona, 1984, p. 38.

⁴⁴ PECES BARBA: Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 78-79.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi: Derechos y garantías: la ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999, p. 79.

permita a dichos pacientes poner fin a sus vidas con dignidad y motivación⁴⁶. El enfermo terminal, en fin, tiene derecho a ser tratado “como un ser humano vivo hasta el momento de [su] muerte”⁴⁷. Ello implica, por supuesto, reconocer “un acceso equitativo a los cuidados paliativos a todas las personas moribundas o en fase terminal” (Recomendación 1418 (1999), de 25 de junio de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos, apdo. 9.A.II).

El dolor y la muerte es algo muy personal. Como afirma Gracia: “todo hombre es, en principio, propietario y responsable de su muerte. Siempre se muere solo. Por eso, la muerte es la cuestión personal por antonomasia”⁴⁸. Los demás no deben inmiscuirse. A lo sumo solidarizarse. A nadie se le puede imponer morir antes, pero a nadie se le debe obligar a vivir cuando la vida se acaba. El Estado y la sociedad que han regulado la vida del sujeto desde que nace, cuando menos ha de otorgar a ese sujeto el poder dar por resuelto el “contrato social”. Ello no es óbice para que el individuo, en el postrer momento de su despedida pueda optar por sufrir lo indecible, por ganar con ello aquello que sus propias creencias puedan comportarle. Es su decisión, que hay que respetar.

El sentido de la dignidad pues, considero que ha de ser un último reconocimiento de la sociedad al sujeto padeciente y una manifestación de la solidaridad con dicho sufrimiento. Por tanto, “[e]l derecho a una muerte digna implica que el paciente pueda manifestar cómo desea morir”⁴⁹. En este sentido es loable que la Recomendación 1418 (1999), inste a los Estados miembros a “respetar y proteger la dignidad de los enfermos terminales o moribundos en todos los aspectos”, lo que incluye el reconocimiento de los “cuidados paliativos integrales”, “protegiendo el derecho de las personas en fase terminal o moribundas a la autodeterminación” (Apdo. 9.B).

Reconocida la libre opción del sujeto decisor -el paciente- ningún obstáculo existe para reconocer la aplica-

ción de la sedación terminal. Ya que el facultativo tiene derecho a hacer todo lo necesario para aliviar el dolor y el sufrimiento, incluso si con las medidas adoptadas puede incidentalmente acortar la vida⁵⁰ y es moralmente correcto⁵¹ e, incluso se apunta que “permitir que el paciente experimente un dolor insoportable, o un sufrimiento intolerable, es una práctica médica inmoral”⁵². Esto es así porque “uno de los más importantes objetivos de la medicina es conseguir que las personas enfermas sin esperanza de cura puedan morir con tanta comodidad, control y dignidad como les sea posible”⁵³. Piénsese que Francis Bacon (1561-1626), en los albores de la modernidad consideraba “ser oficio del médico no sólo restaurar la salud, sino mitigar el dolor y los sufrimientos, y no sólo cuando esa mitigación pueda conducir a la recuperación, sino cuando pueda lograrse con ella un tránsito suave y fácil; pues no es pequeña bendición esa eutanasia que César Augusto deseaba para sí, y que fue especialmente notada en la muerte de Antonino Pío, que fue a modo y semejanza de un adormecimiento dulce y placentero... Mas los médicos, al contrario, tienen casi por ley y religión el seguir con el paciente después de desahuciado, mientras que, a mi juicio, debieran a la vez estudiar el modo y poner los medios de facilitar y aliviar los dolores y agonías de la muerte”⁵⁴.

La sedación terminal está justificada en numerosos instrumentos internacionales. Baste, por todos, la Recomendación 1418 (1999), que considera que los Estados tienen obligación de “[a]segurar que la persona en fase terminal o moribunda recibirá un adecuado tratamiento del dolor (a menos que el interesado se niegue) y cuidados paliativos, incluso si tal tratamiento tiene como efecto

⁴⁶ Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la atención de pacientes con fuertes dolores crónicos en las enfermedades terminales, adoptada por la 42ª Asamblea Médica Mundial, Rancho Mirage, California, EE.UU., octubre 1990).

⁴⁷ GÓMEZ SANCHO, M.: *Control de síntomas en el enfermo con cáncer terminal*, Asta Médica, Madrid, 1992.

⁴⁸ GRACIA, Diego: “Historia de la eutanasia”, en URRACA, Salvador (Ed.): *Eutanasia: un debate abierto*, Edit. Noesis, Madrid, 1996, p. 84.

⁴⁹ URRACA MARTÍNEZ, Salvador: “Concepto y contexto”, en URRACA, Salvador (Ed.): *Eutanasia: un debate abierto*, Edit. Noesis, Madrid, 1996, p. 56.

⁵⁰ WILLIAMS, G.: *The sanctity of life and the criminal law*, Farber & Farber, London, 1958, p. 289.

⁵¹ WANZER, S.H., FEDERMAN, D.D., ADELSTEIN, C.K., CASSEL, C.K., CASSEM, E.H., CRANFORD, R.E. HOOK, E.W., LO, B., MOERTEL, C.G., SAFAR, P., STONE y otros: “The Physician’s Responsibility Toward Hopelessly Ill Patients”, *New England Journal of Medicine*, Vol. 320, Núm. 13, 1989, p. 844.

⁵² GÓMEZ SANCHO, Marcos: *Medicina paliativa. La respuesta a una necesidad*, Arán, Madrid, 1998, p. 228; cfr. WANZER, S.H., FEDERMAN, D.D., ADELSTEIN, C.K., CASSEL, C.K., CASSEM, E.H., CRANFORD, R.E. HOOK, E.W., LO, B., MOERTEL, C.G., SAFAR, P., STONE y otros: op. cit., pp. 844-849.

⁵³ QUILL, Timothy E., CASSEL, Christine K. y MEIER, Diane E.: “Care of the hopelessly ill. Proposed clinical criteria for physician-assisted suicide”, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 327, núm. 19, pp. 1380-1384; en español “Atención al enfermo terminal. Criterios clínicos propuestos para la asistencia médica al suicidio”, *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, II Época, agosto 1993, núm. 17, p. 33 [33-41].

⁵⁴ BACON, Francis: *El avance del saber*, Alianza Universidad, Madrid, 1988, p. 124.

secundario el acortamiento de la vida” (Apartado VII). Pero es más, existe una generalizada base ética humanista aplicable al cuidado médico que reconoce, *prima facie*, un derecho a la libertad desde la innecesidad del dolor⁵⁵, lo cual concuerda con una percepción social bastante generalizada, ya que “[l]a sociedad camina lejos de los senderos tradicionales de la sublimación del sacrificio y de la permanente autoinmolación”⁵⁶.

La legitimidad de la sedación terminal puede reconducirse a los siguientes argumentos: a) El derecho a una muerte digna tiene diferentes interpretaciones; b) el principio de autonomía residencia en el paciente la interpretación éticamente sostenible en una sociedad multicreencial, c) ejercida libremente la opción acerca de la aplicación/no aplicación de sedación terminal, la sociedad y el Estado han de proporcionar la asistencia en términos de igualdad no negando al paciente terminal prestaciones reconocidas en el sistema de salud.

2.2.- Argumentos desvirtuadores del efecto negativo producido.

Como anuncié anteriormente existen algunos argumentos que pretenden desvirtuar el efecto negativo fundamental⁵⁷ que provoca la sedación paliativa (la muerte anticipada). Se ha acudido para ello a construcciones clásicas (“doble efecto”), aunque debo dejar constancia de otras nuevas, posiblemente más sólidas.

Conforme al principio del doble efecto, siempre que⁵⁸: a) el acto que crea un riesgo de consecuencias adversas sea “bueno” o, cuando menos neutral, b) quien actúe pretenda el “buen” efecto y no el “malo”, aunque este último pueda preverse, c) el efecto “malo” constituya un medio para alcanzar el “bueno” y d) el efecto “bueno” sea más relevante que el efecto “malo”, la actuación que busca como propósito el “buen” efecto es éticamente admisible.

Es esta una construcción muy antigua, que goza de amplio predicamento incluso para aquellos sectores que

rechazan por razones de principios la provocación/anticipación de la muerte y que se ha visto reconocida en sede deontológica y jurisprudencial. En efecto, sus orígenes se remontan a Tomás de Aquino. La Iglesia Católica la viene explícitamente reconociendo desde 1957⁵⁹, como ya habido ocasión de mencionar. Además está asumida en importantes declaraciones deontológicas implícitamente (Código de Ética Médica de la Asociación Médica Americana, Declaración de la Asociación Americana de Asociaciones de Enfermería⁶⁰ y art. 27 del Código de Ética y Deontología Médica español de 10.9.1999) o incluso explícitamente (la mencionada Declaración de la OMC-SECPAL). No en nuestro país, pero sí allende nuestras fronteras, la jurisprudencia –especialmente anglosajona– acude a ella frecuentemente. Así, en el Reino Unido, en el caso *R. v. Adams* (1957)⁶¹, se trató de la acusación contra el Dr. John Bodkin Adams, tras descubrirse que había tratado a pacientes ancianos a su cuidado, que habían fallecido tras suministrárseles elevadas dosis de analgésicos narcóticos. Entonces, el Lord Justice Devlin afirmó que un médico “está en su derecho de hacer todo lo que sea adecuado y necesario para aliviar el dolor y el sufrimiento, aunque tales medidas puedan colateralmente acortar la vida”⁶². Y en Estados Unidos, en el caso *Glucksberg*, el magistrado O'Connor –en posición que compartió Breyer– expresó la legitimidad de la doctrina del doble efecto⁶³. Las ventajas de esta justificación han sido resaltadas por lo demás por la doctrina norteamericana⁶⁴.

Evidentemente la asunción de esta doctrina ha tenido que superar, en el plano médico y hasta jurídico, propuestas radicales que negaban la legitimidad de cualquier anticipación de la muerte. Piénsese que, por ejemplo Mendizábal hace ocho décadas, llegaba a afirmar que “vale más un soplo de vida del hombre que todos los inconvenientes apuntados [dolores insoportables]”: en el

⁵⁵ EDWARDS, Rem B.: “Pain and the Ethics of Pain Management”, Soc. Science & Med, Vol. 18, 1984, p. 527.

⁵⁶ QUERALT, J.J.: “Eutanasia versus auxilio al suicidio”, JANO, Vol. XXXIX, núm. 920, p. 51.

⁵⁷ La pérdida de conciencia sería otro de los efectos negativos. Parece asumida por la Declaración de la OMC-SECPAL de 2002.

⁵⁸ McSTAY, Rob: “Terminal Sedation: Palliative Care for Intractable Pain, Post Glucksberg and Quill”, American Journal of Law & Medicine, Vol. 29, núm. 1, 2003, p. 53.

⁵⁹ PÍO XII: A una Asamblea Internacional de médicos y cirujanos, 24.2.1957, en AAS 49 (1957) 146 y declaraciones posteriores citadas en nota 24.

⁶⁰ AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION: Code of Medical Ethics, 1996, 40 y AMERICAN NURSES ASSOCIATION: Compendium of Position Statements on the Nurse’s Role in End-of-Life Decisions, 1992, 7.

⁶¹ R. v. Adams [1957] Crim. L.R. 365.

⁶² DEVLIN, P.: *Easing the Passing: The Trial of Dr. John Bodkin Adams*, Faber & Faber, London, 1986, p. 71.

⁶³ Washington v. Glucksberg, 96-110 (USSC 1997).

⁶⁴ McSTAY, Rob: “Terminal Sedation...”, op. cit., p. 54-55.

orden espiritual pueden ser de gran mérito los padecimientos; en el social, un ejemplo de religiosidad; en el jurídico, una ocasión de reparar o de cumplir una obligación”⁶⁵.

Pero, como ya anunciaba el “doble efecto” no es el único argumento legitimador de la sedación terminal. Existe por un lado el recurso a la ponderación de beneficios. Se afirma en este sentido que la actuación médica no siempre provoca un “beneficio absoluto”, sino a veces un mero “beneficio relativo” o “neto”. En la medicina paliativa en pacientes terminales debe ponderarse el perjuicio-beneficio (acortamiento de la vida-anticipación de la muerte/paliación de dolores insoportables). E incluso se puede decir, que en la ponderación de bienes afectados, tiene menos valor el riesgo del acortamiento de la vida frente a la efectiva y necesaria mitigación del dolor⁶⁶.

Cabe incluso acudir a la argumentación basada en la existencia de un conflicto de deberes⁶⁷. Los médicos tienen deberes frente a la sociedad, frente a la profesión y frente a su paciente. Frente a este tiene obligaciones de confidencialidad, de eludir daños y respetar su autonomía, entre otros. También el deber de preservar y prolongar la vida -si ello es posible- y de aliviar el sufrimiento. El problema se plantea cuando estos dos últimos deberes entran en conflicto. En realidad el incumplimiento de cualquiera de ellos podría generar responsabilidad. En la práctica, los mayores problemas -y las eventuales responsabilidades- surgen cuando existen dudas sobre la prestación del consentimiento del paciente a la administración de cuidados paliativos que pueden anticipar la muerte. Esta justificación tiene la ventaja de eludir las dificultades de prueba acerca de la intención, propias del principio del doble efecto. Enfrentado el médico a la disyuntiva de emplear remedios paliativos que, a la vez, puedan adelantar el óbito, corresponde al profesional hacer una valoración sobre los valores y creencias del paciente y una evaluación razonable más que de la “calidad de vida”⁶⁸, de la “calidad de muerte”⁶⁹.

⁶⁵ MENDIZÁBAL, Luis: Tratado de Derecho Natural, Imprenta de Julio Cosano, Madrid, T. II, 1921, p. 845.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, 8ª edic., p. 75.

⁶⁷ NUC CETELLI, Susana y SEAY, Gary: “Relieving pain and Foreseeing death: a Paradox about accountability blame”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 28, 2000, pp. 22-23.

⁶⁸ JONSEN, A.R., SIEGLER, M. y WINS LADE, W.J.: *Clinical Ethics*, Mc-Graw-Hill, New York, 3ª edic., 1992, distinguen entre calidad de vida disminuida (situaciones de déficit físico o mental, que todavía permiten una vida humana apropiada), calidad de vida mínima (situaciones irreversibles de sufrimiento intolerable para el sujeto, de frustra-

Por mi parte indicar que con la intervención sedativa terminal no se acorta la vida, simplemente se abrevia la muerte. Aunque la muerte legalmente tenga unos parámetros de delimitación⁷⁰, en estadios terminales lo que hay realmente es un “proceso de muerte” que, iniciado, es ya imparable a la luz de la ciencia actual. La cuestión por tanto es determinar cuánto dura ese proceso de muerte. Aquí habría que emplear las palabras de Séneca a Lucilio: “La muerte no viene toda a la vez; la que se nos lleva es la última muerte”⁷¹. Hablar de provocación de la muerte me parece muy atrevido; como mucho podría decirse que se anticipa lo que ya existe, lo que ya está presente de forma irremediable.

Pudiera pensarse que la sedación paliativa terminal es un invento de la modernidad. No es así. Por ejemplo, en un conocido pasaje de la *Utopía* de Tomás Moro⁷²

*ción definitiva de las expectativas vitales) y calidad de vida bajo mínimos (situaciones de ausencia irreversible de una mínima capacidad de conciencia y de relación con otros seres --así, estados vegetativos permanentes-). En el caso del enfermo terminal estaríamos hablando de “calidad de vida mínima”. Existen numerosos modelos de medición de la calidad de vida: cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Miguel: “Calidad de vida en enfermos terminales y eutanasia”, en URRACA, Salvador (Ed.): Eutanasia: un debate abierto, Edit. Noesis, Madrid, 1996, pp. 363-364 y GILL, T.M. y FEINSTEIN, A.R.: “A Critical Appraisal of the Quality of Quality-of-Life Measurements”, *Journal of American Medical Association*, Vol. 272, 1994, pp. 619-626.*

⁶⁹ BUISÁN ESPELETA, Lydia: “Actitud médica ante el paciente que fallece en el hospital”, *Quadern CAPS*, otoño 1995, núm. 23, pp. 88-89.

⁷⁰ El ya generalizado diagnóstico de muerte cerebral corresponde a la definición hecha por la Harvard Ad Hoc Committee on the Definition of Death; AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH: “A Definition of Irreversible Coma”, *Journal of American Medical Association*, núm. 20, 1968, p. 337. Cfr. SANTAMARÍA, Joan: “Diagnóstico de la muerte cerebral”, *Quadern CAPS*, núm. 20, 1994, pp. 6-24; ENGELHARDT, Hugo Tristram: *Los fundamentos de la bioética*, Paidós, Barcelona, 1995, pp. 259-273, y ANDORNO, Roberto: *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 148-152. En nuestro ordenamiento positivo la regulación moderna del tema se encuentra en el art. 5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos y en el art. 10 del R.D. 426/1980, de 22 de febrero primero y en el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos, que sustituye al anterior. En su art. 3.4 define el diagnóstico de la muerte afirmando: “el diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basará en el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o de las funciones encefálicas, conforme establece el art. 10”.

Llama la atención Fernández Bermejo sobre el hecho de que una simple norma reglamentaria “ha dejado establecido nada menos que el momento final de la vida humana y, con ello, el de extinción del derecho consagrado en el art. 15 de la Constitución”. FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano: “Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (I)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 132, 13.1.1994, p. 3.

⁷¹ SÉNECA, Lucio Anneo: *Cartas morales a Lucilio*, Libro III, Carta XXIV, *Orbis*, Barcelona, 1984, Vol. I, p. 66.

⁷² MORO, Tomás: *Utopía*, *Orbis*, Barcelona, 1984, pp. 162-163.

disponemos de una sólida defensa de la sedación paliativa. Moro diferencia entre los que “están afectados de enfermedades incurables” a los que se les conforta y reciben “toda clase de ayudas que pueden existir” y aquellos otros que padecen una enfermedad “llena de continuo sufrimiento y angustia”. A estos últimos se les exhorta “a no consentir más esa pestilente y dolorosa enfermedad”. Los procedimientos que describe Tomás Moro son conocidos en la modernidad: la retirada (voluntaria) de alimentación/hidratación (“ponen fin a sus vidas voluntariamente de hambre”) y la sedación terminal (“o bien mueren durante el sueño sin ninguna sensación de agonía”). Mas obsérvese, y esto es fundamental, que existe una defensa a ultranza de la autonomía individual, pues los utopienses: “no obligan a nadie a morir contra su voluntad ni dejan de usar la misma diligencia y cuidado con él, aunque creen que ésta es una muerte honorable”.

3.- Tratamiento normativo:

3.1.- Impunidad e irresponsabilidad de la sedación paliativa conforme a la *lex artis*.

Doctrinal, legal y jurisprudencialmente existe un cierto consenso en que la sedación terminal es impune penalmente y no comporta responsabilidad civil/administrativa.

La doctrina comparte mayoritariamente la opinión de que la sedación terminal no es punible siempre que haya sido aplicada correctamente⁷³. Se acude al recurrente argumento de que en estos casos no estaría en la intencionalidad del autor el acortamiento de la vida, sino únicamente el alivio del sufrimiento⁷⁴. Eso sí, se exige que el médico se ajuste a los deberes de cuidado objetivo, cumpla las exigencias de la indicación terapéutica y respete la *lex artis*⁷⁵, lo que es tanto como decir que el tratamiento es necesario, idóneo y tiene preferencia frente a otros por ser el más eficaz y, además, se sigue el procedimiento o mé-

todo adecuado para la aplicación de la medida indicada. Si se combate el dolor dentro de los cauces de la prudencia el eventual –o inevitable- adelanto de la muerte no constituirá un hecho típico culposo punible⁷⁶.

A la vista de nuestra actual regulación penal, el argumento más utilizado para fundamentar la conclusión de impunidad deviene del hecho de que carecería de sentido que el legislador hubiera optado por privilegiar con una atenuación de la pena los comportamientos directos y activos y no lo hubiera hecho con los omisivos⁷⁷ e indirectos. La interpretación más razonable sería, no que la eutanasia indirecta queda excluida de la atenuación del 143.4 CP, sino que dicha conducta es atípica y por ello impune. A mayor abundamiento indicar que en los debates parlamentarios no se mencionó en absoluto la ilicitud de los comportamientos indirectos⁷⁸. Es más, como afirma Gimbernat, la actuación que se lleve a cabo con la “anuencia” del paciente no plantea mayor problema ya que tanto del tenor del art. 143.4 CP 1995, como de los arts. 12.2.g y 13.2.f de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, “la atención paliativa a los enfermos terminales” es una conducta conforme a Derecho.

En el plano jurisprudencial, a falta de resoluciones que hayan abordado la cuestión en nuestro país, tenemos el referente de los países anglosajones, en los que se establece una clara diferencia entre aquellos casos en los que el empleo de los analgésicos tiene una pretensión meramente paliativa, de aquellos otros en los que el fin prima-

⁷³ ROMEO CASABONA, Carlos María: “La eutanasia en el derecho comparado y en el código penal español”, en URRACA, Salvador (Ed.): Eutanasia hoy. Un debate abierto, Editorial Noesis, Madrid, 1996, p. 225.

⁷⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María: El Derecho y la Bioética..., op. cit., pp. 429-431; VALLE MUÑIZ, José M.: Comentarios al Nuevo Código Penal, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 705.

⁷⁵ El cumplimiento de la *lex artis* constituye un elemento clave, como lo ponen de relieve TORÍO LÓPEZ, Ángel: “¿Tipificación de la eutanasia en el Código penal?. Indicaciones provisionales” en “Libro Homenaje a J. Antonio Sainz Cantero”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1987, pp. 231-232.

⁷⁶ A esta conclusión de impunidad se suman, entre otros: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Edit. Cera, Madrid, 1991, 2ª edic., p. 96 y TORÍO LÓPEZ, Ángel: “Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos”, en FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín (Dir.): Estudios Penales y Criminológicos IV, Santiago de Compostela, 1981, p. 193.

⁷⁷ Dejo en el futuro de lado estos ya que exceden del campo del presente estudio. Cfr. al respecto en relación a la desconexión de mecanismos artificiales de sostenimiento de la vida TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 110-123. No obstante indicar que cuando concurren situaciones de analgesia y omisión de actuaciones (alimentación, respiración asistida) en realidad estamos en presencia de dos conductas independientes.

⁷⁸ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: La cooperación al suicidio..., op. cit., pp. 108-109. En el mismo sentido: GONZÁLEZ RUS, Juan José, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.): Curso de Derecho penal español. Parte especial, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 97-98 y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 219-221.

rio es acabar con la vida del paciente⁷⁹. En los primeros tampoco se percibe como punible la intervención paliativa. Me remito a las consideraciones que hice al efecto sobre el caso *R. v. Adams* en el Reino Unido.

3.2.- Consecuencias de la intervención sin consentimiento.

En el caso de que la sedación terminal fue aplicada en contra de la voluntad del paciente, y aunque debiera respectarse dicha voluntad, Gimbernat entiende que en tales supuestos no existiría sin embargo un delito de homicidio, ya que –en la peculiar interpretación de este autor en este punto– “la falta del consentimiento del paciente no puede convertir lo que es una eutanasia indirecta –impune– en una directa –la única que está tipificada como delito en el Código Penal–, sino que esa responsabilidad será una de carácter administrativo-sancionadora, civil, profesional o estatutaria”⁸⁰.

No comparto tal opinión. En principio existiría una situación francamente absurda: el médico que cause la muerte a petición del paciente comete delito del 143.4 CP, pero si la causa sin petición del paciente no comete ningún delito. Evidentemente, por imperativo del principio de tipicidad, la conducta del médico que causa la muerte sin petición del paciente no puede incardinarse en el tipo del 143.4 CP que sólo trata de la causación de la muerte previa petición. Pero a todas luces si se castiga ocasionar la muerte previa petición no parece muy coherente que una conducta más grave, la causación sin previa petición o incluso más, en contra de la voluntad del paciente, pueda quedar impune.

Con cierto atrevimiento, por mi condición de no penalista, sugiero que dicha conducta sí es subsumible en algún otro tipo del Código Penal. Lamentablemente no existe en nuestro ordenamiento el tipo del “tratamiento médico arbitrario”, perdiendo el legislador de 1995 una buena ocasión de incorporar una figura, existente en otros países (parágrafo 110 del Código Penal Austríaco o art. 158.1 del Código Penal Portugués) y que resolvería razo-

⁷⁹ En la jurisprudencia, en el Reino Unido: *Re J.* [1991] *Fam.* 33; *Airedale N.H.S. Trust v. Bland* [1993] *A.C.* 789; y *R. (Pretty) v. the D.P.P.* [2001] *U.K.H.L.* 61. En Canadá: *Rodriguez v. Attorney General of Canada*, [1994] 2 *L.R.C.* 136 y *R. v. Latimer*, [2001] 1 *S.C.R.* 3. En Estados Unidos: *Vacco v. Quill*, 521 *U.S.* 793 (1997) y *Washington v. Glucksberg*, 521 *U.S.* 702 (1997). En la doctrina: *HODGSON, John: “Rights of the terminally ill patient”, Annals of Health Law, Vol. 5, 1996, pp. 190-191, que reconoce la influencia que el caso Airedale NHS Trust v. Bland ha tenido en esta materia.*

⁸⁰ GIMBERNAT, Enrique: “El problema jurídico...”, op. cit., p. 5.

nable casos como este⁸¹. Efectivamente se echa en falta un tipo penal que proteja la autodeterminación del paciente⁸².

A falta de tal norma penal corresponde indagar si algún tipo de nuestro Código Penal puede ser aplicable a conductas como la administración involuntaria de sedación terminal. Existen penalistas que –precisamente ante la ausencia del tipo de tratamiento médico arbitrario– acuden al delito de coacciones (art. 172 CP). Con tal figura penal se protege al individuo frente al ataque inespecífico o indiferenciado menos grave y significativo contra la libertad⁸³. Viene a ser este delito una especie de tipo de recogida de todos los atentados de la libertad que no encajen en otros preceptos penales más específicos⁸⁴.

El delito de coacciones, en nuestro ordenamiento, es una forma delictiva en la que la lesión del bien jurídico requiere la violenta imposición de un comportamiento contra la voluntad del sujeto⁸⁵. Aunque la doctrina entiende de diverso modo qué ha de entenderse por violencia, al menos existe coincidencia en que la misma es necesaria tanto en la modalidad de impedir como en la de compeler un determinado comportamiento. Como consecuencia de lo anterior sólo existirá lesión cuando realmente haya oposición por parte del sujeto concernido, ya que el consentimiento del titular del bien jurídico protegido (la libertad) hace atípica la conducta, según opinión de la doctrina mayoritaria⁸⁶; como señala la STS 18.10.1979 el consentimiento “destipifica el hecho, porque demuestra la inexistencia de una contradicción de voluntades, que

⁸¹ JORGE BARREIRO, Agustín: “La imprudencia profesional del médico en el nuevo Código Penal español de 1995”, en *La responsabilidad civil y penal del médico*, Colegio Oficial de Médicos de Madrid, Madrid, 1999, p. 132.

⁸² ASUA, Adela y DE LA MATA, Norberto J.: “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado”, *La Ley*, 1990-3, p. 872.

⁸³ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: “Delitos contra la libertad. Amenazas y coacciones”, en *BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dtor): Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Volumen II, *Centro de Estudios Ramón Areces*, Madrid, 1998, p. 73.

⁸⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*. Vol. III, *Delitos contra la libertad y la seguridad, honestidad, honor y estado civil*, CEURA, Madrid, 1989, p. 100; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Derecho Penal y protección de la libertad de obrar de la persona. El delito de coacciones*, Estudios Penales, Bosch, Barcelona, 1984, p. 252; MAQUEDA ABREU, M.L.: *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Edit. Universidad de Granada, Granada, 1988, p. 20; TORÍO LÓPEZ, A.: “La estructura típica del delito de coacción”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977, p. 19; ASUA BATARRITA, A. y DE LA MATA BARRANCO, N.: “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado”, *La Ley*, 1990-3, p. 866.

⁸⁵ MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1984, p. 131.

⁸⁶ ASUA BATARRITA, A. y DE LA MATA BARRANCO, N.: “El delito de coacciones...”, op. cit., pp. 867, 869-870.

constituye la *ratio essendi* del delito”. En consecuencia, si el paciente por sí, o a través de los mecanismos de sustitución previstos por la norma sanitaria (9.3 Ley 41/2002), consiente la sedación terminal, ninguna incriminación es posible.

Puede plantearse asimismo que exista consentimiento pero éste se encuentre viciado. En general parece haber acuerdo en que el consentimiento viciado es ineficaz⁸⁷; aunque en lo relativo a considerar que la conducta engañosa ha de obtener un reproche penal, no existe tal unanimidad. Unos aprecian la existencia de delito de coacciones⁸⁸, otros la niegan reconduciendo la conducta ilícita a la vía civil⁸⁹ y no faltan quienes sin afirmar la existencia de delito admitan que en algún supuesto puede subsumirse la conducta descrita en el mismo⁹⁰.

La concurrencia de “violencia” es lo que plantea más dificultades a la hora de incardinar un tratamiento involuntario ilícito –en el caso que aquí se trata, la sedación terminal– en el tipo del art. 172 CP. Los términos del precepto son taxativos, vienen referidos a aquel “que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”. La violencia es esencial al tipo; es más, nótese que la diferencia entre el delito del 172 CP y la falta de coacciones del 620.2º CP no reside en la concurrencia o no de violencia, sino en la intensidad de la misma⁹¹.

La doctrina española aún debate cómo ha de interpretarse el elemento típico de la violencia en el delito de coacciones⁹². Por lo que respecta a la jurisprudencia, es

⁸⁷ JORGE BARREIRO, A.: “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, Cuadernos de Política Criminal, 1983, p. 33 y ROMEO CASABONA, Carlos María: El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal), Bosch, Barcelona, 1981, pp. 347 y ss.

⁸⁸ ROMEO CASABONA, Carlos María: El médico y el Derecho Penal..., op. cit., p. 288.

⁸⁹ TORÍO LÓPEZ, A.: “La estructura típica...”, op. cit., p. 37.

⁹⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M.: Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Vol. III..., op. cit., p. 161: “no puede tener eficacia eximente el que se haya obtenido mediante coacción, amenaza, engaño o error”; JORGE BARREIRO, A.: “La relevancia jurídico-penal...”, op. cit., pp. 17 y 33.

⁹¹ ASUA BATARRITA, A. y DE LA MATA BARRANCO, N.: “El delito de coacciones...”, op. cit., p. 867. Cfr. HIGUERA GUIMERA, J.F.: El delito de coacciones, Bosch, Barcelona, 1978, p. 251 y ss; MAQUEDA ABREU, M.L.: Los delitos contra la libertad..., op. cit., pp. 37-38 y MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia...”, op. cit., p. 145.

⁹² Cfr. HIGUERA GUIMERA, J.F.: El delito de coacciones, Bosch, Barcelona, 1978, p. 88 y ss y MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia...”, op. cit., pp. 130 y ss. Sobre la interpretación de la violencia como elemento normativo Vid. MIR PUIG, Santiago: “El delito de coacciones en el Código Penal”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1977, pp. 274 y ss y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: Dere-

apreciable una evolución que, partiendo de la originaria concepción de la violencia como *vis corpori afflicta* ha llegado a una completa volatilización de este concepto hasta llegar a considerar como coacción supuestos en los que, aún produciéndose un menoscabo de la libertad, no existía violencia alguna⁹³, lo que ha merecido críticas doctrinales al entender que “una extensión de tal índole resulta inaceptable”⁹⁴, aunque no falten autores que consideren que “lo esencial en la violencia ya no es el empleo de fuerza física, sino sólo la abierta negación de la capacidad de decisión personal o de su realización externa”⁹⁵.

Por mi parte entiendo que la imposición de un tratamiento médico contra la voluntad del paciente –salvo que exista una circunstancia que excluya la antijuricidad de la acción o incluso la misma tipicidad de la conducta– constituye un delito de coacciones⁹⁶. Los dos clásicos supuestos en los que cabe tratamiento médico sin necesidad de que concurra el consentimiento del paciente son la concurrencia del estado de necesidad y la existencia de un precepto legal que prescriba dicho tratamiento⁹⁷. A mi entender en el caso de la sedación terminal no existe ni lo uno ni lo otro. No hay estado de necesidad, ya que no hay necesidad de intervenir contrariando la voluntad de un sujeto que decide en el legítimo ejercicio de su autodeterminación⁹⁸ y tampoco existe prescripción legal de intervenir ya que, “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios” (art. 2.2 Ley 41/2002, desarrollado en el art. 8) y –siempre que no concurran los supuestos 9.2 Ley 41/2002, que estimo que no concurren siempre que el paciente conserve su competencia o haya dejado instrucciones al efecto cuando era competente– sobre el paciente recae la decisión final. Como afirmara

cho penal y protección de la libertad de obrar de la persona. El delito de coacciones, Estudios Penales, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 265 y ss.

⁹³ Cfr. MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, Cuadernos de Política Criminal, 1984, p. 148 y ss.

⁹⁴ ASUA BATARRITA, A. y DE LA MATA BARRANCO, N.: “El delito de coacciones...”, op. cit., p. 868.

⁹⁵ MIR PUIG, Santiago: “El delito de coacciones en el Código penal”, op. cit., p. 278.

⁹⁶ ASUA, Adela y DE LA MATA, Norberto J.: “El delito de coacciones...”, op. cit., pp. 865-866.

⁹⁷ JORGE BARREIRO, A.: “La relevancia jurídico-penal...”, op. cit., pp. 18 y ss; ROMEO CASABONA, Carlos María: El Médico y el Derecho penal, op. cit., pp. 382 y ss.

⁹⁸ La apreciación de si existe una situación de estado de necesidad exige una ponderación de bienes en conflicto; ROLDÁN BARBERO, H.: “Estado de necesidad y colisión de intereses”, Cuadernos de Política Criminal, 1983, pp. 514 y ss. Y tal ponderación, en principio, corresponde al paciente.

Mill: “La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”⁹⁹.

Pues bien, a la vista de que no existe circunstancia que excluya la antijuricidad para la imposición de una sedación terminal, puede aceptarse que lo característico de la violencia es el “enfrentamiento a la actuación de otra persona”¹⁰⁰. Es cierto que algunos tratadistas consideran que no puede llegarse a una tesis expansiva del concepto de violencia¹⁰¹ porque ello ampliaría “el campo de intervención penal (o protección penal) más allá de lo estrictamente previsto por la ley, eludiendo la explícita exigencia de ese particular desvalor de acción requerido en la descripción típica”¹⁰², pero no faltan autores cuyos planteamientos me parecen más asumibles en la esfera sanitaria en la que nos movemos, que consideran que “lo esencial en la violencia ya no es el empleo de fuerza física, sino sólo la abierta negación de la capacidad de decisión personal o de su realización externa”¹⁰³. De hecho es patente el amplio concepto que se maneja en derecho español¹⁰⁴.

En fin, comparto con Asúa y De la Mata la idea de que “no corresponde al Derecho Penal la sanción de todo desprecio o menoscabo de la libertad de obrar del sujeto, sino sólo en aquellos casos en los que la relevancia y significación social del ataque justifique el recurso al Derecho punitivo, quedando todos los demás ataques a la libertad en el ámbito del ilícito civil”¹⁰⁵. Y precisamente por ello, que en el caso de enfermos terminales se contra-

ría su voluntad de que no les sea administrada sedación terminal entiendo que tiene suficiente “relevancia y significación social” y tal acción posee tal “particular desvalor” como para reclamar la intervención del ordenamiento punitivo. Es ya no sólo una relevancia social lo que está en juego, sino también una clara relevancia individual, pues al fin y al cabo estamos hablando de la última decisión, del último ejercicio de autodeterminación de un ser humano. En consecuencia, si no se quiere convertir al ciudadano en un mero instrumento del Estado o de fines privados, lo que no es de acogida en una sociedad libre y democrática, la intervención médica sin consentimiento justificado integraría dicho delito de coacciones¹⁰⁶.

Alternativamente al tipo de coacciones, a la vista de que “por trato degradante puede entenderse cualquier atentado a la dignidad de la persona y especialmente su utilización como medio” y teniendo en cuenta que tiene lugar “la lesión de la integridad moral cuando la persona ve negada su plena capacidad de decidir, cuando la pérdida de la dignidad hace que pierda sus condiciones de ser libre, de forma que no quepa atribuir su conducta como propia”¹⁰⁷, una intervención no querida en el propio cuerpo pudiera incluirse dentro de la tipificación que prevé el art. 173 CP: “El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”. De hecho el sujeto activo del delito puede serlo cualquier persona física, pues otra cosa es que si concurriera la condición de funcionario público entraría en juego la agravante genérica del art. 22.7 CP. Y el sujeto pasivo la persona física que sufre el trato degradante, y un enfermo sin duda reúne tal condición. La conducta típica, por su parte, es aquella dirigida a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, estando ejecutada de tal forma que dé lugar a un sentimiento de vejación o humillación que, en todo caso, ha de producir como resultado un menoscabo grave en la integridad moral de la víctima¹⁰⁸.

Dos sentencias del Tribunal Supremo nos ilustran sobradamente cómo el concepto jurisprudencial de “integridad moral” permitiría la aplicación a la intervención no consentida del delito tipificado en el citado art. 173 CP. La primera es la STS, 2ª, 2.11.2004, EDJ 2004/197346

⁹⁹ MILL, John Stuart: Sobre la libertad, (Trad. DE AZCÁRATE, Pablo), Alianza, Madrid, 1984, p. 65.

¹⁰⁰ MAQUEDA ABREU, M.L.: “Comentario a la STS de 4 de octubre de 1982”, La Ley, 1983-2, p. 181.

¹⁰¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: Derecho penal y protección..., op. cit., p. 273.

¹⁰² ASUA, Adela y DE LA MATA, Norberto J.: “El delito de coacciones...”, op. cit., p. 868. Cfr. MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia...”, op. cit., p. 139 y TORÍO LÓPEZ, A.: “La estructura típica...”, op. cit., pp. 23-24.

¹⁰³ MIR PUIG, Santiago: “El delito de coacciones en el Código penal”, op. cit., p. 278. Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: “Delitos contra la libertad”, op. cit., p. 77.

¹⁰⁴ JORGE BARREIRO, A.: “La relevancia jurídico-penal...”, op. cit., pp. 17 y ss. y del mismo autor La imprudencia punible..., op. cit. p. 81 y bibliografía allí citada.

¹⁰⁵ ASUA, Adela y DE LA MATA, Norberto J.: “El delito de coacciones...”, op. cit., p. 869. En apoyo de esta tesis: BAJO FERNÁNDEZ, M.: Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Vol. III, op. cit., p. 108; HIGUERA GUIMERA, J.F.: El delito de coacciones, op. cit., pp. 110 y ss.; MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia...”, op. cit., pp. 168 y ss.

¹⁰⁶ FERRERO HIDALGO, Fernando y RAMOS REGO, Mª Ángeles: Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual, Libr. Bosch, Barcelona, 1998, p. 404.

¹⁰⁷ CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Artículo 173”, en VIVES ANTÓN, Tomás S. (Coord.): Comentarios al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, Vol. I, pp. 896-897.

¹⁰⁸ FERRERO HIDALGO, Fernando y RAMOS REGO, Mª Ángeles: op. cit., p. 440.

que señala: “Si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos (los Europeos de 1950 y 1987 de las Naciones Unidas de 1984 y la Universal de 1948) y en el art. 15 CE permiten, a nuestro entender, acotar un quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta -como manifestación directa de la dignidad humana- comprende todas las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que, sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, causa humillación quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos y con finalidades distintas de las comprendidas en el art. 174, presuponga, fuerce o competa al agredido o sufridor de aquellos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia, encajaría en el precepto cuestionado, dado que, aunque lo sea con carácter residual, en el mismo se tipifica un delito especial impropio, implícitamente definido en las determinaciones precedentes y concurrente en el supuesto enjuiciado, dadas las circunstancias”. La segunda, STS, 2ª, 3.10.2001, EDJ 2001/31992 aclara más si cabe el tema al aludir al ataque a la capacidad de autodeterminación: “El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la ‘integridad moral’ y proscribire con carácter general los ‘tratos degradantes’. La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto”.

Sería por tanto la aplicación de este tipo penal una fórmula alternativa al delito de coacciones que sugiero con todas mis reservas, habida cuenta de desbordar el ámbito de mi especialidad. Ahora bien, lo usual será que en el ámbito médico el trato degradante se ejecute a través de medios o resultados o la conducta tenga finalidades que

formen parte de otros tipos delictivos que tutelen distintos bienes jurídicos; y tal es el caso de las coacciones¹⁰⁹. En tal supuesto estaríamos en presencia de un concurso ideal que, entiendo, ha de resolverse a favor del tipo delictivo distinto al trato degradante. En el ámbito de que aquí trato, se resolvería pues apreciando un delito de coacciones.

3.3.- Consecuencias de la denegación o insuficiente asistencia.

En estados terminales pueden tener lugar conductas omisivas del personal sanitario. O, en otras palabras, que se deniegue al paciente - o a los sustitutos legalmente determinados (9.3 Ley 41/2002)- la paliación suficiente del dolor -cuyo último grado lo constituirá, llegado el caso, la sedación paliativa-. En tales supuestos la conducta del médico puede conllevar responsabilidad penal y civil; y quien dice civil, dice patrimonial, que al fin y al cabo no deja de ser la peculiar responsabilidad de las administraciones públicas y de sus funcionarios¹¹⁰.

3.3.1.- Penales.

La omisión de sedación puede dar lugar a dos tipos de delitos omisivos: la omisión de asistencia sanitaria y las lesiones en comisión por omisión.

El primero de ellos aparece por vez primera en nuestro ordenamiento penal en el Código de 1995, el cual castiga la conducta del profesional que “estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria... cuando de la denegación... se derive riesgo grave para la salud de las personas” (art. 196 CP). Hasta ahora viene aconteciendo un hecho ciertamente paradójico: mientras los médicos pueden ser perseguidos criminalmente por inadecuada prescripción de fármacos, no se cataloga como *malpraxis* el inadecuado tratamiento del dolor¹¹¹. Más nada impide que en el futuro puedan prosperar acciones en este último sentido. Como luego veremos en vía civil, fuera de nuestro país se ha iniciado tímidamente el proceso en esta línea.

¹⁰⁹ FERRERO HIDALGO, Fernando y RAMOS REGO, Mª Ángeles: op. cit., p. 444.

¹¹⁰ La responsabilidad patrimonial del Estado “no deja de ser civil, si bien presente principios propios y matices particulares”; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual, Dykinson, Madrid, 2001, p. 281. Por lo que cabría hablar de “responsabilidad civil del Estado”; MARTÍN REBOLLO, Luis: “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas”, en AA.VV.: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Vol. III, Civitas, Madrid, 1991, p. 2806.

¹¹¹ MAYER, Gilah R.: “Why an elder abuse case...”, op. cit., p. 315.

La incriminación de la conducta descrita protege la vida y salud humanas en relación con el ejercicio de una determinada profesión¹¹², castigando la conducta de aquellos sanitarios que, al tener obligación de prestar asistencia, adquieren una posición de garantes de personas que tienen a su cuidado/tratamiento. Es decir, necesariamente, al concurrir el requisito de “estar obligado a ello”, en el sujeto activo ha de concurrir la condición de “profesional”, por lo que “estamos ante un delito especial propio, al no existir un delito común correlativo que pueda ser cometido por los particulares”¹¹³. Por tal razón debe partirse de “la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico”¹¹⁴.

Lo que se castiga es la denegación de asistencia, dentro de cuyo concepto indiscutiblemente se encuentran los cuidados paliativos¹¹⁵. Pero de esa denegación ha de derivarse “riesgo grave para la salud”¹¹⁶. Puede parecer contradictorio que la denegación de sedación terminal que, de hecho, va a anticipar la muerte, pueda poner en riesgo la “salud”. Pero la contradicción es sólo aparente ya que por “salud”, según la conocida definición de la Constitución de 1947 de la OMS, se entiende “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad o dolencia”. Y la “eliminación o mitigación” de graves sufrimientos comporta la supresión o atenuación del estado de carencia de bienestar físico o psíquico por medio de la aplicación de un tratamiento orientado de modo directo a liberar o aliviar graves sufrimientos¹¹⁷. Luego el dolor físico o, más ampliamente el

sufrimiento, supone un menoscabo del bienestar personal. Por grave riesgo para la salud ha de entenderse pues, por supuesto la vida pero también un empeoramiento del “estado de salud”¹¹⁸, como el ocasionado por el dolor. Efectuada la ponderación cantidad de vida/calidad de muerte no existe ninguna causa de justificación para permitir el sufrimiento innecesario, y de hecho, si nos encontramos ante un supuesto de no tratamiento del dolor sería una negligencia médica que podría ser castigada penalmente, se ha llegado a afirmar¹¹⁹, en posición que comparto. En el mismo sentido, fuera de nuestras fronteras, Rich defiende que un inadecuado tratamiento del dolor puede generar responsabilidad profesional en el médico interviniente por *malpraxis*¹²⁰.

Otra conducta omisiva que pudiera ser punible viene referida al delito de lesiones en comisión por omisión. Gimbernat –por ejemplo- cataloga como delito de lesiones la denegación de asistencia paliativa. En este tipo de casos –afirma- si es el paciente quien pide la intervención médica y esta no tiene lugar, el médico sería responsable de “lesiones por omisión” y ello porque “el facultativo que se ha hecho cargo del tratamiento de un paciente no sólo responde de un delito de acción si, por negligencia, mata *positivamente* al enfermo... o le menoscaba su integridad física..., sino que, por ser garante de la vida y de la salud de quien se ha confiado en sus manos, también responde por un delito de omisión (impropia) en el caso de que se abstenga de aplicar las medidas terapéuticas adecuadas que habrían evitado la muerte (...) o las lesiones padecidas (...)”. Pues bien, “el dolor constituye un menoscabo de la salud –que es el bien jurídico protegido por los delitos contra la integridad física-, por lo que si el médico-garante no le aplica cuidados paliativos y permite, en contra de la voluntad del enfermo, que éste continúe con sus padecimientos, será responsable de unas lesiones por omisión que en este caso no serían imprudentes, sino intencionales”. No puede acogerse el facultativo –continúa diciendo Gimbernat- a la justificación de que no quiere provocar la probable anticipación de la muerte del paciente, ya que –como quedó dicho- tanto del tenor del art. 143.4 CP 1995, como de los arts. 12.2.g y 13.2.f de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, “la

¹¹² GÓMEZ PAVÓN, Pilar: Tratamientos médicos..., op. cit., pp. 302-303.

¹¹³ FARALDO CABANA, Patricia: Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico, en “Lecciones de Derecho sanitario”, Servicio de Publicaciones, Universidad de A Coruña, 1999, p. 539. En contra de esta opinión se manifiesta MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: La omisión de socorro del profesional sanitario, *Actualidad Penal*, 16 nov. 1997, quien siguiendo la opinión de PORTILLA CONTRERAS, lo califica de “especial impropio”. Estos autores citados por FARALDO CABANA, Patricia: Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico, en “Lecciones de Derecho sanitario”, Servicio de Publicaciones, Universidad de A Coruña, 1999, op. cit.

¹¹⁴ BACIGALUPO ZAPATER: Delitos impropios de omisión, *Buenos Aires*, 1983, 2ª edic., p. 143 y ss.

¹¹⁵ Y ello desde antiguo; STOOSS, Carl: Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Verlag Otto von Liebmann, Berlín, 1898, pp. 3-5. Citado por ROMEO CASABONA, Carlos María: El médico y el derecho penal, op. cit., pp. 3-4.

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial, 1996, op. cit., pp. 285-286.

¹¹⁷ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel: Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, Tecnos, Madrid, 1999, p. 143. Que recoge la definición de la “Propuesta Alternativa al Tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida”,

en Una alternativa al tratamiento de la disponibilidad de la propia vida elaborada por el Grupo de Estudios de Política Criminal, Alicante, 1993, pp. 22-23. Se recoge en la revista Jueces para la Democracia, núm. 2, 1993.

¹¹⁸ GÓMEZ PAVÓN, Pilar: Tratamientos médicos..., op. cit., p. 311.

¹¹⁹ MORALES SANTOS, Angel: “Derechos de los enfermos terminales”, op. cit., p. 275.

¹²⁰ RICH, Ben A.: “A prescription...”, op. cit., pp. 41-43.

atención paliativa a los enfermos terminales” es una conducta conforme a Derecho y, en consecuencia, “un comportamiento penalmente ilícito (lesiones por omisión) no puede estar justificado por la negativa del autor a ejecutar otro comportamiento que el ordenamiento jurídico aprueba: la aplicación de medidas paliativas”¹²¹.

Efectivamente, la atención paliativa está incluida dentro de las prestaciones de nuestro sistema sanitario, gozando de amplio reconocimiento ético y legal, por lo que el personal sanitario que atiende (asume por tanto el tratamiento¹²²) a este tipo de pacientes (y que adquiere así la condición de “garante”¹²³) tiene una obligación jurídica de actuar. En el caso de la medicina pública, tal deber tiene naturaleza legal, pues conforme a lo dispuesto en el art. 19.b) Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: “El personal estatutario de los servicios de salud viene obligado a: “Ejercer la profesión o desarrollar el conjunto de las funciones que correspondan a su nombramiento, plaza o puesto de trabajo con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables”. En el caso de la medicina privada, por devenir tal obligación de los términos del contrato entre médico y paciente (1101 CC). Si no lo hiciera, incumple una “específica obligación legal o contractual de actuar”, por lo cual la omisión “al infringir un especial deber jurídico del autor” equivale a su causación (11 CP).

Una vez que se determine que, efectivamente, el sanitario asume en un caso determinado la posición de garante, la imputación del resultado lesivo que se produzca (muerte o lesiones) sólo tendrá lugar cuando la omisión equivalga a la causación activa del resultado¹²⁴. Esta equivalencia es descrita por Silva como la existencia de una barrera de contención del riesgo específico que amenaza al paciente de forma tal que la retirada de dicha barrera provoca la conversión del riesgo eventual en cierto resul-

tado¹²⁵. Al hablar de muerte o lesiones es preciso hacer dos matizaciones. El resultado de muerte, como consecuencia de la aplicación de remedios paliativos legítimos en su modo y forma de administración naturalmente remite a otras consideraciones que se ya se han venido efectuando. Pero, el resultado de lesiones debe concretarse. El Código Penal habla de lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental (147 CP). A la vista del amplio concepto de salud propuesto por la OMS, que goza de general consideración, es más que aceptable que la conducta omisiva que hace posible la perduración innecesaria del dolor es una transgresión de la norma penal vigente.

Puede en fin suceder que se haya producido una denegación de asistencia (paliativa) y, como consecuencia de ello, se haya permitido un dolor innecesario. En tal caso estaríamos en un “concurso de normas” (196 y 147 en relación con el art. 11 CP), siendo “aplicables los correspondientes tipos dolosos o imprudentes de homicidio o de lesiones, respecto de los cuales los de denegación de asistencia sanitaria o de abandono de los servicios sanitarios aparecen como tácitamente subsidiarios, tal y como, por lo demás, ocurre siempre que un *delito de peligro concreto* acaba por desembocar en un *delito de lesión* del mismo objeto de protección”¹²⁶. Se aplicaría en tales casos pues el 147 CP.

3.3.2.- Civiles.

La posibilidad de que en nuestro país se presenten demandas civiles frente a conductas omisivas del tratamiento del dolor no es descabellada. Reconoce la STS 1ª, 31.5.2000, EDJ 2000/15178, “que el daño moral constituye una noción dificultosa (S. 22 mayo 1995, EDJ 1995/2454), relativa e imprecisa (SS. 14 diciembre 1996, EDJ 1996/9131 y 5 octubre 1998 EDJ 1998/25076)”. Pero es evidente que, aunque no deba pensarse en una generalización de la posibilidad indemnizatoria, existe “una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del ‘pretium doloris’ y los ataques a los derechos de la personalidad (S. 19 octubre de 1998)”. “La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o

¹²¹ GIMBERNAT, Enrique: “El problema jurídico de la muerte y del dolor”, op. cit., p. 4.

¹²² SCHÜNEMANN: Grund and Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Gotinga, 1971, p. 340. Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, op. cit., p. 128.

¹²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, op. cit., pp. 125-129.

¹²⁴ FARALDO CABANA, Patricia: “Omisión del deber de socorro...”, op. cit., p. 530.

¹²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, La Ley, 1987, I, pp. 958-959.

¹²⁶ HUERTA TOCILDO, Susana: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 105.

padecimiento psíquico (Sentencias 22 mayo 1995 EDJ 1995/2454; 19 octubre 1996, EDJ 1996/8164, 27 septiembre 1999). La reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (S. 23 julio 1990, EDJ 1990/7963), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (S. 6 julio 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S. 22 mayo 1995, EDJ 1995/2454), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (S. 27 enero 1998, EDJ 1998/572), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S. 12 julio 1999, EDJ 1999/13412)". No hay duda pues que existe fundamento más que sobrado para plantear una demanda civil por una actuación profesional omisiva en el ámbito que aquí tratamos.

Entre los grupos de casos que versan sobre denegación de recursos médicos existe uno referido a conductas en las que el elemento común es "la no realización de todo el tratamiento que precisaba el enfermo en el caso concreto"¹²⁷. Habida cuenta que dentro del concepto de tratamiento se encuentra la intervención analgésica-paliativa, qué duda cabe que los supuestos de no tratamiento o de insuficiente tratamiento del dolor tienen perfecta cabida a la hora de argumentar una demanda de responsabilidad civil. Son supuestos estos últimos en los que se incurre en responsabilidad ya que "cuando la gente considera obligado el socorro, el no prestarlo representa una infracción al deber de solidaridad y buena fe"¹²⁸. Sucede entonces que, con independencia de la responsabilidad penal, el médico "debe responder de la omisión producida en una situación en que existía para él un previo deber de obrar, bien de naturaleza negocial, bien de naturaleza legal, pues si se hubiera realizado la acción omitida se habría evitado el resultado dañoso"¹²⁹, el dolor.

La posibilidad de fundamentar este tipo de demandas ya no es una novedad en Estados Unidos. Dos casos son ilustrativos de ello. En *Henry James v. Hillhaven Corp.*¹³⁰, la familia de Henry James presentó una demanda de esta clase. James, era un anciano que padecía un cáncer de próstata al que se le había prescrito morfina para el control

de su dolor. Al ingresar en un establecimiento de North Carolina una enfermera diagnosticó que Mr. James era un "adicto a la morfina", razón por la cual sólo se le suministró un tranquilizante, sin contar para este cambio de pauta de medicación con ningún facultativo. La familia de Mr. James demandó a la enfermera y al establecimiento en el que aquel estuvo ingresado hasta su muerte por no proveer la morfina prescrita, lo que había causado un sufrimiento significativo e innecesario y una profunda angustia psíquica, lo cual constituiría un "trato inhumano"¹³¹. A lo largo del juicio informes del National Institute of Health y de una enfermera especialista en la materia confirmaron lo apropiado de controlar el dolor de enfermos terminales. El jurado estableció una condena a indemnizar con 7.5 millones de dólares, estableciendo además el pago de otros 7.5 millones por "punitive damages" (daños punitivos o ejemplares).

Más recientemente el caso *Bergman* ha alcanzado amplia resonancia en los medios de comunicación de aquel país¹³² y produjo reacciones por parte de los poderes públicos¹³³. En la resolución del caso *Bergman v. Chin*¹³⁴ se afirma que el infratratamiento (oligoanalgesia) del dolor de un paciente anciano constituye un abuso y aporta nuevas luces en material de responsabilidad médica por indebido tratamiento del dolor. William Bergman, de 85 años de edad era un californiano enfermo de cáncer de pulmón. Fue ingresado en el Eden Medical Center aquejado de dolores insufribles. Permaneció cinco días en el

¹³¹ Cfr. sobre el tema SHAPIRO, Robyn S.: "Liability Issues in the Management of Pain", Pain & Sympt. Mgmt., Vol. 9, 1994, pp. 9-10.

¹³² Así se puso de manifiesto en los más importantes medios de comunicación; OKIE, Susan: "Calif. Jury Finds Doctor Negligent in Managing Pain", Washington Post, 15.6.2001, p. A2.

¹³³ Aunque el caso se dirimió en el ámbito estatal alcanzó gran repercusión a nivel nacional. Además provocó importantes reacciones. Así la Compasión in Dying Federation remitió el 6 de marzo de 2000 un documento dirigido a todas las Oficinas Sanitarias Estatales en las que, aún reconociendo que se habían efectuado algunas avances en el tratamiento del dolor de enfermos terminales, ponía de relieve a la vez, la persistencia de casos inadecuadamente tratados. Sugería en tal sentido la adopción de un amplio conjunto de medidas. La influencia del caso fue tal que las autoridades estatales californianas reformaron el Código de Negocios y Profesiones, concretamente en su sección 2234, a la que se incorporó el 21 de febrero de 2001 un apartado h) que calificó de comportamiento no profesional el fallo en la adecuada prescripción, ordenación, administración o dispensación de sustancias, incluídos los analgésicos opioides, para el control del dolor, que de acuerdo con el conocimiento científico se describe como adecuado clínicamente y llevado a cabo según los protocolos correspondientes.

¹³⁴ *Bergman v. Chin*, No H205732.1 (Cal. App. Dep't Super. Ct. Feb. 16, 1999). Sobre el caso cfr. MAYER, Gilah R.: "Comment. Why an elder abuse case is a stride in the direction of civil culpability for physicians who undertreat patients suffering from terminal pain. (Bergman v. Chin, No. H205732-1, Cal. Super. Ct. June 13, 2001.)", New England Law Review, Vol. 37, 2003, pp. 313-350.

¹²⁷ QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: "Apuntes sobre la responsabilidad civil del facultativo por denegación de asistencia sanitaria", La Ley, núm. 6226, 7.4.2005, pp. 1-5.

¹²⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L.: Elementos de Derecho civil. II. Derecho de Obligaciones, Vol. 2. Contratos y cuasicontrato. Delito y cuasidelito, Edit. Dykinson, Madrid, 1999, p. 466.

¹²⁹ QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: "Apuntes...", op. cit., p. 2.

¹³⁰ *Henry James v. Hillhaven Corp.*, No. 89 CVS 64 (N.C. Super. Ct. Jan. 15, 1991).

establecimiento, asistido por el Dr. Wing Chin. Durante su estancia el personal de enfermería calificó el grado de sus dolores en el nivel más alto. Fue remitido a su domicilio en estado agónico, consiguiendo su familia que un facultativo le prescribiera sedación, aliviando su sufrimiento, y falleciendo al día siguiente.

Tras el fallecimiento la familia presentó el 7 de abril de 1998 una reclamación la Medical Board of California, organismo que concluyó tras el oportuno expediente, que el cuidado del dolor de Mr. Bergman había sido inadecuado, aunque no consideró oportuno tomar ninguna medida disciplinaria frente al Dr. Chin. Ante tal respuesta los familiares presentaron demanda en el tribunal del Estado de California por malapaxis médica y abuso de un anciano, esto último con fundamento en la *California's Elder Abuse and Adult Civil Protection Act*. El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, pero el Tribunal Supremo de California entendió que el tratamiento inadecuado del paciente constituía un abuso en la persona de un anciano, según la ley californiana.

Un jurado reconoció a los familiares del señor Bergman una indemnización de 1.5 millones de dólares, en concepto de daños y perjuicios. El juez más tarde redujo la indemnización a 250.000 dólares aplicando la regulación sobre negligencia médica del Estado que limita a esta cantidad los daños por negligencia médica pública – aunque curiosamente el caso no se planteó como tal-. Posteriormente una decisión en abril de 2002 incrementó la indemnización hasta 375.000 dólares, en base al interés público subyacente.

3.3.3. Administrativas.

Lo dicho respecto a la responsabilidad civil por una insuficiente o inexistente asistencia paliativa es trasladable al ámbito administrativo, aunque lógicamente con los matices procedimentales y teniendo en cuenta los principios rectores propios de esta sede. Brevemente indicar¹³⁵ que en la sanidad pública, el particular ha de exigir directamente a la Administración la correspondiente indemnización por el daño y perjuicio causado por el personal sanitario de la misma (145.1 LRJPAC). Dejado patente, de forma sobrada, que la no paliación del dolor constituye un daño, quedaría abierta la vía de una pretensión resarcitoria. En este caso entiendo que no cabe hablar de un funcionamiento normal de la Administración sanitaria si

se deniega o se presta deficientemente la asistencia paliativa, ya que la misma, como ha quedado expresado, forma parte del conjunto de prestaciones del Sistema Nacional de Salud. El incumplimiento pues de los deberes asistenciales del personal sanitario, al margen de que efectivamente sea –que lo es– un comportamiento culpable/negligente, y dado que la responsabilidad administrativa tiene un cariz objetivo, genera una obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Estamos hablando de una lesión ya que, aunque tradicionalmente el *pretium doloris* ha venido referido al dolor por la pérdida de un ser querido, son numerosas las ocasiones en que el Tribunal Supremo ha aludido a “sufrimientos físicos y psíquicos”, “dolor psico-físico”, “daños de todo tipo, tanto los personales como los propios del dolor físico”, “lesiones físicas o mentales y los sufrimientos causados por el acto u omisión resarcibles”, ...¹³⁶. Nada impide pues que el propio dolor pueda comprenderse en el concepto de lesión. Esta distinción entre el tradicional “daño moral” y su variante más específica de “dolor físico” es percible asimismo en la STS 12.2.1991, Az. 1221.

Estamos igualmente hablando de un daño antijurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualizado (139.2 LRJPAC). Antijurídico no porque la conducta omisiva que provoca el daño sea ilegal (también lo es) sino porque el paciente no tiene obligación de soportar el mismo. Efectivo, ya que hablamos de daño real, y no eventual, futuro o posible, siempre que la falta de prestación asistencial facilite la presencia del dolor. Evaluable patrimonialmente, con todas las dificultades que ello comporta, ya que atendiendo a una apreciación racional y a los principios de proporcionalidad, equidad y ponderación razonable de las circunstancias del caso puede mensurarse¹³⁷. E individualizado, pues es evidente que existe persona determinada que sufre innecesariamente.

Aunque es verdad que existen daños propios de la enfermedad y daños generados por la actuación de la Administración sanitaria¹³⁸, en los casos de que tratamos

¹³⁵ Por lo demás remito a mi monografía BARRIOS FLORES, Luis Fernando: Marco jurídico de la analgesia (Especial referencia al paciente oncológico), *You & Us*, Madrid, 2005, en prensa. Apartado 4.2.1.

¹³⁶ SSTS 23.2.1988, 4.4.1989, 17.6.1991, citadas por MARCOS OYARZUN, Fco. Javier: op. cit., p. 103.

¹³⁷ MARCOS OYARZUN, Fco. Javier: Reparación integral del daño. El daño moral, *Bayer Hnos.*, Barcelona, 2002, pp. 130-131.

¹³⁸ VILLAR ROJAS, Francisco José: La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: Fundamento y límites, *Praxis*, Barcelona, 1996, p. 151.

concorre un daño que, aunque inicialmente tiene su origen en la enfermedad, es salvable por medio de la ciencia médica, precisamente a la cual acude el paciente. Son daños, que como señala Villar Rojas, aún producidos por la enfermedad, son evitables con un tratamiento médico.

Tras la reclamación administrativa, y en el supuesto de que la Administración haya tenido que indemnizar como consecuencia de la actuación de sus empleados, corresponde a aquella exigir a los mismos la correspondiente responsabilidad, siempre que hayan actuado por dolo, o culpa o negligencia graves (145.2 LRJPAC). Personalmente entiendo evidente que la falta de las prestaciones ordinarias que requiere la atención sanitaria, aunque sea paliativa, constituye una actuación, cuando menos, culposa y negligente. Y habrá de procederse en consecuencia, aunque bien sabemos que la Administración tradicionalmente no quiere abrir esta caja de Pandora.

3.4.- Consecuencias de la sedación terminal previa petición de pacientes no terminales.

En ocasiones la intervención médica no tiene por primordial finalidad la paliación del dolor sino poner término a una vida. Si esta intervención se hace previa petición del paciente estamos en presencia del tipo descrito en el art. 143.4 CP que castiga la conducta de quien “causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”.

Frente a posiciones anteriores que postulaban la apreciación de la eximente de “estado de necesidad” para legitimar actuaciones que provocaban la muerte en un contexto eutanásico, hoy no hay duda que el legislador ha optado por la vía de la atenuación de la responsabilidad. Para que se produzca la misma se requiere la concurrencia de dos condiciones¹³⁹ :

1.- Que la persona sufra una determinada enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que sufra “graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”. Son estados alternativos, pues cada uno por sí solo permite la aplicación de la atenuación. Respecto al primer supuesto indicar que no se habla de “fase terminal” sino de enfermedad que conduzca “necesariamente” a la

¹³⁹ Para lo que sigue, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: La cooperación..., op. cit., pp. 124-128.

muerte, concepto indeterminado éste que requerirá de su apreciación por el órgano judicial auxiliado por los pertinentes informes periciales médicos. Y respecto al segundo indicar que se habla de padecimientos y no de dolor; incluyéndose pues el sufrimiento tanto físico como psicológico.

2.- Que el paciente lleve a cabo una petición expresa, seria e inequívoca para la intervención médica. Que sea expresa la petición no requiere necesariamente una forma escrita, bastaría la verbal. Pero evidentemente no bastaría una voluntad tácita o presunta. Que sea seria indica que debe ser el resultado de una reflexión no condicionada por episódicos estados de ánimo, precisándose que el paciente estuviera suficientemente informado de la gravedad y pronóstico de la enfermedad. Y al requerir un carácter inequívoco de la petición quiere expresarse que la voluntad de morir ha de deducirse sin albergar duda alguna, lo que demanda la concurrencia de unos términos claros y precisos.

El problema, como puede suponerse, está en si es posible o no una sedación terminal, previa petición del paciente, sin incurrir en el tipo delictivo del 143.4 CP. Personalmente entiendo que es plenamente posible siempre y cuando dicha sedación terminal se lleve a cabo de acuerdo a la *lex artis*, es decir se haga en persona idónea (enfermo terminal en última fase o agónico), tras una gradual intervención paliativa (de la que la sedación terminal no es sino la última intervención) y por los medios usualmente utilizados por la ciencia médica. Me remito, por tanto, a lo que luego diré en relación al cumplimiento de la *lex artis* (apartado 4.4.).

4.- Derecho a la asistencia y requisitos de la intervención sedativa:

4.1.- Derecho a la intervención sedativa terminal.

El cuidado paliativo debería ser un recurso presente en todas las etapas de una enfermedad¹⁴⁰, disponible para todos los pacientes, en cualquier situación crónica o terminal¹⁴¹. Y ello porque constituye un derecho del paciente

¹⁴⁰ Ya que “es incorrecto asociar lo paliativo exclusivamente al enfermo terminal”, pues la paliación de síntomas y secuelas antecede a tal estado; GONZÁLEZ BARÓN, M.: “Concepto de Medicina Paliativa...”, op. cit., p. 5.

¹⁴¹ OKEN, Rima J.: “Curing...”, op. cit., p. 1920. En el mismo sentido: ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL-SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS: Declaración..., op.cit.

y no un privilegio recibir cuidado paliativo competente y humanitario¹⁴². Efectivamente, como tal derecho se encuentra incluido entre el conjunto de prestaciones del sistema nacional de salud. El Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud encomienda a la atención primaria “[l]a atención domiciliaria a pacientes inmovilizados y terminales (Anexo I, 2.2º.f.3º.e), y a la asistencia hospitalaria “la eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento” (Apartado I, 3.3º.b). Por su parte la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud señala entre las prestaciones de la atención primaria y de la especializada “la atención paliativa a enfermos terminales” (arts. 12.2.g y 13.2.g, respectivamente).

Sin embargo, son notables las deficiencias que existen en el panorama de la medicina paliativa. En el país de referencia en derecho sanitario, Estados Unidos, la denegación de la sedación terminal es una práctica bastante generalizada¹⁴³, lo que ha llevado a la doctrina a una reflexión –que viene de antiguo- sobre las causas de tal carencia¹⁴⁴. Las principales explicaciones se centran en la falta de educación y conocimiento de los profesionales en el tratamiento del dolor¹⁴⁵, la persistencia del fenómeno conocido como “opiofobia” y del miedo a la sanción con motivo de la prescripción; incluso en aquellas latitudes tiene relevancia un problema adicional, el derivado de las

fuentes de financiación¹⁴⁶. Pero muy especialmente la falta de suficiente atención al dolor tiene que ver con una cultura médica en la que la personalidad del paciente no tiene la relevancia debida. La amenaza de muerte de un enfermo grave o terminal puede reconducirse o “deconstruirse” a un conjunto de parámetros biomédicos: estabilización de la presión sanguínea, pulso y respiración¹⁴⁷. Ello explica la distinción entre “dolor real”, commensurable objetivamente y “dolor-no real”, de origen psicogénico. Lo cual es consecuencia de la primacía del modelo curativo sobre el paliativo¹⁴⁸.

Todos los esfuerzos son pocos para potenciar la aún deficiente atención paliativa, porque no debe olvidarse que, por una parte, “[e]l test de un sistema sanitario debería ser su adecuación frente al sufrimiento”, como afirma Cassell al inicio de su conocida monografía¹⁴⁹; y por otra, los pacientes -incluso moribundos- tienen derecho a igual acceso al cuidado que los demás, por la plena vigencia del bioético principio de justicia¹⁵⁰ y por obvios imperativos constitucionales en nuestro caso (14 CE).

En nuestro país se perciben en este sentido dos importantes carencias: la una material –falta de suficientes unidades del dolor-, la otra normativa. Respecto a la primera indicar que, obviamente, no se ha cumplido la Recomendación 1418 (1999), que instaba a los Estados miembros a “garantizar que al menos los grandes hospitales cuenten con unidades especializadas en cuidados paliativos y hospicios, en los que la medicina paliativa pueda desarrollarse como parte integral del tratamiento médico” (Apdo. A.X). Respecto a lo segundo, lamentablemente son escasas las regulaciones autonómicas que dedican alguna atención al enfermo terminal. Es el caso del art. 35.b de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria que establece el derecho a: “Recibir los tratamientos paliativos y aliviar el dolor, facilitándoselos en el entorno más adecuado, aun cuando dichos tratamientos pudieran suponer algún riesgo de acelerar el *exitus*”. Otras regulaciones no aluden a la

¹⁴² ASTUDILLO, Wilson, MENDINUETA, Carmen y ASTUDILLO, Edgar: Cuidados..., op. cit., p. 29.

¹⁴³ ZERZAN, Judy, STEARNS, Sally y HANSON, Laura: “Access to Palliative Care and Hospice in Nursing Homes”, Journal of de American Medical Association, Vol. 284, núm. 19, 2000, p. 2489; MEISEL, A, SNYDER, L. y QUILL, T.E.: “Seven Barriers to End-of-Life Care-Myths, Realities, and Grains of Truth”, Journal of de American Medical Association, Vol. 284, núm. 19, 2000, p. 2495.

¹⁴⁴ Vid. por ejemplo: MARKS, Richard M. y SACHAR, Edwards J.: “Undertreatment of Medical Inpatients with Narcotic Analgesics”, Annals Internal of Medicine, Vol. 78, 1973, pp. 173-181 y FAGERHAUGH, Shizuko Y. y STRAUSS, Anselm: Politics of Pain Management: Staff-Patient Interaction, Wesley Publishing Company, Menlo Park, California, 1977, p. 273; NYE, David J. et al: “The Causes of the Medical Malpractice Crisis: An Análisis of Claims Data and Insurance Company Finances”, Georgetown Law Journal, Vol. 76, 1988, pp. 1495 y ss.; SAKS, Michael J.: “In Search of the ‘Lawsuit Crisis’”, Law, Medicine & Health Care, Vol. 14, 1986, pp. 77 y ss.; RICH, Ben A.: “A Legacy of Silence: Bioethics and the Culture of Pain”, Journal of Medical Humanities, Vol. 18, 1997, pp. 233 y ss.

¹⁴⁵ Entrevista al Dr. John Bonica: Newsletter of the Nacional Comité on the Treatment of Intractable Pain, núm. 2, 1979, p. 3. Afirmación que aún en hoy día puede sostenerse; RICH, Ben A.: “A prescription...”, op. cit., p. 14. Carencias formativas a las que también se alude en la ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL-SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS: Declaración..., op. cit.

¹⁴⁶ Cfr. Ampliamente sobre estos factores: OKEN, Rima J.: “Curing...”, op. cit., pp. 1932-1947. Referente a los problemas adicionales, vid. nota 83 de la p. 1932.

¹⁴⁷ MORRIS, David B.: The Culture of Pain, University of California Press, Berkeley, 1991, p. 237.

¹⁴⁸ RICH, Ben A.: “A prescription...”, op. cit., p. 62.

¹⁴⁹ CASSELL, Eric J.: The Nature of Suffering..., op. cit.

¹⁵⁰ ASTUDILLO, Wilson, MENDINUETA, Carmen y ASTUDILLO, Edgar: Cuidados..., op. cit., pp. 411-413.

posibilidad de fallecimiento. Es el caso del art. 8.b de la ley castellano-leonesa 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, que habla del derecho al “adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos” y el art. 6.6.b de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja que menciona el derecho “a recibir los tratamientos paliativos, en particular el del dolor”.

4.2.- Cumplimiento de la *lex artis*.

Puede definirse la *lex artis* como la “regla directiva genérica de carácter técnico en su aplicación y de carácter ético en su fundamentación y ejecución, que modula y condiciona toda actuación médica”¹⁵¹. O en otros términos, es la “norma de conducta, que exige al médico un buen comportamiento profesional, [y] se define como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital y, en su caso, de las influencias y otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) para calificar dicho acto conforme o no conforme con la técnica normal requerida, derivando de ello la posible responsabilidad de su autor por el resultado de su intervención o acto médico”¹⁵².

La *lex artis*, tradicionalmente ha estado integrada por “reglas no escritas ni codificadas pero que son deducibles mediante la observación de lo que es el modo natural o normal de proceder de un profesional razonablemente competente y diligente o cuidadoso”¹⁵³. En el momento actual cada vez es más frecuente la codificación de buena parte de tales reglas. Bien entendido que, como señala Alberto Jorge Barreiro “la regla más correcta de *lex artis* no tiene por qué coincidir necesariamente con la aceptada mayoritariamente por los profesionales”¹⁵⁴. Con todo, la actuación facultativa conforme a una *lex artis* codificada

introduce un factor de seguridad jurídica nada desdeñable, aunque por supuesto la actuación médica concreta será – en su caso- calificada por los tribunales. Como señala la SAP Toledo, Sección Penal, 16.12.1999, EDJ 1999/41849: “En los últimos años asistimos a un aumento creciente de la actividad de protocolización de numerosos actos médicos. Se trata con ello de plasmar en documentos las directrices o recomendaciones actualizadas que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales, con el fin de mejorar la calidad y la eficacia de la actuación sanitaria. No cabe duda que la aportación al proceso de estos protocolos actualizados constituye una enorme ayuda para el Juzgador en su tarea de individualización de la *lex artis ad hoc* aplicable al supuesto concreto, introduciendo, de otra parte, elementos de certeza, seguridad y confianza entre la propia clase médica”¹⁵⁵.

Es lugar común en la doctrina referirse a la *lex artis* de la actividad médico-quirúrgica curativa¹⁵⁶. Pero qué duda cabe que la medicina paliativa está sometida asimismo a la *lex artis*. Basten unas breves notas que pretendan aportar algunos elementos para la determinación de la *lex artis* sedativa.

En primer lugar, es menester que concurra la indicación terapéutica para la sedación. Ello requiere que estemos ante un enfermo terminal. A diferencia de la enfermedad incurable avanzada, en la que existe un diverso grado de afectación de autonomía y calidad de vida, la enfermedad terminal se define como “enfermedad avanzada en fase evolutiva e irreversible con síntomas múltiples, impacto emocional, pérdida de autonomía, con muy escasa o nula capacidad de respuesta al tratamiento específico y con un pronóstico de vida limitado a semanas o meses, en un contexto de fragilidad progresiva”¹⁵⁷ cuyo último estadio es la situación de agonía, es decir “la que precede a la muerte cuando ésta se produce de forma gra-

¹⁵¹ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino: “Perfil general del Derecho médico”, Anuario de Filosofía del Derecho, T. XII, Madrid, 1995, p. 45.

¹⁵² GARCÍA CARIDAD, José Antonio: La responsabilidad civil del médico (Recensión de Miguel JUANE SÁNCHEZ), en “Lecciones de Derecho Sanitario”, Servicio de Publicaciones, Universidad de A Coruña, 1999, p. 336.

¹⁵³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: “Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preoperatorias”, Derecho y Salud, Vol. 3, núm. 1, 1995, p. 44.

¹⁵⁴ JORGE BARREIRO, Alberto: Jurisprudencia Penal y *Lex Artis*, en Responsabilidad del personal sanitario, Actas del Seminario Conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, p. 74.

¹⁵⁵ Téngase no obstante presente que en la práctica judicial la determinación de la *lex artis* adecuada al caso se lleva a cabo mediante valoración de los informes periciales médicos; JORGE BARREIRO, Alberto: Jurisprudencia Penal y *Lex Artis*, en Responsabilidad del personal sanitario, Actas del Seminario Conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, p. 75 y ss.

¹⁵⁶ JORGE BARREIRO, Agustín: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, 1990, p. 72.

¹⁵⁷ OMC-SECPAL: Declaración sobre la atención médica al final de la vida, Madrid, 11.1.2002. Cfr. SANZ ORTIZ, J., GÓMEZ BATISTE, X., GÓMEZ SANCHO, M. y NUÑEZ OLARTE, J.M.: Cuidados Paliativos. Recomendaciones de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL), Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1993, p. 10 y <http://www.secpal.com/guiacp/index.php>.

dual, y en la que existe deterioro físico intenso, debilidad extrema, alta frecuencia de trastornos cognitivos y de la conciencia, dificultad de relación e ingesta y pronóstico de vida en horas o días”. Más concretamente, como enfermedad terminal podría calificarse aquella en la que la esperanza de vida es no superior a dos meses¹⁵⁸, existiendo algunos instrumentos razonables de medición de la respuesta a los agentes terapéuticos desde hace tiempo¹⁵⁹. En consecuencia, por enfermo terminal –el agónico sería el último estadio de la enfermedad- cabe entender “el afectado por unas condiciones incurables, que en razonable opinión facultativa producirán la muerte”¹⁶⁰. Y ahí radica precisamente la diferencia entre el enfermo terminal y el incurable; en este último no es posible una predicción de muerte a corto plazo¹⁶¹. En el caso de enfermos agónicos o terminales constatados es válida la sedación paliativa –cumpliéndose los requerimientos que luego se dirán-, pues la muerte es inminente en el primer caso y muy cercana en el segundo¹⁶². Obviamente se aplicará con el primordial fin de evitar sufrimientos no queridos, no asumidos por el paciente.

En segundo lugar, se requiere que se utilice una técnica comúnmente admitida. Y en este sentido juegan un importante papel los documentos de consenso, los protocolos de actuación compartidos por la comunidad científica tarea que, obviamente, desborda las pretensiones de estas páginas¹⁶³.

En tercer lugar, es preciso que el proceso sedativo sea gradual. Como señala el Documento de la OMC-SECPAL es esta la nota característica que diferencia la sedación terminal del empleo del coctel lítico. El enfermo

terminal no puede ser restaurado a otro grado de salud que no sea el del confort subjetivo¹⁶⁴. “En la evaluación de las cargas y las ventajas de tratamiento... el médico tiene que formular un plan de cuidado flexible y ajustable, la sastreía del tratamiento a las necesidades de cambio del paciente y a los progresos de enfermedad¹⁶⁵”. Aunque el último grado de medicación pueda comportar la muerte.

Efectivamente, habida cuenta de que en la ponderación entre el alivio del dolor o la causación de la muerte, debe prevalecer lo primero, es moralmente correcto un incremento en la dosis de fármacos, aunque la administración de tal medicación puede contribuir a la aparición de depresión respiratoria, alteración de la presión arterial, pérdida de conciencia o incluso la muerte, ya que el fin primario del médico es el alivio del sufrimiento, será esta finalidad la que marque la pauta de medicación¹⁶⁶.

4.3.- Consentimiento informado.

Tal como señala el art. 2.2 Ley 41/2002 “[t]oda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios” y dicho consentimiento “debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada”. Se consagra de este modo el llamado “consentimiento informado”, que aparece por vez primera en el ámbito norteamericano¹⁶⁷, y que se define en el art. 3 de la misma ley como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

No hay duda pues de que si la intervención sedativa es una actuación sanitaria requerirá el otorgamiento del “consentimiento informado”. El problema básico en esta sede es determinar si es imprescindible en los pacientes terminales y cuál ha de ser la forma del mismo. A tal efecto debemos diferenciar dos actuaciones distintas – aunque en la práctica frecuentemente aparezcan unidas: la información previa y el consentimiento propiamente di-

¹⁵⁸ GONZÁLEZ BARÓN, M., JALÓN, J.J. y FELIU, J.: “Definición del enfermo terminal y preterminal”, en GONZÁLEZ BARÓN, M., ORDÓÑEZ, A., FELIU, J., ZAMORA, P. y ESPINOSA, E.: Tratado de Medicina Paliativa y tratamiento de soporte en el enfermo con cáncer, Edit. Médica Panamericana, Madrid, 1995, p. 1086.

¹⁵⁹ KARNOFSKY, D.A., BURCHENAL, J.H.: Evaluation of chemotherapeutic agents, Columbia University Press, New York, 1948.

¹⁶⁰ CASSWELL, Donald G.: “Rejecting criminal...”, op. cit., pp. 141-142.

¹⁶¹ SUÁREZ ÁLVAREZ, José Rafael: “Decisiones conflictivas en la unidad de cuidados intensivos: ¿Eutanasia y distanasia o asistencia integral en la agonía”, en URRACA, Salvador (Ed.): Eutanasia hoy. Un debate abierto, Editorial Noesis, Madrid, 1996, p. 466 [461-475].

¹⁶² BUISÁN ESPELETA, Lydia: “Actitud médica ante el paciente que fallece en el hospital”, Quadern CAPS, otoño 1995, núm. 23, p. 88.

¹⁶³ Pueden verse algunas orientaciones de la SECPAL al respecto en: <http://www.unav.es/cdb/secpal4.html>. Asimismo en <http://www.segg.es/segg/html/loUltimo/protocoloClinicoSedacionTerminal.htm>.

¹⁶⁴ SUÁREZ ÁLVAREZ, José Rafael: “Decisiones conflictivas en la unidad de cuidados intensivos: ¿Eutanasia y distanasia o asistencia integral en la agonía”, en URRACA, Salvador (Ed.): Eutanasia hoy. Un debate abierto, Editorial Noesis, Madrid, 1996, p. 466 [461-475].

¹⁶⁵ WANZER, S.H., FEDERMAN, D.D., ADELSTEIN, C.K., CASSEL, C.K., CASSEM, E.H., CRANFORD, R.E. HOOK, E.W., LO, B., MOERTEL, C.G., SAFAR, P., STONE y otros: op. cit., p. 846.

¹⁶⁶ WANZER, S.H., FEDERMAN, D.D., ADELSTEIN, C.K., CASSEL, C.K., CASSEM, E.H., CRANFORD, R.E. HOOK, E.W., LO, B., MOERTEL, C.G., SAFAR, P., STONE y otros: op. cit., p. 844.

¹⁶⁷ Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees, 317 P.2d 170 (Cal. App. 1957).

información previa y el consentimiento propiamente dicho.

Respecto a lo primero, la información, “como regla general se proporcionará verbalmente” y comprenderá “como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”. La información, previa al consentimiento, en el enfermo terminal ha de observar algunos requisitos:

1. Ha de ser en todo momento personalizada, ya que “las necesidades de cada paciente deben ser la sola medida de la información en cada momento”, pues “la muerte, y nuestra convivencia con ella, con su presencia, es tan personal que exige una individualización”¹⁶⁸. En este sentido existe un consenso generalizado en que la información al paciente terminal ha de ser personal, realizada sin prisas, en lugar adecuado y en un clima de intimidad¹⁶⁹.
2. Es un proceso gradual y no un acto médico aislado o repetido¹⁷⁰. Frente al modelo puntual (*event model*), que entiende la toma de decisiones médicas como un acto separado, generalmente de corta duración, ha de regir el modelo procesual (*process model*) que está construido sobre la perspectiva de una participación activa del paciente en el proceso de toma de decisiones¹⁷¹. Lo fundamental en el proceso de información al enfermo terminal es darle la oportunidad de que vaya “metabolizando” la idea de muerte, creando un espacio que irá llenando con preguntas. Son estas, las preguntas, las que el médico debe esperar, e incluso, limitarse a ellas, contestando lo más francamente posible¹⁷².

¹⁶⁸ BROGGI TRIAS, M.A.: “La información como ayuda al enfermo con una enfermedad mortal”, *Quadern CAPS*, otoño 1995, núm. 23, pp. 45-46.

¹⁶⁹ MONTALAR SALCEDO, Joaquín: “Consideraciones al final de la vida”, en MONTALAR SALCEDO, Joaquín (Ed.): Aspectos legales en oncología médica, *Nova Sidonia Oncología*, Madrid, 2000, p. 106.

¹⁷⁰ BROGGI TRIAS, M.A.: “La información...”, op. cit., p. 45.

¹⁷¹ APPELBAUM, Paul S., LIDZ, Charles W. y MEISEL, Alan: Dos modelos para la aplicación del consentimiento informado en *COUCEIRO, Azucena* (Ed.): *Bioética para clínicos*, op. cit., pp. 151-162.

¹⁷² BROGGI TRIAS, M.A.: “La información...”, op. cit., p. 45.

3. El paciente es el auténtico “capitán del barco”¹⁷³, pues al estar en presencia de bienes jurídicos personalísimos¹⁷⁴, como principio general, no tienen acogida ni el consentimiento de la familia ni el de un tercero¹⁷⁵. Por ello, en principio, el proceso de información debe ser indicado y dirigido por el paciente¹⁷⁶, quien actúa como regulador de la cantidad de información que desea recibir¹⁷⁷. El grado de información está en proporción a las necesidades del enfermo, debiendo ser la información progresiva, informándose al paciente de lo que quiere saber, asimilar y soportar¹⁷⁸.
4. Todo lo anterior implica, necesariamente, la veracidad de la información facilitada. No puede sostenerse la afirmación de Royo-Villanova, cuando afirmaba el engaño como pauta adecuada de información al enfermo terminal: “le haremos creer siempre [al enfermo] que sus torturas acabarán y que recuperará la salud”¹⁷⁹. Mentir sobre el diagnóstico tiene efectos perversos, ya que el paciente al no saber lo que sucede se crea falsas expectativas que, al decaer, provocarán desconfianza hacia el médico¹⁸⁰.
5. Evidentemente este proceso informativo plantea un fundamental problema: la comunicación. Lo cual tiene tres dimensiones: la

¹⁷³ ENGELHARDT, Hugo Tristram: Los fundamentos..., op. cit., p. 396. Y ello a pesar de la incidencia, que existe, del llamado “equipo sanitario” en este ámbito; op. cit., pp. 395-399.

¹⁷⁴ JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible..., op. cit., p. 84 y del mismo autor: “Derecho a la información...”, op. cit., p. 149. La SAP Ávila, 3.4.1998 señaló que “para llevar a cabo la actividad médico-quirúrgica, [será preciso el] consentimiento que deberá prestar el interesado, teniendo en cuenta la naturaleza personalísima del bien jurídico en juego”.

¹⁷⁵ ANNAS, George J.: *The Right of Patients*, op. cit., p. 90.

¹⁷⁶ BROGGI TRIAS, M.A.: “La información...”, op. cit., p. 45.

¹⁷⁷ LEÓN CORREA, Francisco Javier: “Bioética de la atención de enfermería al enfermo terminal”, *Nova*, Vol. 1, núm. 1, p. 30. Cfr. CENTENO, C. y NUÑEZ OLARTE, J.M.: “Revelación del diagnóstico a enfermos oncológicos en situación Terminal”, *Cuadernos de Bioética*, núm. 2, 1996, pp. 156-163.

¹⁷⁸ MONTALAR SALCEDO, Joaquín: “Consideraciones al final de la vida”, op. cit., p. 106.

¹⁷⁹ ROYO-VILLANOVA MORALES, Ricardo: *el derecho a morir sin dolor (El problema de la eutanasia)*, Yagües, Madrid, 1929.

¹⁸⁰ MONTALAR SALCEDO, Joaquín: “Consideraciones al final de la vida”, op. cit., p. 106.

relación entre médico y paciente, la calidad de la formación médica y la técnica de comunicación. Respecto a lo primero es fundamental que se instaure una auténtica "amistad médica" postulada dentro y fuera de nuestras fronteras¹⁸¹ y cuyo ideal sería la relación "cuasi-diádica" de Laín¹⁸². Respecto a lo segundo, la formación médica demanda determinadas cualidades personales complementarias del saber técnico, como los valores y las actitudes de compasión, empatía y altruismo¹⁸³. Respecto a lo tercero, la formación de los sanitarios españoles a nivel de técnicas de comunicación debe mejorarse notablemente.

La segunda cuestión a dilucidar es si es preceptivo o no el consentimiento informado en el caso de los pacientes terminales. Entiendo que sí. No hay razón lícita que lo impida. Como señala Rutledge¹⁸⁴, al igual que el paciente no terminal que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales tiene derecho a que se le informe de las alternativas terapéuticas, el paciente terminal debería asimismo ser informado de la naturaleza de su enfermedad, de las alternativas existentes, dándose así la oportunidad de aceptar o rechazar los remedios extraordinarios de la medicina moderna. Y quien dice eso en relación con el empleo o no de remedios extraordinarios, lo puede igualmente afirmar en el caso de los cuidados paliativos. El consentimiento informado es aplicable del mismo modo a este tipo de cuidados, y deberán seguirse las mismas reglas en atención a la condición del paciente¹⁸⁵. Es decir, en el supuesto de adultos competentes, estos tendrán derecho a aceptar o no la aplicación de tratamientos paliativos¹⁸⁶. Si se tratara de pacientes incompetentes, habrán de respetarse los deseos del paciente al tiempo de ser com-

petente, si estos fueran conocidos¹⁸⁷. En el caso de menores competentes debe reconocérseles el derecho a expresar por sí mismos la administración de tratamientos paliativos entendiéndose, a estos efectos como competente, aquel menor que tiene capacidad¹⁸⁸ para entender la naturaleza de la intervención propuesta. Si el menor no fuera competente, corresponderá la decisión a sus padres o al tutor, aunque si no actuaran en interés del menor, los tribunales deberían adoptar la oportuna decisión¹⁸⁹. Evidentemente son muy frecuentes los cuadros de demencia en la fase final de la enfermedad; en tal caso, naturalmente correspondería a los familiares o allegados la decisión. Pero en este sentido, parece recomendable que los pacientes prevean esta etapa final mediante la redacción de un documento de "instrucciones previas", instrumento aún escasamente implantado en nuestro país. Convendría que el paciente, con suficiente antelación reciba información del médico acerca de la posibilidad de redactar tal tipo de documento. Ese sería un buen momento también para que indicara si desea o no ser informado, pues como quedó dicho también tiene también este último derecho (art. 4.1 Ley 41/2002)¹⁹⁰.

Queda el asunto, sin duda relevante, de la forma de expresión del consentimiento. El consentimiento "será verbal por regla general", no obstante lo cual la Ley 41/2002 establece que deberá prestarse por escrito en determinados casos: "intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente" (art. 8.2). Como habrá de

¹⁸¹ LAÍN ENTRALGO, Pedro: La relación médico-enfermo, Alianza, Madrid, 1983, y del mismo autor Antropología médica, Salvat, Barcelona, 1984, pp. 364-367 y PELLEGRINO, Edmund D. y THOMASMA, David C.: A Philosophical Basis of Medical Practice, Oxford University Press, Nueva York, 1981, pp. 64-66 y de los mismos autores For the Patient's Good, Oxford University Press, Nueva York, 1988.

¹⁸² LAÍN ENTRALGO, Pedro: La relación médico-enfermo, Alianza, Madrid, 1983, p. 23.

¹⁸³ RICH, Ben A.: "A prescription...", op. cit., p. 17.

¹⁸⁴ RUTLEDGE, Thomas A.: "Informed Consent for the Terminal Patient", Baylor Law Review, Vol. 27, 1975, pp. 118-119.

¹⁸⁵ CASSWELL, Donald G.: "Rejecting criminal...", op. cit., pp. 142-143.

¹⁸⁶ Para el caso de Canada: Reibl v. Hughes [1980] 2 S.C.R. 880.

¹⁸⁷ Cfr. al respecto: ANNAS, George: "Reconciling Quinlan and Saikewicz: Decision Making for the Terminally Ill Incompetent", en DOUDERA, E.: Legal and Ethical aspects of treating critically and terminally ill patients, 1982, pp. 28-62; RHODEN: "Litigating Life and Death", Harvard Law Review, Vol. 102, 1988, p. 375; SMITH: "All's Well That Ends Well: Towards a Policy of Assisted Rational Suicide or Merely Enlightened Self-Determination?", U.C. Davis Law Review, Vol. 22, 1989, pp. 384-408; CASSWELL, Donald G.: "Rejecting criminal...", op. cit., p. 142.

¹⁸⁸ CASSWELL, Donald G.: "Rejecting criminal...", op. cit., p. 142. Así lo han señalado para el caso de Canadá las sentencias de los casos: Johnston v. Wellesley Hospital [1970], 17 D.L.R. (3d) 139 (Ont. H.C.); Re L.D.K.; C.A.S. Metro Toronto v. K [1985], 48 R.F.L. (2d) 164 (Ont. Prov. Ct.).

¹⁸⁹ CASSWELL, Donald G.: "Rejecting criminal...", op. cit., pp. 142-143. Cfr. la sentencia canadiense en el caso Re Superintendent of Family and Child Service and Dawson [1983], 145 D.L.R. (ed) 610 (B.C.S.C.).

¹⁹⁰ Ampliamente sobre el empleo de las instrucciones previas en analgesia: BARRIOS FLORES, Luis Fernando: Marco jurídico de la analgesia... op. cit., apartado 2.4.3.

suponerse el nudo gordiano del asunto consiste en la interpretación sobre si la sedación terminal forma o no parte del grupo de excepciones a la regla general de consentimiento verbal del precitado precepto.

Es patente, y no necesita mayor demostración, que no estamos en presencia ni de una intervención quirúrgica, ni de un procedimiento diagnóstico, ni tan siquiera de una terapia invasiva. El propio término “terapia”, respecto a esto último, descarta la intervención paliativa, aunque mantengo algunas reservas al respecto¹⁹¹. La cuestión final está en englobar o no en la última de las excepciones del mentado art. 8.2 Ley 41/2002 la sedación terminal.

En este sentido deben acotarse dos términos: “riesgo” y “salud”. Respecto a lo primero, tal vez sea oportuno hacer una necesaria distinción entre “peligro” y “riesgo”. Como afirma Luhmann, el primero es un daño provocado externamente, independientemente de procesos decisorios; el segundo es un daño atribuible a una decisión¹⁹². En la sedación terminal tenemos ante nosotros ¿peligros o riesgos?. La muerte inminente que va a tener lugar por obra de la naturaleza no es una “exposición a un casual daño o

pérdida”¹⁹³. En este contexto referirse a “riesgo” de muerte como consecuencia de la intervención sedativa en puridad es una entelequia. Existe una consecuencia previsible que pretende evitar un daño inevitable: el dolor, el sufrimiento. En la ponderación entre la prolongación doliente de la vida o el acortamiento de la muerte está el dilema. Ni más ni menos. Al paciente corresponde decidir.

Respecto al término “salud”, páginas atrás ya indiqué el amplio concepto del mismo. Entonces, volviendo sobre nuestros pasos ¿ha de ser verbal o escrito el consentimiento del paciente terminal a la sedación del mismo nombre?. Por mi parte considero que, hoy por hoy, parece oportuno que sea escrito por dos tipos de consideraciones:

- a) Porque ante la indefinición del art. 8.2 Ley 41/2002, y la inseguridad que ello comporta, será más conveniente dejar constancia de una intervención que, eventualmente, puede generar reclamaciones de diverso tipo; ello sería el ejercicio de una razonable medicina defensiva.
- b) Porque, se quiera o no, y a pesar de la falta de explicitación de la ley, lo cierto es que estamos refiriéndonos a una de las intervenciones sanitarias más relevantes. Más o menos compleja en lo técnico, pero absolutamente relevante en lo humano. Es el final de un ser humano. Y ello con independencia de la mención al “riesgo” que lleva a cabo el art. 8.2 Ley 41/2002, precepto lamentablemente sólo pensado para el ejercicio de una medicina curativa y no para el de la paliativa.

4.4.- Documentación de actuaciones.

La Ley 41/2002 establece en su art. 2.6 que “[t]odo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”. La documentación se erige pues en una obligación del profesional, pero también de los centros sanitarios a los que se encomienda el deber de conservación (17.1 Ley 41/2002) y custodia de la misma (19 Ley 41/2002). Siendo muy heterogénea dicha documentación se ha establecido un instrumento integrador de la misma, la historia clínica (14.1 Ley 41/2002).

¹⁹¹ Se utiliza el término “terapia” pienso que por inercia. La medicina paliativa ha sido tradicionalmente relegada por la preeminencia del modelo curativo, y ello tiene una explicación filosófica. La medicina moderna se modela de acuerdo al dualismo cartesiano de mente y cuerpo (Cfr. al respecto: EDWARDS, Paul (Ed.): *The Encyclopedia of Philosophy, The McMillan Company and the Free Press, New York, 1967, pp. 336-345*) y se dedica a la atención de la enfermedad corporal, cuando lo característico del dolor es ser un fenómeno de la conciencia y el sufrimiento una experiencia de personas y no de cuerpos (CASSELL, Eric J.: *The Nature of Suffering...*, op. cit.). Esta falta de atención es patente tanto a nivel académico (RICH, Ben A.: “A prescription for the pain: the emerging standard of care for pain management”, *William Mitchell Law Review*, Vol. 26, 2000, p. 17; ONESCHUK, Doreen et al.: “An International Survey of Undergraduate Medical Education in Palliative Medicine”, *Journal of pain and symptom management*, Vol. 20, pp. 174 y ss. y PARIS, Paul M.: “No Pain, No Pain”, *The American journal of emergency medicine*, Vol. 7, 1989, p. 660) como en la práctica asistencial. Una adecuada formación de los facultativos en el tratamiento del dolor puede ser una de las principales vías para modificar las actitudes reticentes de los médicos frente a la actuación paliativa (FURROW, Barry R.: “Pain Management and Provider Liability: No More Excuses”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 29, 2001, p. 43), porque parece indudable que uno de los factores que incide negativamente en la calidad de los cuidados paliativos prestados es la escasa formación y entrenamiento de los facultativos en el manejo del dolor (Entrevista al Dr. John Bonica: *Newsletter of the Nacional Comité on the Treatment of Intractable Pain*, núm. 2, 1979, p. 3. Afirmación que aún en hoy día puede sostenerse; RICH, Ben A.: “A prescription...” , op. cit., p. 14).

¹⁹² LUHMANN, Niklas: *Sociología del riesgo*, trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana-Universidad de Guadalajara, México, 1992, pp. 64-65. Citado por PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel: *La Intervención Jurídica de la Actividad Médica. El consentimiento informado*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 5, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 109.

¹⁹³ MORGAN: *Probing the Question of Technology-Induced Risk*, *IEEE Spectrum*, nov. 1981, p. 59.

De la información –aunque se preste de forma verbal, que al fin y al cabo es la regla general- se dejará constancia en la historia clínica (14.1 Ley 41/2002), al igual que sucede con el consentimiento informado (15.2.i Ley 41/2002). Adviértase que estoy diferenciando dos actuaciones –información y consentimiento- porque en realidad tienen entidad diferente. Pese a lo cual de ordinario, cuando se utiliza un documento protocolizado de consentimiento informado –que por tanto tiene carácter escrito- el otorgamiento del consentimiento viene precedido usualmente por un detalle más o menos amplio de la información facilitada al paciente.

La protocolización de actuaciones en el ámbito sanitario es una práctica cada vez más generalizada, aunque la naturaleza de los protocolos obedece a causas y tiene contenidos bien distintos. Básicamente cabe diferenciar entre los protocolos de actuación (que contienen la *lex artis* de una intervención clínica) y los protocolos de consentimiento informado (que reflejan, documentalmente, el acto de voluntad que proviene del paciente, previamente informado).

Los protocolos de actuación son efectivamente expresión de la *lex scientiae*¹⁹⁴, son una positivación de la *lex artis*¹⁹⁵. Son pautas profesionales de conducta, reglas o normas técnicas relevantes en el orden profesional¹⁹⁶. Mediante los mismos “se trata de plasmar en documentos las directrices o recomendaciones que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales con el fin de mejorar la calidad y la eficacia de la actuación sanitaria”¹⁹⁷. Pues bien, habida cuenta que la sedación es un procedimiento médico que requiere formación técnica, habilidades y recursos, pudiera ser recomendable el empleo de un protocolo que debería incluir un procedimiento diagnóstico y el fundamento de la indicación de sedación, la pauta terapéutica ajustada

¹⁹⁴ Así lo considera Gracia y así lo asume ALONSO PÉREZ, Mariano: *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la “lex artis”)*, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.): *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 45.

¹⁹⁵ CUETO PÉREZ, Miriam: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 394.*

¹⁹⁶ GIMÉNEZ CABEZÓN, José Ramón: “La aplicación de protocolos: sus consecuencias legales”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 50, mayo 1999, p. 274.

¹⁹⁷ JORGE BARREIRO, Alberto: *Jurisprudencia Penal y Lex Artis, en Responsabilidad del personal sanitario, Actas del Seminario Conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, p. 76.*

al paciente, el proceso de información y consentimiento y la valoración de la respuesta al tratamiento¹⁹⁸. Obsérvese que en el protocolo de actuación se incluye el consentimiento¹⁹⁹, por la inercia de seguir considerando el consentimiento informado parte de la *lex artis*, posición que aunque no asumo, reconozco sigue siendo la mayoría²⁰⁰.

Bien sea de forma independiente o como sub-protocolo del protocolo general de actuaciones (práctica bastante extendida), el consentimiento informado debe documentarse. Con independencia de que la información sea escrita o verbal, y del consentimiento puede predicarse otro tanto –salvo los supuestos enumerados en el art. 8.2 Ley 41/2002, la regla general es su carácter verbal-, es preciso documentar lo actuado. Ya no solo porque así lo exige la citada Ley 41/2002 sino porque tal documentación es fundamental ante un eventual proceso²⁰¹.

Indicar en fin que existe una específica mención a un “documento tipo” que se pondrá a disposición de los usuarios y que incluirá la posibilidad de llevar a cabo la “peti-

¹⁹⁸ CASARES, Miguel: “Sobre la sedación terminal”, *Diario Médico*, 16.3.2005, p. 14.

¹⁹⁹ Lo mismo hace la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, al afirmar: “Cuando se indica la sedación, se recomienda constatar en la historia clínica los motivos, el proceso en la toma de decisiones (incluido el consentimiento) y la monitorización de los resultados. Ello constituye la mejor garantía ética” (Conclusión 4); SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS: Aspectos éticos de la sedación en cuidados paliativos, Documento aprobado por el Comité Directivo de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos en Barcelona el día 26 de Enero del 2002. Texto íntegro disponible en la URL: <http://www.unav.es/cdb/secpal4.html>

²⁰⁰ En la doctrina es mayoritaria la opinión de que el consentimiento informado es presupuesto y elemento integrante de la *lex artis* médica. Así JORGE BARREIRO, Agustín: *La imprudencia punible...*, op. cit., 72; ALONSO PÉREZ, Mariano: op. cit., p. 52; entre otros muchos. Igual posición mantiene nuestra jurisprudencia. Entre otras muchas: De la Sala Primera del Tribunal Supremo SS. 24.5.1995, EDJ 1995/3361; 2.10.1997, EDJ 1997/7985; 27.4.2001, EDJ 2001/6466 y 10.4.2003, EDJ 2003/9854. De la Sala Segunda SS. 3.10.1997, EDJ 1997/6352 y 26.2.2001, EDJ 2001/2750. De la Sala Tercera S. 26.2.2004, EDJ 2004/7534. Por mi parte opino que es más correcto diferenciar tres esferas de obligaciones médicas: la ética, la jurídica y la técnica. Será a esta última donde correspondería ubicar la *lex artis*, por tener esta la naturaleza de la regla técnica kantiana (KANT, Immanuel: *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres, Espasa-Calpe, 14ª edic., Madrid, 1999, p. 84. El consentimiento informado es inequívocamente una regla jurídica.*

²⁰¹ Cfr. JORGE BARREIRO, Alberto: *Jurisprudencia Penal y Lex Artis, en Responsabilidad del personal sanitario, Actas del Seminario Conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, pp. 76-77 y GIMÉNEZ CABEZÓN, José Ramón: “La aplicación de protocolos: sus consecuencias legales”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 50, mayo 1999, p. 274.*

ción de sedación y/o analgesia en los casos terminales” en el art. 34.3 Ley 7/2002 de Cantabria.

4.5.- Salvaguarda de la intimidad.

Naturalmente que el paciente terminal, como cualquier otro habida cuenta del igual trato normativo que merece, tiene derecho “a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley” (7.1 Ley 41/2002).

Aquí interesa, sin embargo, que detengamos nuestra atención en las peculiaridades que representa la intimidad del enfermo terminal, ya que éste pertenece a uno de los grupos con mayor riesgo de vulneración de su intimidad y confidencialidad. Voy a detenerme sólo en dos dimensiones de este problema en el tipo de enfermo que aquí se trata: la imagen y la intimidad en el momento final.

La intimidad abarca la “propia imagen” del paciente, una imagen que puede ser dañada por la actividad sanitaria. Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que “[e]l derecho a la propia imagen,... forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos” (STC 117/1994, 25 de abril, FJ 3º). La reproducción de la imagen del paciente terminal sin su consentimiento es ética y legalmente rechazable. Dos resoluciones jurisprudenciales, una norteamericana y otra española, ilustran este aserto.

En el caso *Berthiaume v. Pratt*²⁰² el Tribunal Supremo de Maine se trató de un supuesto en el que un cirujano tomó numerosas fotografías de la evolución letal de un paciente con cáncer de laringe, llegando a recoger varias imágenes hasta el día antes del fallecimiento. Existían evidencias de que el paciente hizo movimientos de cabeza a fin de eludir los registros fotográficos y su esposa había indicado al facultativo que no era deseo de su marido ser fotografiado. Aunque en primera instancia el médico obtuvo un pronunciamiento favorable, el Tribunal Supremo de Maine revocó esta resolución y consideró que la acción del médico constituía una grave violación del derecho a la intimidad del paciente afirmando que, en ausencia de consentimiento expreso, actuar respecto al paciente en la forma descrita podría constituir una agresión y una vulneración del “right to be let alone”. La reproducción de las características faciales o personales del paciente no puede llevarse a cabo sin su autorización.

En nuestro país la imagen del dolor como atentatoria al derecho a la intimidad estuvo plasmada en la STC 231/1988, de 2 de diciembre, que abordó un caso de honda repercusión mediática, la difusión de las imágenes del torero Francisco Rivera “Paquirri” en la plaza de toros de Pozoblanco, herido mortalmente. En realidad, este pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, estuvo referido al honor e intimidad familiar –al morir el torero, y extinguirse su personalidad, no cabía hablar de titularidad de un derecho en su persona-, pero en él se hicieron manifestaciones muy interesantes para el tema que nos ocupa, del tipo de: “en esas imágenes se reproducen, en forma directa y claramente perceptible, las heridas sufridas, la situación y reacción del herido y la manifestación de su estado anímico, que se revela en las imágenes de sus ademanes y rostro, y que muestra ciertamente, la entereza del diestro, pero también el dolor y postración causados por las lesiones recibidas. Se trata, pues, de imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido, no sólo por la situación que reflejan en ese momento, sino también puestas en relación con el hecho de que las heridas y lesiones que allí se muestran causaron, en muy breve plazo, la muerte del torero” (FJ 7º).

La segunda de las cuestiones a las que quiero referirme es la relativa a la intimidad en el momento final. Lamentablemente pocas son las regulaciones que aluden a dicho proceso. En un medio, generalmente hostil a la intimidad de la persona, es razonable que el acompañamiento familiar se considere en algunas normativas como un derecho relacionado con la misma. Tal es el caso de la Ley 7/2002 de Cantabria que afirma que la efectividad del derecho a la intimidad se manifiesta garantizando el derecho de que el paciente pueda “solicitar la presencia de familiares o personas vinculadas a él, en todo momento” (art. 36.1.c). Esta preocupación por la presencia familiar de la ley cántabra también se recoge en el momento final y letal de la enfermedad al reconocerse al enfermo afectado por un proceso en fase terminal el derecho a “morir acompañado de las personas que designe, especialmente de sus familiares o allegados” (art. 35.c). Igual previsión se contiene en el art. 8.c de la Ley 8/2003, de Castilla y León y en el art. 6.6.c de la Ley 2/2002 de La Rioja que enfatiza aún más en el número 7 del mismo precepto al indicar que: “En toda circunstancia el paciente tiene derecho a vivir el proceso de su muerte con dignidad y a que sus familiares y personas próximas le acompañen en la intimidad y reciban el trato apropiado al momento”.. Además, es necesario -afirma Gómez Sancho- que cuando haya de sedarse a un enfermo, éste se encuentre en una habitación

²⁰² *Berthiaume v. Pratt*, 365 A.2d 792, 796-797 (Me. 1976).

individual, confortable y acompañado de sus seres queridos²⁰³. El derecho de contar con una habitación individual, si así se desea, aparece recogido en el art. 8.d de la ley castellano-leonesa citada. Y el derecho a recibir los tratamientos paliativos “en el entorno más adecuado” se reconoce en el art. 6.6.b de la ley riojana y en el art. 35.b de la ley cántabra. El déficit en la normativa estatal –absoluto- y en las regulaciones autonómicas –pues sólo en algunas se afronta la cuestión- es, en consecuencia, patente.

Es correcto invitar a familiares y amigos a acompañar al enfermo terminal o moribundo [Consejo de Europa, Rec 1418 (1999), apdo. A.III], como es adecuado regular la participación de acompañantes benéficos en el momento final como se ha hecho en Francia (art. 10 Ley 99/477, de 9 de junio), porque intimidad no tiene que significar necesariamente soledad. Esta sólo existirá si ésa ha sido la voluntad del paciente. Existe un postulado ético que reclama el reconocimiento del “derecho a no morir solo”²⁰⁴. Ya que “si bien es cierto que no podemos vivir nuestra propia muerte, sí vivimos nuestro proceso de morir”²⁰⁵. Y en tal proceso podemos y queremos en ocasiones estar con los nuestros o en compañía de terceros aceptados.

5.- Propuestas de lege ferenda.

El panorama legal de la sedación terminal en nuestro país, desde luego no es óptimo. La ley fundamental en esta materia, por lógica hubiera sido la 41/2002, ya que en ella se regula a nivel estatal la autonomía del paciente y el proceso de información y documentación. Sin embargo, ninguna mención existe a la sedación terminal, lo cual entiendo que no es sino consecuencia de la tradicional inercia de considerar que sólo es digna de atención la medicina curativa, con endémico olvido de la paliativa. Es en ese cuerpo legal donde, a mi entender, debiera introducirse un precepto dedicado específicamente a la sedación terminal, dejando diáfano el marco legal de la misma, las garantías del paciente y la seguridad jurídica del médico. Esta preocupación por disponer de un marco jurídico claro

para llevar a cabo estas prácticas se ha materializado en algún país –el caso de Australia es paradigmático-, mientras que en otros se detecta la preocupación por el tema²⁰⁶. Porque hasta ahora el mundo del derecho ha permanecido notablemente ajeno a esta fundamental tarea de la medicina; lo cual no ha de extrañar si incluso “la que podemos llamar ‘filosofía oficial’, se ha desentendido de la cuestión de la muerte”²⁰⁷.

Entiendo que algunas de las posiciones que aquí se defienden sean discutibles, como discutible y problemático es todo cuanto rodea la despedida de la vida. Estas páginas son una modesta aportación a un debate que debe abrirse y a una regulación que debe hacerse. El paciente terminal merece ese debate y esa atención legal y no sólo él sino también los profesionales sanitarios que se enfrentan cada día a la aparición de la vida, al accidente, a la enfermedad y también a la muerte previsible e inevitable. Uno y otros deben gozar de seguridad jurídica; el primero como última asistencia de esa sociedad a la que ha pertenecido, los segundos para poder ejercer su ministerio en un clima de serenidad y de profesionalidad no exento de humanidad.

Al margen de lo anterior es necesario implantar una auténtica red asistencial de cuidados paliativos. El ejemplo normativo francés puede servirnos posiblemente de referencia. En Francia, con objeto de acomodar la legislación nacional a las recomendaciones del Consejo de Europa²⁰⁸ fue aprobada la Ley 99-477, de 9 de junio, para la garantía del acceso a los cuidados paliativos²⁰⁹. La ley introduce diversos preceptos en el Código de la Salud Pública. Así modifica el 710.3.1 CSP mandando a los establecimientos sanitarios –públicos y privados- para que se doten de medios para atender el dolor de los pacientes que acojan, asegurándoles los cuidados paliativos que su estado requiera. Y en el mismo sentido la modificación del 312.4° CSP.

En fin, junto al aspecto legal de referencia básica (Ley 41/2002) y material asistencial (creación de los pertinentes dispositivos asistenciales) me parece necesario que el enfermo terminal goce de un ambiente adecuado para morir. Las escasas normativas autonómicas sobre

²⁰³ Entrevista al Dr. Marcos Gómez Sancho, Diario Médico, 16.3.2005, p. 14.

²⁰⁴ SOUTHWESTERN MICHIGAN INSERVICE EDUCATION COUNCIL: op. cit. En el mismo sentido GÓMEZ SANCHO, M.: Control de síntomas..., op. cit.

²⁰⁵ ROMÁN MAESTRE, Begoña: “La muerte como hecho y el trato humano al moribundo como deber”, Cuadern CAPS, núm. 23, 1995, p. 13.

²⁰⁶ CASSWELL, Donald G.: “Rejecting criminal...”, op. cit. p. 140.

²⁰⁷ MARÍAS, Julián: La justicia social y otras justicias, Espasa-Calpe, Madrid, 1979, p. 74.

²⁰⁸ Recomendación 1418 (1999), adoptada el 25 de junio de 1999.

²⁰⁹ Loi n° 99-477 du 10 juin 1999, visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs (J.O. 10.6.99)

esta materia no son suficientes. Considero que tanto el catálogo de prestaciones del sistema nacional de salud, como las respectivas carteras de servicios (arts. 7-8 Ley 16/2003) deben incorporar en toda su plenitud una regulación de los procesos asistenciales de enfermos terminales. Sólo así se garantizará la efectiva igualdad asistencial de los enfermos terminales.

Como afirmara Fray Luis de León, la muerte nos iguala a todos:

*“Que bien tienes, ¡o Sexto!, ya entendido
que la muerte amarilla va igualmente
a la choça del pobre desvalido
y al alcázar real del rey potente”²¹⁰.*

Es lógico que así sea ya que “la naturaleza con voto manifiesto ha decretado la muerte a todos los mortales desde el mismo día de su nacimiento”²¹¹. Y el Derecho debe tomar conciencia de este dato irrefutable. La asistencia sanitaria debe llegar a todo ciudadano, incluso cuando se despide de su condición de tal.

²¹⁰ FRAY LUIS DE LEÓN: Oda IV, Lib. I, en *Poesías Completas*, Edit. Castalia, Madrid, 2001, p. 256.

²¹¹ GORGIAS: Elogio a Helena, 93, en *PROTÁGORAS y GORGIAS: Fragmentos y testimonios*, Orbis, Barcelona, 1984, p. 167.

RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

José M^a Pérez Gómez

Roberto Pérez López

Letrados de la Administración de la Seguridad Social

Letrados de la Xunta de Galicia

1.- Antecedentes históricos.-

La articulación del Sistema de Seguridad Social español, a partir de la Ley de Bases de 1963, y su texto articulado “Ley de la Seguridad Social”, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, determinó que se encomendase al Instituto Nacional de Previsión la gestión directa de la prestación de asistencia sanitaria en las contingencias de maternidad, enfermedad común y accidente no laboral, así como, mediante concierto, la correspondiente a las contingencias profesionales, accidente de trabajo y enfermedad profesional, cuya competencia originaria correspondía a las Mutualidades Laborales.

La asistencia sanitaria pública es una actividad que se realiza normalmente de forma directa por la Administración, la cual dispone de una serie de centros, actualmente denominados, de atención primaria y atención especializada donde se practica.

El desarrollo y generalización de la prestación asistencial a la mayor parte de la población, hizo necesario que se desarrollase una infraestructura de centros sanitarios inexistente hasta el momento, con el consiguiente crecimiento exponencial de las plantillas de profesionales sanitarios.

El Texto de la Ley de la Seguridad Social de 1966, recogido con igual dicción por el art. 45 del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, ya estableció las bases de lo que sería el régimen estatutario al decir que:

“1. La relación entre las Entidades Gestoras y, en su caso, Servicios de la Seguridad Social y el personal a su servicio se regulará por lo previsto en los Estatutos de

Personal aprobados por el Ministerio de Trabajo o por el Estatuto general aprobado por el propio Ministerio.

2. Sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación, la Jurisdicción de Trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal...”.

Como vemos, este artículo ya habla de un Estatuto General que regularía los derechos y obligaciones del personal de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, quizás anticipando lo que muy posteriormente se denominaría Estatuto Marco del personal estatutario.

Al régimen del personal se refería también el art. 116 de ambos textos, bajo la rúbrica “Estatuto del personal sanitario”, aunque solamente referida al personal de este carácter, sin que el concepto pudiera hacerse extensible al denominado personal no sanitario de los centros, cuando señala que el personal sanitario de la Seguridad Social prestará sus servicios conforme al Estatuto Jurídico que reglamentariamente se establezca.

Artículo que también establecía las bases del régimen de retribuciones, al expresar que será remunerado mediante una cantidad fija por cada persona titular o, en su caso, por cada beneficiario cuya asistencia tenga a su cargo, o mediante otra fórmula de remuneración en cuanto así lo aconseje la estructura sanitaria o la naturaleza de los servicios prestados.

De ello se derivaban los dos cuerpos normativos reguladores del referido personal sanitario: el Estatuto Jurídico del Personal Médico, de 23 de diciembre de 1966, y el del Personal Auxiliar Sanitario y Auxiliar de Clínica, de 26 de abril de 1973 (mas tarde denominado del Personal Sanitario no Facultativo), que vino a sustituir, con propósitos unificadores, las anteriores regulaciones de Matro-

nas, Enfermeras y A.T.S. femeninas en posesión del Diploma de Asistencia Obstétrica, de 22 de abril de 1967, y de Practicantes-A.T.S., de 16 de junio de 1967, así como las normas de régimen interior que el I.N.P. venía aplicando a las Auxiliares de Clínica.

Dentro del ámbito de las Instituciones Sanitarias existe otro personal que cumple cometidos no sanitarios pero fundamentales para posibilitar el desenvolvimiento de los anteriores, ejecutando las tareas materiales propias de cualquier instalación hotelera, las administrativas específicas y derivadas de la asistencia, las que vienen determinadas por los avances de la tecnología y el mantenimiento de un aparataje cada vez de mayor complejidad, personal que se reguló a través de un Estatuto específico denominado del Personal no Sanitario al servicio de Instituciones Sanitarias, aprobado por Orden de 5 de julio de 1971.

Las peculiaridades de esta clase de prestación de servicios, aconsejaron al legislador de 1984 excluir a este personal de la reforma de la función pública abordada por la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Como consecuencia de la exclusión, surgió la polémica en torno a la naturaleza del vínculo entre este personal, llamado estatutario por las normas que lo rigen. Por un lado, se planteó el carácter próximo a la legislación laboral de éstos, alegando la exclusión operada por la Disposición Transitoria Cuarta de la citada Ley 30/1984. Por otro lado, la sujeción al orden jurisdiccional social de la mayor parte de los litigios que afectaban al personal Estatutario y finalmente, la previsión contenida en la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, que prevé la promulgación de un Estatuto-Marco, en principio, diferenciado del Estatuto de la Función Pública.

Por otro lado, se sostenía el carácter funcionarial de este personal, basándose sobre todo en que el vínculo entre el personal estatutario y la Administración implica sustancialmente una relación de especial sujeción de los primeros respecto de esta última. No ha faltado tampoco, quien ha invocado la existencia de un tercer género o un naturaleza mixta en la que se integran caracteres de ambos ordenamientos jurídicos.

Finalmente, la discusión quedó solventada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, en favor de la tesis que considera al personal estatutario como auténtico funciona-

rio público¹, sin perjuicio de que su régimen jurídico tenga una serie de especialidades como también sucede en el caso de los funcionarios al servicio de los órganos constitucionales, de la Administración de Justicia o de las Comunidades Autónomas. Las reformas posteriores a la Ley del 84 han tendido a aproximar su regulación a la de los funcionarios públicos en algunos aspectos (ingreso y promoción de puestos de trabajo y retribuciones) como más adelante se estudiará con detalle².

Aunque los procesos de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas y la integración en el Sistema Nacional de Salud de centros hospitalarios, hasta ahora dependientes de Entidades de la Administración Local, han supuesto la incorporación a la Administración sanitaria de personal vinculado por una relación jurídica laboral o funcionarial, sin embargo, el denominado **personal estatutario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social** sigue siendo el más numero-

¹ Así, la STSJ de Andalucía de 11 de abril de 1994, "A mayor abundamiento, es incuestionable que la relación de servicio de los accionantes con la Entidad Gestora, excluida del ámbito regulado por el Estatuto de los Trabajadores está sometida a una normativa estatutaria, la cual puede ser modificada discrecionalmente por la Administración, reconociéndose una vez más la doctrina de que la relación funcionarial, o casi funcionarial en este caso, es resultado de un acto condición por virtud del cual el funcionario queda sujeto a un "Status" legal y reglamentaria o sometido en cualquier momento a la posibilidad innovadora de la Administración, que puede alterar así su situación anterior; y frente a este poder organizatorio de la Administración no se puede esgrimir con éxito más que los derechos que, por consolidación, hayan alcanzado la cualidad de adquiridos y que una constante jurisprudencia ha limitado a los de orden económico (comprensivo éste del cupo al que se ha hecho referencia anteriormente con las únicas limitaciones del art. 112.5 de la Ley General de la Seguridad Social) y al contenido de la función a realizar". Por su parte, la STS de 28 de octubre de 1996, señala que "esta Sala IV del Tribunal Supremo ha proclamado reiteradamente, en relación al personal estatutario de la Seguridad Social, que «es indiscutible la similitud y proximidad existentes entre este personal de la Seguridad Social y el personal funcionario de las Administraciones Públicas» (Sentencias de 4 diciembre 1992, 22 noviembre 1993, 15 julio 1994 y 6 febrero 1995), puntualizando la Sentencia de 4 diciembre 1992, que se acaba de mencionar que el personal estatutario de que tratamos «no está vinculado a ésta (la Seguridad Social) por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación con ella encierra una clara condición de Derecho público, al intervenir y contribuir de alguna forma en la gestión, actuación y realización de un servicio público, como es la Seguridad Social».

² Lo anterior no se contradice con la posibilidad de utilizar nuevas formas de gestión en la prestación de servicio de la Sanidad Pública a través de personas jurídicas que operen bajo el ordenamiento jurídico privado, pues, en esos casos se produciría un proceso de laboralización del personal afectado que pasaría a la situación de excedencia en su relación jurídica funcionarial adquiriendo, al mismo tiempo, el carácter de trabajador sujeto a derecho laboral respecto a la nueva persona jurídica privada (ya sea Fundación, Consorcio o una Sociedad Mercantil) que se subroga en la posición de la Entidad Gestora en la prestación de servicio público.

so y por ello es en el que se va a centrar la exposición de este trabajo.

2.- Evolución legislativa.-

Como ya vimos, el artículo 1.1, en relación con la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública excluyó de su ámbito de aplicación al personal de la Seguridad Social regulado en el Estatuto Jurídico de Personal Médico de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en el Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, remitiéndose a la normativa específica que lo regule.

La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, en su art. 84, previó que el personal antes citado, así como el personal de las Entidades gestoras que asuman los servicios no transferibles y los que desempeñen su trabajo en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, se regiría por lo establecido en el Estatuto-Marco que apruebe el Gobierno en desarrollo de dicha Ley.

Dado el carácter básico del Estatuto, las normas que promulguen las Comunidades Autónomas en materia de personal y en desarrollo del mismo, deberán ajustarse a lo previsto en él, sin perjuicio de que, en aquellas Comunidades con lengua oficial propia, en el proceso de selección de personal y de provisión de puestos de trabajo de la Administración sanitaria pública, se tenga en cuenta el conocimiento de ambas lenguas oficiales, en los términos del artículo 19 de la Ley 30/1984.

Hasta la aprobación de la ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, los principales hitos en la regulación de esta materia, con sus respectivas modificaciones, vinieron constituidos por los siguientes:

- Estatuto Jurídico de Personal Médico de la Seguridad Social aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre.
- Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 26 de abril de 1973.
- Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 5 de julio de 1971.
- Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 (arts. 84 a 87)

- Real Decreto Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud.
- Real Decreto 118/1989, de 29 de septiembre, sobre reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública al personal estatutario.
- Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias (derogado y mantenido transitoriamente con carácter de disposición reglamentaria por la Ley 30/1999).
- Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud³.

Finalmente, es necesario resaltar dos importantes y recientes normas, que allanaron el camino a la aprobación del Estatuto Marco, por un lado, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en cuyo Capítulo III, se refiere a los profesionales, dedicando una sección 1ª a la planificación y formación de recursos humanos del sistema nacional de salud y una sección 2ª al desarrollo profesional y modernización del sistema nacional de salud. De otro, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que regula aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas en lo que se refiere a su ejercicio, estructura de su formación y desarrollo profesional, y que, por tanto, influyen en el tratamiento de estas materias en el ámbito

³ *En este punto parece conveniente reseñar como un hito destacado en la evolución legislativa en esta materia, la importante sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1998, por la que se declaró inconstitucional y, en consecuencia nulo el artículo 34. Cuatro, de la Ley 4/1990, de 29 de junio, que sentaba las bases del sistema de selección y provisión de plazas del personal estatutario. Se basaba la sentencia en que el establecimiento de reglas para la cobertura de plazas de personal sanitario no integra el núcleo mínimo, necesario e indispensable de la Ley de Presupuestos (fundamento jurídico 5).*

Consecuencia de ello fue que, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencia de 1 de diciembre de 1998, declaró la nulidad del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, sobre Selección de Personal Estatutario y Provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, con fundamento en que la potestad reglamentaria ejercida mediante este Real Decreto, se ampara en el art. 34.cuatro de la Ley 4/1990, de 29 de junio al que desarrolla, y es obvio que la inconstitucionalidad de este artículo priva de cobertura habilitante y, por tanto de validez, al Real Decreto (fundamento segundo).

A causa de estas sentencias se procedió a la publicación, por razones de urgencia, del Real Decreto Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre Selección de Personal Estatutario y Provisión de Plazas en las Instituciones Sanitarias (B.O.E. de 9 de enero), y posteriormente de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, que deroga el Real Decreto Ley 1/1999 al que sustituye, si bien, en tanto no se apruebe el correspondiente desarrollo reglamentario, mantiene vigente con el carácter de norma reglamentaria (degradación de rango)

de la asistencia sanitaria pública y donde se pueden destacar, entre otros aspectos, cuestiones como la definición de las profesiones sanitarias tituladas (art. 2); los profesionales de área sanitaria de formación profesional, antes denominado personal sanitario no facultativo (art. 3); las relaciones interprofesionales y trabajo en equipo (art. 9); la gestión clínica en las organizaciones sanitarias (art.10); el sistema de formación de especialistas (art. 20); los principios generales de la formación continuada (art. 33); el reconocimiento del desarrollo profesional (art. 38) o la función directiva en los centros sanitarios (Disposición adicional décima).

3.- El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprobó el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, ha venido a culminar el largo y difícil proceso de elaboración de una norma que regule, esperamos que definitivamente, al personal que presta sus servicios para el Sistema Nacional de Salud.

Esta esperada norma necesitaba resolver la situación derivada del modelo de Estado Autonómico, que comporta el traspaso de las funciones y servicios que en materia de asistencia sanitaria venía prestando el Estado, a las Comunidades Autónomas, al mismo tiempo que debía adaptar la normativa de los diferentes colectivos que prestaban servicios para el Sistema Nacional de Salud a la realidad social actualmente existente. Esta vocación es la que, tal y como consta en la exposición de motivos, inspira a este texto legal.

La ley, en la que se regulan los aspectos generales y básicos del régimen jurídico del personal estatutario, se estructura en catorce capítulos distribuidos en un total de ochenta artículos, catorce disposiciones adicionales, siete disposiciones transitorias, una derogatoria y tres finales.

Los capítulos en que se divide la Ley contemplan cuestiones como: las normas generales de aplicación al personal de los servicios de salud; la clasificación del personal estatutario; la planificación y ordenación del personal; los derechos y deberes; adquisición y pérdida de la condición de personal estatutario fijo; la provisión de plazas, selección y promoción interna; la movilidad del personal; la carrera profesional; el régimen de retribuciones; la jornada de trabajo, permisos y licencias; las situaciones del personal estatutario; el régimen disciplinario;

las Incompatibilidades; y la representación, participación y negociación colectiva.

Destaca la concepción del personal al definir su estatus como constitutivo de una relación funcional especial. Como señala la exposición de motivos, la ley establece con nitidez el carácter funcional de la relación estatutaria, poniendo fin a la situación de ambigüedad creada por la normativa anterior, que dio lugar a la consideración de este personal como un "tertium genus", intermedio entre los funcionarios de carrera y el personal laboral que se rige por el Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, la falta de claridad de la ley en determinados aspectos ha de provocar no pocas controversias, sustancialmente, de carácter procesal.

3.1 El problema de la jurisdicción competente:

3.1.1.- Situación anterior a la aprobación del Estatuto Marco: Tradicionalmente, la cuestión del orden jurisdiccional competente para conocer de los asuntos en materia de personal, ya había planteado diversas variantes.

El art. 45.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, estableció que "Sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación, la jurisdicción de trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal...".

La vigencia de este precepto, ya aún antes del Estatuto que ahora estudiamos, había sido cuestionada por algunas Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, que la consideran derogada por la Disposición Derogatoria Primera de la Ley 30/1992, y por algún autor como ESPINOSA CABEZAS⁴. Sin embargo, es un hecho que la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio que aprueba el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, expresamente dejó subsistente al citado precepto con un criterio metodológico difícilmente compatible pero cierto.

⁴ ESPINOSA CABEZAS, A.: "Jurisdicción y Personal Estatutario de la Seguridad Social", en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3758 de 13 de abril de 1995. Madrid. Este autor sostiene que el art. 45 es nulo por extralimitación, conforme al Código Civil, pues existe ultra vires de la delegación de la Ley de Bases, y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud de su artículo sexto impondría su no aplicación al no ser contraria a la Constitución y a la Ley.

También el Tribunal Supremo confirmó la vigencia de este precepto por medio del auto de la sala de conflictos de 7 de junio de 1994, y más tarde por la sentencia de 5 de febrero de 1999⁵, entre otras muchas.

A pesar de ello, algunos litigios que surgen entre el personal estatutario y la respectiva Administración sanitaria debían ser conocidos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, la disposición adicional séptima de la Ley 30/1999 establecía que "Las convocatorias de los procedimientos de selección, de provisión de plazas y de movilidad a que se refiere esta Ley, así como sus bases, la actuación de los Tribunales y cuantos actos administrativos se deriven de ellas, podrán ser impugnados por los interesados en los casos y en la forma previstos con carácter general en las normas reguladoras del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa"⁶.

Por otro lado, el art. 63 del Estatuto de Personal Médico establecía que en materia de convocatoria, trámite y resolución de los concursos para la provisión de plazas de servicios jerarquizados de instituciones sanitarias⁷ y en materia de provisión de vacantes de plazas no jerarquiza-

⁸das será competente el orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo.

Igualmente la impugnación de los Pactos y Acuerdos alcanzados en mesa sectorial de negociación le corresponde a los Tribunales de este especializado orden jurisdiccional⁹. También, ha entendido el Tribunal Supremo que corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo los litigios que surjan como consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora por la Entidad Gestora en la que el personal Estatutario preste sus servicios¹⁰, con excepción del personal no sanitario.

Asimismo, tal y como PEREZ LOPEZ Y VAZQUEZ FORNO¹¹ recuerdan, también en materia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de asistencia sanitaria debe ser competente la jurisdicción contencioso-administrativa y no la social, si bien aquí debemos matizar que, cuando las reclamaciones de responsabilidad son ejercidas por personal estatutario la competencia de la jurisdicción social se ha venido manteniendo¹².

3.1.2.- La confusa situación actual: Hasta la aprobación del estatuto marco, no existía una definición legal o reglamentaria de la naturaleza jurídica de este personal y, como hemos visto, regía el art 45.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, que encomendaba a los juzgados y tribunales del

⁵ Dice la sentencia del TS. de 5 de febrero de 1999 que: "Para que una norma aprobada por el Gobierno, en este caso formando parte de un Texto Refundido, pueda ser declarada nula, es necesario que la misma esté en contradicción con un precepto de ley que era obligatorio refundir, de modo que la aplicación de la norma contenida en el Texto Refundido sea incompatible con la expresada en la ley que era preceptivo refundir. No acontece así en el presente caso, en que las normas del artículo 45.1 y 2 del Texto Refundido de 1974 han quedado plenamente vigentes después de efectuada la refundición, por lo que no hay contradicción alguna a este respecto entre la antigua y la nueva normativa.

Por otra parte, el motivo por el cual el artículo 45 del Texto Refundido de 1974 se vio excluido de ser reiterado en el artículo 66 del Texto Refundido de 1994 se encuentra expresado en la Memoria que acompañó al Proyecto de refundición, en la que, al aludir al artículo 66.1, se dijo que no se hace mención expresa del personal estatutario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aunque aparece citado en el artículo 1.2 y disposición transitoria cuarta de la Ley 30/1984, «porque se excluye de la refundición la materia sanitaria». En efecto, la disposición final primera de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que facultó al Gobierno para proceder a la elaboración del Texto Refundido de 20 de junio de 1994 (completada después por la disposición final segunda de la Ley 22/1992 y por la disposición adicional decimocuarta de la Ley 22/1993), previno en su apartado tercero que se exceptúa de la refundición a que se refieren los dos números anteriores las materias relativas a asistencia sanitaria y a protección por desempleo".

⁶ Algún Tribunal Superior de Justicia considera también que las cuestiones derivadas de valoración de méritos en concursos son propias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En este sentido, la Sentencia de 26 de junio de 1995 del TSJ de Andalucía con sede en Granada.

⁷ Esta mención debe entenderse realizada a los actuales servicios de Atención Especializada.

⁸ Esta referencia deba atenderse a los servicios de Atención Primaria. El Tribunal Supremo den Sentencia de 21 de julio de 1992 y el TSJ de Asturias en Sentencia de 20 de mayo de 1993, consideran que en aplicación de este precepto resulta incompetente la jurisdicción laboral para imponer a la Administración la obligación de resolver un concurso abierto y permanente.

⁹ S.TS. de 29 de abril de 1996: "...la atribución de competencia que contiene el artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 mayo 1974 se refiere a las cuestiones contenciosas que puedan surgir entre las Entidades gestoras y el personal a su servicio en la aplicación e interpretación de las normas reguladoras de la relación estatutaria, pero no se extiende a la impugnación directa de estas normas, que tanto cuando se establecen directamente a través de la potestad reglamentaria, como cuando lo son a través de los instrumentos de negociación regulados en la Ley 9/1987, han de ser impugnadas ante el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción".

¹⁰ En este sentido STS de 12 de febrero de 1985, 4 de abril de 1988 y 16 de abril de 1994 entre otras.

¹¹ PEREZ LOPEZ, Roberto y VAZQUEZ FORNO, Luis Jesús: "Competencia Judicial y relación jurídica del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud", en Revista Jurídica "La Ley", Año 2002, Tomo I, pág 1966.

¹² Así, por ejemplo, STSJ de Madrid, Sala de lo Social de 2 de diciembre de 1997 (AS 1997/4671) donde se analiza la reclamación de responsabilidad realizada por una enfermera infectada accidentalmente con el VHC.

orden social el conocimiento de las controversias que pudieran suscitarse entre el personal estatutario y las entidades gestoras de las que dependen, ya sean estas estatales o autonómicas. Ello supuso la exclusión del conocimiento de tales cuestiones por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que es el que conoce de las reclamaciones de los funcionarios públicos frente a la Administración.

La situación ahora se plantea bajo un nuevo sesgo, pues se conceptúa expresamente al personal estatutario como funcionario de régimen especial. Bajo esta premisa, teniendo en cuenta que las leyes se derogan por otras posteriores, y que tal derogación puede ser expresa o tácita, la fórmula utilizada en la disposición derogatoria única de la Ley 55/2003, "Quedan derogadas, o se considerarán, en su caso, inaplicables al personal estatutario de los servicios de salud, cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan a lo dispuesto en esta ley", consideramos que ha derogado, por la vía de incompatibilidad, al artículo 45.2 de la Ley de Seguridad Social de 1974, incardinando plenamente al personal estatutario en el ámbito del art. 1º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto determina que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo. Desde nuestro punto de vista, la existencia a partir de la entrada en vigor de la Ley 55/2003 de un Estatuto que desarrolla las características especiales que afectan a esta "relación funcional especial" implica que, en todo lo no regulado expresamente en dicho estatuto, regirán las normas generales de aplicación a la función pública y, entre ellas, la jurisdicción competente para resolver las cuestiones contenciosas en materia de personal. Hubiera sido necesario a nuestro juicio, para mantener la jurisdicción social como competente en determinadas cuestiones en materia de personal estatutario, no el ambiguo silencio, casi podría decirse que vergonzante, del legislador, sino una expresa declaración de la vigencia del artículo 45.2, contenida en las disposiciones adicionales de la Ley.

En cualquier caso, esta cuestión dista mucho de resultar pacífica. Así doctrinalmente, algunos autores, como PELAYO PARDOS¹³, sostienen la derogación del citado

artículo 45.2 de la LGSS de 1974; sin embargo, otros autores, como SALA FRANCO¹⁴ consideran que la aprobación del nuevo Estatuto en nada cambia la anterior doctrina del Tribunal Supremo respecto a la naturaleza jurídica del personal estatutario y, en consecuencia, mantienen que el repetido artículo 45.2 sigue vigente.

Desde un punto de vista jurisprudencial, en un primer momento existieron diferentes resoluciones judiciales al respecto tanto en un sentido como en otro de Juzgados de lo Social y de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia. Así, en el sentido de considerar competente a la jurisdicción contenciosa se han pronunciado inicialmente, por ejemplo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en sentencia de 9 de noviembre de 2004 (recurso 1315/2004) y el Tribunal Superior de Justicia de La

de Tribunal Supremo, sentada en su sentencia de 3 de marzo de 2004, este precepto no sería de aplicación en ningún caso a los Servicios de Salud de las comunidades Autónomas, pues carecen del carácter de Entidades gestoras del sistema, al tener naturaleza jurídica de Organismos Autónomos.

¹⁴ Ponencia presentada en el XIII congreso Derecho y Salud, celebrado en Cáceres en Noviembre de 2004.

¹⁵ En dicha sentencia, partiendo de la consideración de que el artículo 45.2 mantenía su vigencia únicamente como una norma de rango reglamentario, se concluye que: "Es lo cierto, que en la actualidad se puede concluir lo siguiente:

- a) No existe norma con rango formal de ley que realice una atribución expresa de competencia para resolver las controversias de este personal estatutario al orden jurisdiccional de lo social.
- b) Toda a normativa estatutaria anterior que regulaba la vinculación del empleo de este personal, que era de un rango reglamentario, ha sido además derogada por el nuevo Estatuto Marco de modo expreso.
- c) La nueva norma específica, con rango formal de Ley, no se refiere en ningún momento a que sea la social la jurisdicción competente para entrar a conocer de tales controversias. Y en absoluto indica que se mantiene en vigor el artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social de 30-5-74.
- d) Dicha norma define esta vinculación estatutaria como de funcional, si bien la adjetive como de especial. A lo largo de la misma no se alude en ningún momento a la aplicación de la normativa social propia del derecho del trabajo, sino por el contrario, a la aplicación de la administrativa que es propia de los funcionarios públicos.
- e) Claramente e ha venido entendiendo que no forma parte de la rama social del derecho la regulación de empleo de los funcionarios públicos, cuyos litigios no están así incluidos dentro del concepto "social" a que se refiere el artículo 9.5 LOPJ, como elemento atractivo básico e la competencia hace la jurisdicción laboral.
- f) Razones de claridad competencial y de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), abundan en la delimitación de que sea una única jurisdicción la que resulte competente para entrar a conocer de los conflictos de este tipo de personal, que en cuanto calificado de funcionario y sujeto a una normativa propia no laboral, tiene su sede jurisdiccional natural, entro del diseño que realiza la norma orgánica, en la que sea la competente para entrar a conocer de las reclamaciones de los funcionarios públicos, Que a la echa, ante la falta de indicación en contra de una norma de rango legal suficiente que

¹³ PELAYO PARDOS, Santiago: "Apuesto por lo contencioso", en *Actualidad de Derecho Sanitario*, nº 111/Diciembre 2004: Este autor, además de los argumentos citados considera que, conforme a la doctrina

Rioja en sentencia de 14 de octubre de 2004 (Recurso de Suplicación nº 239/2004), consideraron que es competente la jurisdicción contencioso administrativa, mientras que, por el contrario se han pronunciado las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León, en sentencia de 17 de febrero de 2004, (demanda de conflicto colectivo 7/2003) y la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Má-

la atribuyera a la social, es sin duda alguna la contencioso-administrativa.

- g) Finalmente, aunque sea un argumento coyuntural añadido, es relevante también tener en cuenta que ya existe una estructura jurisdiccional contencioso-administrativa con una suficiencia de órganos, de tal modo que un manido argumento a favor de retener la competencia en lo social, por razones de agobio de las Salas de dicha jurisdicción, carece ahora de toda consistencia”.

De lo cual deduce la derogación del citado artículo 45.2 y la competencia de la jurisdicción contencioso administrativo para el conocimiento de estos asuntos.

¹⁶ En esta sentencia del TSJ de La Rioja, en la que extensamente se argumenta la competencia del orden contencioso-administrativo, cabe destacar que la discrepancia en el seno de la Sala dio lugar también a un interesante voto particular.

¹⁷ En esta sentencia el argumento principal radica en la supresión de la expresa derogación del artículo 45.2 que se recogía en el proyecto de Ley que se presentó a las Cortes y que, durante su tramitación parlamentaria, desapareció. Este indicio es fundamental para que el juzgador considere que sigue en vigor, tal y como se desprende de la argumentación siguiente:

“Aunque el proyecto que dio origen a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el nuevo estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, parece que nació con la intención de derivar todas las cuestiones referidas a este personal al orden contencioso, sin embargo, y tras los pertinentes trámites de informe ante el propio Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado, el proyecto que se presentó finalmente al Congreso y fue aprobado carece de pronunciamiento abierto al respecto y de derogación expresa del art. 45 de la Ley General de Seguridad Social de 1974, con lo que la duda que pudiera originarse sobre una cuestión tan fundamental como es la del conocimiento jurisdiccional de estas relaciones, ha de resolverse a favor de la competencia del orden social.

De una parte, porque ya una reiterada jurisprudencia de unificación, se cita a modo de ejemplo la sentencia de 11 de junio de 2001, RJ 2001/5917, venía señalando la naturaleza jurídica similar que existe en el vínculo entre la administración y el personal estatutario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social y el de los funcionarios públicos, que hace que el personal estatutario constituya un régimen jurídico especial dentro del marco del derecho común de la función pública, lo que conlleva que suplementariamente se aplique este último derecho, como se deduce del art. 1 de la Ley 30/84, de 2 de agosto. Y no cabe sostener por ello que la explícita calificación que de las relaciones del personal estatutario hace como funcionariales especiales la Ley 55/03 (exposición de motivos ap. 3 y art. 1) modifique la naturaleza del vínculo de tal personal.

De otra, porque de la derogación que tal Ley dispone (derogatoria única apartados e, f y g) de los tres estatutos tradicionales que regían las relaciones de tal personal, no cabe derivar tácitamente la del art. 45 LGSS del 74 al no ser norma que complementa los estatutos derogados sino específica de atribución competencial al orden social de cuantas cuestiones surjan en relación con el citado personal, que sigue vigente, al no ser objeto de derogación expresa.

Por lo dicho ha de rechazarse la excepción de incompetencia de jurisdicción que opone el sindicato...”.

laga), en sentencia de 24 de junio de 2004 (demanda de conflicto colectivo 2/2004) o el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 15 de abril de 2005.

Posteriormente, la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, en Auto de 20 de junio de 2005 (Auto 8/2005), ha sentado el criterio de que es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente. En cualquier caso, la cuestión dista de haberse pacificado, pues si bien el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 6 de junio de 2005 ha seguido el criterio sentado por el Tribunal Supremo, no debemos olvidar que los Autos de la Sala de Conflictos no alcanzan el carácter de jurisprudencia y por ello, en principio, no tienen por qué ser asumidos por los Tribunales Superiores. Así, podemos comprobar que, sorprendentemente, la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en sentencia de 19 de julio de 2005 (Recurso de Suplicación 158/2005), y por tanto posterior al citado Auto de la Sala Conflictos del Tribunal Supremo ha cambiado su criterio entendiendo ahora que sí es competente para conocer de estas cuestiones.

En cualquier caso, de confirmarse que la nueva jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, tal cambio ha de tener notorias consecuencias de orden práctico, entre las que se apunta la desaparición de procedimientos, muy útiles a nivel de organizaciones sindicales, como es el proceso en materia de conflictos colectivos, con el alcance cuasi normativo que la jurisprudencia atribuye a sus sentencias o la casi imposibilidad, a diferencia de lo que sucede actualmente, de que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo llegue a cono-

¹⁸ Lo determinante para la Sala radica en el cambio de la realidad social prevista en el artículo 45.2 de la antigua Ley General de Seguridad Social que hace que el precepto haya quedado obsoleto. Así, señala la Sala de conflictos que: “En definitiva, desde el punto de vista subjetivo, de la condición de personal de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social se ha pasado a la de personal al servicio de la Administración sanitaria (Servicio Nacional de Salud), que aglutina tanto al antiguo personal estatutario como al personal funcionario sanitario que presta servicios en distintas instituciones sanitarias, afectando a los elementos personales de la relación; y en el aspecto objetivo, de la prestación sanitaria de la Seguridad Social se da el paso al reconocimiento del derecho a la protección integral de la salud, a través de las medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios al efecto (art. 43 CE y 45 LGS).

Estas modificaciones, resultan suficientemente significativas, para entender superada la situación o relación jurídica contemplada en el art. 45.2 de la LGSS de 1994, que tuvo en cuenta al efectuar la atribución a la Jurisdicción Social de la competencia para resolver los litigios surgidos en el ámbito de aquella relación, atribución de competencia que pierde así su objeto, justificación, vigencia y aplicabilidad en el ámbito del nuevo Sistema Nacional de Salud y la relación jurídica funcional que une al personal sanitario con dicha Administración, de acuerdo con el Estatuto Marco”.

cer de asuntos en esta materia, lo que dificultará la existencia de una doctrina uniforme.

3.2 Clasificación del personal.-

3.2.1 Clases de nombramiento. Requisito básico para ocupar plaza en la Seguridad Social, es que el personal ha de ostentar la nacionalidad española o la de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo u ostentar el derecho a la libre circulación de trabajadores conforme al Tratado de la Comunidad Europea y estar en posesión del correspondiente nombramiento o autorización y en el pleno derecho de su capacidad de ejercicio profesional.

Se establece una primera clasificación del personal, en función del carácter de su nombramiento, que podrá dar lugar a personal fijo, y a personal de carácter temporal, bien sea: interino, eventual o sustituto.

El nombramiento de personal estatuario temporal por los Servicios de Salud viene condicionado por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario.

No parece innecesario precisar que los médicos internos residentes no tienen, durante el periodo de tiempo que dure la residencia, la consideración de personal estatuario, como claramente se desprende de la Disposición Adicional Primera de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, reguladora de las profesiones sanitarias, donde al calificar la relación de residencia como "laboral especial", claramente excluye la posibilidad de que este personal pueda ser considerado personal estatuario temporal.

Siguiendo los principios sentados en la legislación constitucional del Estado, la selección del personal estatuario temporal se efectuará a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, procedimientos que se basarán en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y que serán establecidos previa negociación en las Mesas correspondientes.

En todo caso, el personal estatuario temporal deberá reunir los requisitos establecidos para participar en los procesos de selección de personal estatuario fijo.

El personal estatuario temporal podrá estar sujeto a un período de prueba, durante el que será posible la resolución de la relación estatutaria a instancia de cualquiera de las partes.

El período de prueba no podrá superar los tres meses de trabajo efectivo en el caso de personal de formación universitaria, y los dos meses para el resto del personal.

En ningún caso el período de prueba podrá exceder de la mitad de la duración del nombramiento, si ésta está precisada en el mismo. Estará exento del período de prueba quien ya lo hubiera superado con ocasión de un anterior nombramiento temporal para la realización de las mismas funciones en el mismo Servicio de Salud.

3.2.1.1 Personal fijo: Es aquel a quien se le adjudique con carácter definitivo una plaza, previo cumplimiento de los requisitos que se establecen en las disposiciones vigentes sobre la materia.

3.2.1.2 Personal Interino:

El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los Centros o Servicios de Salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones.

Se acordará el cese del interino cuando se incorpore personal estatuario fijo a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada.

La interinidad no supone derecho alguno a la plaza que se ocupa, sea cual fuere el tiempo que dure dicha situación.

3.2.1.3 Eventual:

El nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.

b) Cuando sea necesario para la cobertura de la atención continuada.

c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

Se acordará el cese del eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de doce o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

3.2.1.4 Personal sustituto:

El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal estatuario, fijo, interino o eventual, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal.

Se acordará el cese del sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

3.3 Clasificación del personal:

El personal estatuario de los servicios de salud se clasifica atendiendo a la función desarrollada, al nivel del título exigido para el ingreso y al tipo de su nombramiento.

Por la función realizada, puede ser personal estatuario sanitario y personal estatuario de gestión y servicios.

A) Es personal estatuario sanitario el que ostenta esta condición en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de una profesión o especialidad sanitaria.

Este personal, atendiendo al nivel académico del título exigido para el ingreso, se clasifica en:

a) Personal de formación universitaria: quienes ostentan la condición de personal estatuario en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de una profesión sanitaria que exija una concreta titulación de carácter universitario, o un título de tal carácter acompañado de un título de especialista.

A su vez se divide en:

1.- Licenciados con título de especialista en Ciencias de la Salud, tales como psicólogos, químicos, biólogos, bioquímicos u otros titulados universitarios cuando su formación de pregrado se adecue al campo profesional de la correspondiente especialidad.

2.- Licenciados sanitarios, que conforme al artículo 6.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, son los licenciados en medicina, farmacia, odontología y veterinarios, sin perjuicio de que, legalmente se declare formalmente otras actividades profesionales como profesión sanitaria.

3.- Diplomados con título de Especialista en Ciencias de la Salud.

4.- Diplomados sanitarios, que conforme al artículo 7.2, de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, son los diplomados universitarios en enfermería, fisioterapia, terapia ocupacional, podología, óptica y optometría, logope-

dia y en nutrición humana y dietética, sin perjuicio de que, legalmente se declare formalmente otras actividades profesionales como profesión sanitaria.

b) Personal de formación profesional: quienes ostenten la condición de personal estatuario en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de profesiones o actividades profesionales sanitarias, cuando se exija una concreta titulación de formación profesional.

A su vez se divide en:

1.- Técnicos superiores.

2.- Técnicos.

B) Es personal estatuario de gestión y servicios quien ostenta tal condición en virtud de nombramiento expedido para el desempeño de funciones de gestión o para el desarrollo de profesiones u oficios que no tengan carácter sanitario.

En función del título exigido para el ingreso, se clasifica en:

a) Personal de formación universitaria.

Que se divide en:

1.- Licenciados universitarios o personal con título equivalente.

2.- Diplomados universitarios o personal con título equivalente.

b) Personal de formación profesional.

Se divide en:

1.- Técnicos superiores o personal con título equivalente.

2.- Técnicos o personal con título equivalente.

c) Otro personal: categorías en las que se exige certificación acreditativa de los años cursados y de las calificaciones obtenidas en la Educación Secundaria Obligatoria, o título o certificado equivalente.

3.3.1.- Categorías Profesionales.- La Disposición Transitoria sexta de la Ley 55/2003, ha dejado subsistentes las categorías de personal reguladas en los tres estatutos derogados, en tanto no se proceda a una regulación específica por las Comunidades Autónomas.

En consecuencia, con tal carácter de provisionalidad permanece subsistente la clasificación en categorías que efectuaba el Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, así

como las funciones establecidas para cada una de ellos, en tanto señalaba que:

Por su función, el personal puede ser:

1. Diplomados en Enfermería, Ayudantes Técnicos Sanitarios y Enfermeras.
2. Practicantes-Ayudantes Técnicos Sanitarios.
3. Matronas.
4. Fisioterapeutas.
5. Terapeutas ocupacionales.
6. Técnicos especialistas.
7. Auxiliares de Enfermería.

Igualmente y con el mismo carácter permanece subsistente la clasificación en categorías que efectuaba el Estatuto de Personal no Sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, así como las funciones establecidas para cada una de ellos en el derogado estatuto, en tanto señalaba que:

El personal de plantilla de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social que ha de regirse por lo establecido en el presente Estatuto se integrará en los grupos que a continuación se indican:

1. Personal técnico.
2. De servicios Especiales¹⁹.
3. De oficio.

¹⁹ La Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 28 de mayo de 1984, modificó el apartado 3 del art. 12 del Estatuto de Personal no Sanitario en los siguientes términos:

«3. Función administrativa.

Para el desarrollo de la función administrativa se establecen grupos administrativos dentro de las Instituciones Sanitarias dependientes del Instituto Nacional de la Salud.

1. El personal se integrará en los grupos administrativos siguientes:

- a) Grupo Técnico.
- b) Grupo de Gestión.
- c) Grupo Administrativo.
- d) Grupo Auxiliar Administrativo.

2. Las funciones específicas asignadas a cada uno de los grupos administrativos enumerados en el apartado anterior serán:

a) Grupo Técnico.-El Grupo Técnico realizará las funciones de dirección, ejecución y estudio de carácter administrativo y económico de nivel superior que le sean encomendadas por la Dirección del Centro.

b) Grupo de Gestión.-Sus funciones serán las de apoyo a los puestos de trabajo desempeñados por el personal técnico y de ejecución de aquellas funciones que le sean delegadas.

c) Grupo Administración.-Las de carácter administrativo-sanitario, normalmente consideradas de trámite y colaboración no asignadas a los Grupos Técnico y de Gestión.

d) Grupo Auxiliar.-Las de apoyo material, ejercicio y desarrollo respecto a las tareas administrativas asistenciales propias de la Institución, así como las de Secretarías de planta y servicios y las de preparación y tratamiento de los datos para la informática.».

4. Subalterno.

3.4 Selección del personal.-

Esta materia ya había sufrido una modificación sustancial antes de la aprobación del nuevo Estatuto Marco mediante el art. 34.4 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 y Real Decreto 118/1991, si bien dicha normativa se había visto afectada por diversos pronunciamientos judiciales. El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 15 de octubre de 1998 ha declarado inconstitucional y, en consecuencia nulo el artículo 34.4, de la Ley 4/1990, de 29 de junio. Se basa para ello la sentencia en que el establecimiento de reglas para la cobertura de plazas de personal sanitario no integra el núcleo mínimo, necesario e indisponible de la Ley de Presupuestos (fundamento jurídico 5).

Consecuencia de ello fue que el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencia de 1 de diciembre de 1998, declaró la nulidad del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, sobre Selección de Personal Estatutario y Provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, con fundamento en que la potestad reglamentaria ejercida mediante este Real Decreto, se ampara en el art. 34.cuatro de la Ley 4/1990, de 29 de junio al que desarrolla, y es obvio que la inconstitucionalidad de este artículo priva de cobertura habilitante y, por tanto de validez, al Real Decreto (segundo fundamento de derecho).

A causa de estas sentencias se procedió a la publicación, por razones de urgencia, del Real Decreto Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre Selección de Personal Estatutario y Provisión de Plazas en las Instituciones Sanitarias (B.O.E. de 9 de enero), y posteriormente de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, que deroga el Real Decreto Ley 1/1999 al que sustituyó, si bien, en tanto no se aprobara el correspondiente desarrollo reglamentario, mantuvo vigente con el carácter de norma reglamentaria (degradación de rango).

Esta normativa ha sido sustituida por la contenida en la Ley 55/2003, que vino a incluir en su texto, casi íntegramente, la establecida en la Ley 30/1999, y sigue manteniendo la vigencia temporal, en tanto la materia no sea desarrollada por las Comunidades Autónomas, del Real Decreto Ley 1/1999. No en vano la exposición de motivos de la Ley 30/1999 mencionaba que su contenido formaba una parte muy sustancial e importante de lo que sería el, en aquel momento, futuro Estatuto Marco.

La Ley 55/2003, señala que la selección del personal estatutario fijo se efectuará con carácter general a través del sistema de concurso-oposición. Podrá realizarse a través del sistema de oposición cuando así resulte más adecuado en función de las características socio-profesionales del colectivo que pueda acceder a las pruebas o de las funciones a desarrollar. Cuando las peculiaridades de las tareas específicas a desarrollar y el nivel de cualificación requerida, así lo aconsejen, la selección podrá realizarse por el sistema de concurso.

Obviamente, la puntuación obtenida en la fase de concurso no podrá aplicarse para superar ejercicios de la fase de oposición.

En la fase de concurso se valorarán, con arreglo a baremo, los méritos directamente relacionados con el contenido de las plazas a proveer y la experiencia profesional en puestos de personal sanitario. Los baremos de méritos en las pruebas selectivas para el acceso a nombramientos de personal sanitario valorarán como mínimo el expediente académico del interesado, la formación especializada de postgrado, la formación continuada acreditada, la experiencia profesional en Centros Sanitarios públicos y las actividades científicas, docentes y de investigación. Tales criterios serán adaptados a las funciones concretas a desarrollar en el caso de pruebas selectivas para el acceso al resto de los nombramientos de personal estatuario.

En ningún caso podrá nombrarse personal en número superior al de plazas convocadas.

Cuando los procesos selectivos se efectúen por el sistema de concurso-oposición, los nombramientos se expedirán a favor de quienes obtengan mayor puntuación, una vez sumadas las puntuaciones alcanzadas en las fases de concurso y de oposición.

El personal estatutario fijo podrá acceder, mediante promoción interna y dentro de su Servicio de Salud de destino, a nombramientos correspondientes a cualquiera de los grupos de clasificación superiores, sea inmediato o no, o a diferentes nombramientos del mismo grupo.

Los procedimientos para la promoción interna se desarrollarán a través de convocatorias específicas si así lo aconsejan razones de planificación o de eficacia en la gestión.

Para participar en los procesos selectivos para la promoción interna será requisito ostentar la titulación requerida y haber prestado servicios como personal estatutario fijo durante, al menos, dos años en el grupo de procedencia.

En el caso del personal estatutario de gestión y servicios, de formación profesional, no se exigirá el requisito de titulación para el acceso por el sistema de promoción interna a quienes hayan prestado servicios como personal estatutario fijo en el Grupo inmediatamente inferior durante más de cinco años, salvo que sea exigible una titulación, acreditación o habilitación profesional específica para el desempeño de las nuevas funciones.

Quienes accedan a otro nombramiento por el turno de promoción interna tendrán, en todo caso, preferencia para la elección de plaza en la correspondiente convocatoria sobre los aspirantes que no procedan de este turno.

La vigencia con carácter transitorio de Real Decreto-Ley 1/1999, permite la subsistencia, siquiera temporal en tanto no sea objeto de regulación específica, de su Disposición Adicional Decimocuarta, relativa a la cobertura de los puestos de Jefes de Servicio y de Sección de carácter asistencial en las unidades de asistencia especializada, que se proveerán mediante convocatoria pública, en la que podrán participar todos los facultativos con nombramiento como personal estatutario fijo que ostenten plaza en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, mediante un proceso de selección basado en la evaluación del currículum profesional de los aspirantes y en un proyecto técnico relacionado con la gestión de la unidad asistencial.

Los aspirantes seleccionados obtendrán un nombramiento temporal para el puesto, que estará sujeto a evaluaciones cuatrienales a efectos de su continuidad en el puesto.

Las convocatorias de pruebas selectivas y de concursos de traslados, así como las efectuadas para proveer puestos de trabajo de carácter directivo por libre designación, deberán hacerse públicas en los "Boletines" o "Diarios Oficiales" correspondientes.

3.5 Provisión de plazas vacantes.-

Las plazas vacantes de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social se proveerán por los procedimientos de selección de personal, de promoción interna (ya tratados) y de movilidad, así como así como por reingreso al servicio activo.

Dada la competencia que en materia de establecimiento de cuerpos, escalas, clases y categorías de personal tienen atribuidas las CC.AA., y con el fin de garantizar la movilidad en términos de igualdad efectiva entre el personal que presta servicios en las distintas Comunidades Autónomas, prevé que el Ministerio de Sanidad y Consumo proceda, con carácter previo a las convocatorias, a la

homologación de las distintas clases o categorías funcionales de personal estatutario, en cuanto resulte necesario para articular dicha movilidad entre los diferentes servicios de salud.

Los procedimientos de movilidad voluntaria se efectuarán con carácter periódico, preferentemente, lo que excluye el carácter absoluto del término, cada dos años en cada servicio de salud, y estarán abiertos a la participación del personal estatutario fijo de la misma categoría y especialidad, así como, en su caso, de la misma modalidad, del resto de los servicios de salud.

Cuando de un procedimiento de movilidad se derive cambio en el servicio de salud de destino, el plazo de toma de posesión será de un mes a contar desde el día del cese en el destino anterior, que deberá tener lugar en los tres días siguientes.

Los destinos obtenidos son irrenunciables. Se entenderá que solicita la excedencia voluntaria por interés particular como personal estatutario, quien no se incorpore al destino obtenido dentro de los plazos establecidos.

Principio novedoso (aunque ya apuntado en la Ley 30/1999), es el de coordinación y colaboración en las convocatorias. Cuando las convocatorias de provisión, selección y movilidad afecten a más de un servicio de salud, deberá primar el principio de colaboración entre los servicios de salud implicados, para lo cual la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud será la encargada de establecer los criterios y principios en orden a su periodicidad y coordinación²⁰.

La movilidad puede llevarse a efecto:

3.5.1 Por pruebas selectivas de acceso: De acuerdo con el procedimiento previsto, al que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se cubrirán aquellas plazas que, por sus características, se consideren idóneas como

²⁰ La Comisión de Recursos humanos del Sistema Nacional de Salud se encuentra regulada por el Real Decreto 182/2004, de 30 de enero, y está constituida por el Ministro de Sanidad y Consumo, por los consejeros competentes en materia de sanidad de las Comunidades Autónomas y, además, por los Directores Generales de Recursos Humanos y Servicios Económico-Presupuestarios y de Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección del Ministerio de Sanidad y Consumo, y un director general en representación de cada uno de los Ministerios de Hacienda, Educación, Cultura y Deporte, Trabajo y Asuntos Sociales y Administraciones Públicas y el Inspector General de Sanidad del Ministerio de Defensa.

En cualquier caso, además de funcionar en pleno, La Comisión podrá crear, mediante acuerdo expreso, las comisiones técnicas y grupos de trabajo que resulten adecuados para el mejor cumplimiento de sus funciones.

primer destino del personal que supere las pruebas selectivas, así como las que sigan vacantes tras la resolución de los concursos.

3.5.2 Por concurso de traslados: Constituye el sistema ordinario de provisión. Los procedimientos de movilidad voluntaria, que se efectuarán con carácter periódico en cada Servicio de Salud, estarán abiertos a la participación del personal estatutario fijo de la misma categoría y especialización, así como, en su caso, de la misma modalidad, de todos los Servicios de Salud. Se resolverán mediante el sistema de concurso, previa convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En las convocatorias deberá tenerse en cuenta como mérito, principalmente, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones y Servicios Públicos desempeñando puestos de trabajo de igual contenido funcional que la plaza objeto del concurso.

3.5.3 Mediante libre designación: En cada Servicio de Salud se cubrirán por este sistema los puestos directivos y de Jefatura de Unidad, que así se determinen conforme a lo previsto en las plantillas de las Instituciones Sanitarias. En las convocatorias para la provisión de puestos de carácter directivo podrá participar el personal estatutario de la Seguridad Social y el personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984 y en las Leyes de Función Pública de las Comunidades Autónomas, siempre que se reúnan los requisitos exigibles en cada caso.

En caso de que sean nombrados funcionarios públicos para tales puestos, se mantendrán en la situación de servicio activo en sus Cuerpos de origen, sin perjuicio de que les sea de aplicación, mientras los desempeñen, las normas sobre el personal de las Instituciones Sanitarias.

La provisión de los órganos de dirección de los centros, servicios y establecimientos sanitarios podrá efectuarse también conforme al régimen laboral especial de alta dirección, regulado en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto²¹.

²¹ Esta previsión contenida inicialmente en el Real Decreto 521/87 que aprobaba el Reglamento de estructura, organización y funcionamiento de los hospitales del INSALUD fue considerada nula por la Sentencia del T.S. de 31 de enero de 1992 por infringir la reserva de Ley existente en la materia, circunstancia que intentó ser subsanada primero con la disposición final séptima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1992 y confirmada por el artículo 115.2 de la Ley 13/96, de 30 de diciembre, que extiende el concepto de alto Directivo a los Directores Gerentes de los centros de gasto de Atención Especializada y

3.5.4 Reingreso provisional:

También se prevé la posibilidad del reingreso provisional del personal en el Servicio de Salud de procedencia del interesado, con ocasión de vacante, en el ámbito territorial que en cada Servicio de Salud se determine. La plaza desempeñada con carácter provisional será incluida en la primera convocatoria para la movilidad voluntaria que se efectúe.

La disposición adicional sexta párrafo segundo del Real Decreto Ley 1/1999, de 8 de enero, establece que "asimismo el reingreso podrá producirse con carácter provisional por adscripción a un plaza vacante la correspondiente categoría y especialidad en la misma área de salud, en su correspondiente modalidad de atención primaria o atención especializada, en que le fue concedida la excedencia. En el supuesto de que no existan vacantes en dicha área en su correspondiente modalidad, el interesado

Atención Primaria y además a los Directores y Subdirectores de división, apartándose de la Jurisprudencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo, en cuanto a que la relación laboral de alta dirección sólo puede darse cuando el Directivo ejerce poderes inherentes a la titularidad de la empresa. Actualmente se encuentra regulada, para el personal que dependía del Instituto Nacional de la Salud, en la Disposición Adicional décima de la Ley 30/1999, de 5 de octubre.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, también se ha intentado introducir este modelo aunque en algún caso los Tribunales Superiores de Justicia hayan considerado la relación laboral, no como de alta dirección sino ordinaria. En este sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de noviembre de 1996, respecto de un Director de Gestión de un complejo hospitalario dependiente del SERGAS, si bien, en este caso, la norma de cobertura para su nombramiento no era legal sino reglamentaria. Sin embargo, la Sentencia del TSJ de Baleares de 20 de julio de 1998, se pronuncia en sentido favorable a la relación laboral de alta dirección, y así dice: "El Reglamento de Estructura, Organización y Funcionamiento de los Hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, aprobado por RD 521/1987, de 15 abril, cataloga el cargo de Director de Gestión y Servicios Generales como órgano de dirección del Hospital. Por lo tanto y tras la entrada en vigor de la Ley 31/1991, la provisión del mismo sólo podía verificarse lícitamente con sujeción al régimen laboral especial de alta dirección, pues así lo ordena con claridad absoluta la disposición final séptima repetida. El mandato legal es rotundo e inequívoco y de ahí que no se entienda cómo cabe sostener -y prosperar judicialmente- la tesis de que el contrato de personal de alta dirección celebrado entre los litigantes con fecha de 8 de julio de 1993 en acatamiento de dicha norma adolece de fraude de ley por corresponder la realidad material de las funciones encomendadas al actor y desarrolladas por éste al contenido obligatorio propio de una relación laboral común, siendo así que no se cuestiona que esas funciones coinciden con las asignadas de modo específico a dicho cargo. Las leyes sólo se derogan por otras leyes (art. 2.1 del Código Civil) y frente a sus preceptos no puede prevalecer, como debiera ser patente (art. 1.6 CC), la doctrina jurisprudencial fijada acerca de las notas que caracterizan la relación laboral especial de alta dirección; y ello dando por supuesto que no concurrieran realmente en el caso del actor, pues, si bien el Director Gerente aparece como la máxima autoridad dentro del Hospital en cuanto concierne a los aspectos organizativos y de funcionamiento, no cabe desconocer tampoco que el art. 17 del Reglamento de 15 abril 1987 estatuye una Comisión de Dirección, que configura como órgano colegiado de Dirección del Hospital, de la que forman parte los Directores de las distintas divisiones y, entre ellos, el de Gestión y Servicios Generales".

podrá solicitar el reingreso en cualquier otra. A estos efectos, tendrán consideración de vacantes las plazas básicas de la categoría desempeñadas por personal temporal".

3.6 Situaciones y ceses:

3.6 1. Situaciones.- Regula las situaciones administrativas en forma similar al resto de la función pública. El personal al servicio del Sistema Nacional de Salud podrá encontrarse en cualquiera de las situaciones siguientes:

- a) Servicio activo.
- b) Servicios especiales.
- c) Servicios bajo otro régimen jurídico.
- d) Excedencia por servicios en el sector público.
- e) Excedencia voluntaria.
- f) Suspensión de funciones.

3.6.1.1 Situación en activo: El personal estatutario se hallará en servicio activo cuando preste los servicios correspondientes a su nombramiento como tal, cualquiera que sea el servicio de salud, institución o centro en el que se encuentre destinado, así como cuando desempeñe puesto de trabajo de las relaciones de puestos de las Administraciones públicas abierto al personal estatutario.

3.6.1.2 Servicios Especiales: El personal estatutario será declarado en situación de servicios especiales en los supuestos establecidos con carácter general para los funcionarios públicos, así como cuando acceda a plaza de formación sanitaria especializada mediante residencia o a puesto directivo de las organizaciones internacionales, de las Administraciones públicas, de los servicios de salud o de instituciones o centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud.

Quien se encuentre en la situación de servicios especiales, por las causas indicadas, tendrá derecho al cómputo de tiempo a efectos de antigüedad y carrera, en su caso, al percibo de trienios y a la reserva de la plaza de origen.

También será declarado en situación de servicios especiales el personal estatutario que sea autorizado por la Administración pública competente, por periodos superiores a seis meses, para prestar servicios o colaborar con organizaciones no gubernamentales que desarrollen programas de cooperación, o para cumplir misiones en programas de cooperación nacional o internacional. En este caso, tendrá derecho al cómputo de tiempo a efectos de antigüedad y a la reserva de la plaza de origen.

3.6.1.3 Servicios bajo otro régimen jurídico: Pasarán a la situación de servicios bajo otro régimen jurídico quienes acepten la oferta de cambio de su relación de empleo que efectúen los servicios de salud al personal estatutario

fijo, para prestar servicios en un centro cuya gestión sea asumida bien por una entidad creada o participada en un mínimo de la mitad de su capital por el propio servicio de salud o comunidad autónoma, bien por otras entidades surgidas al amparo de nuevas fórmulas de gestión promovidas por el servicio de salud o comunidad autónoma y creadas al amparo de la normativa que las regule.

El personal en situación de servicios bajo otro régimen jurídico tendrá derecho al cómputo de tiempo a efectos de antigüedad.

Al efecto de fomentar la integración del personal en las denominadas nuevas formas de gestión, durante los tres primeros años se ostentará derecho para la reincorporación al servicio activo en la misma categoría y área de salud de origen o, si ello no fuera posible, en áreas limítrofes con aquélla.²²

3.6.1.4. Excedencia por prestar servicios en el sector público:

Procederá declarar al personal estatutario en esta situación:

a) Cuando presten servicios en otra categoría de personal estatutario, como funcionario o como personal laboral, en cualquiera de las Administraciones públicas, salvo que hubiera obtenido la oportuna autorización de compatibilidad.

b) Cuando presten servicios en organismos públicos y no les corresponda quedar en otra situación.

El personal que se encuentre en esta situación no devengará retribuciones, y el tiempo de permanencia en esta situación les será reconocido a efectos de trienios y carrera profesional.

3.6.1.5. Excedencia voluntaria:

La situación de excedencia voluntaria se declarará de oficio o a solicitud del interesado:

a) Podrá concederse la excedencia voluntaria al personal estatutario cuando lo solicite por interés particular.

Para obtener el pase a esta situación será preciso haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Ad-

ministraciones públicas durante los cinco años inmediatamente anteriores.

b) Se concederá la excedencia voluntaria por agrupación familiar al personal estatutario que así lo solicite y cuyo cónyuge resida en otra localidad fuera del ámbito del nombramiento del interesado, por haber obtenido y estar desempeñando plaza con carácter fijo como personal del Sistema Nacional de Salud, como funcionario de carrera o personal laboral de cualquier Administración pública.

c) Procederá declarar de oficio en excedencia voluntaria al personal estatutario cuando, finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de activo, incumplan la obligación de solicitar el reingreso.

En los supuestos previstos en los párrafos a) y c), el tiempo mínimo de permanencia en la situación de excedencia voluntaria será de dos años.

3.6.1.6. Suspensión de funciones:

El personal declarado en la situación de suspensión firme quedará privado durante el tiempo de permanencia en la misma del ejercicio de sus funciones y de todos los derechos inherentes a su condición.

La suspensión firme determinará la pérdida del puesto de trabajo cuando exceda de seis meses.

3.6.1.7. Situaciones Especiales: Aún cuando la Ley 55/2003 no hace referencia a ella, y el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social así como el Estatuto Personal Sanitario no Facultativo han sido derogados, entendemos que debe considerarse vigente, aun cuando su situación lo sea a extinguir, debido a la pervivencia en la actualidad de este tipo de personal, las denominadas situaciones especiales de los Médicos Titulares de los Servicios Sanitarios Locales y de los Practicante-Ayudantes Técnicos Sanitarios y Matronas titulares de Servicios Sanitarios Locales.

3.6.2. Cese.- El personal estatutario podrá cesar en el desempeño de la plaza que ocupe, por:

- a) La renuncia.
- b) La pérdida de la nacionalidad tomada en consideración para el nombramiento.
- c) La sanción disciplinaria firme de separación del servicio.
- d) La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta y, en su caso, la especial para empleo o cargo público o para el ejercicio de la correspondiente profesión.
- e) La jubilación.

²² Real Decreto 29/2000, de 14 enero (BOE 25 enero 2000, núm. 21/2000) Instituto Nacional de la Salud, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 15/1997, de 25 de abril (RCL 1997/1021), sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que crea las fundaciones públicas sanitarias.

f) La incapacidad permanente, en los términos previstos en la ley.

La jubilación puede ser forzosa o voluntaria. La jubilación forzosa se declara al cumplir el interesado la edad de 65 años. No obstante, se podrá solicitar voluntariamente prolongar la permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Sin embargo, esta prolongación se supedita a autorización por el Servicio de Salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos.

También procede la prórroga en el servicio activo, a instancia del interesado, cuando, en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa, le resten seis años o menos de cotización para causar pensión de jubilación.

3.6.3 Recuperación de la condición de personal estatutario fijo.

En el caso de pérdida de la condición de personal estatutario como consecuencia de pérdida de la nacionalidad, el interesado podrá recuperar dicha condición si acredita la desaparición de la causa que la motivó.

Procede la recuperación de la condición de personal estatutario cuando se hubiera perdido como consecuencia de incapacidad, si ésta es revisada.

Si la revisión se produce dentro de los dos años siguientes a la fecha de la declaración de incapacidad, el interesado tiene derecho a incorporarse a plaza de la misma categoría y área de salud en que prestaba sus servicios.

3.7 Retribuciones.-

El Estatuto establece un sistema retributivo, basado en el previsto para los funcionarios públicos en la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, pretende responder a los principios de cualificación técnica y profesional, con un modelo común en relación con las retribuciones básicas y una orientación de las retribuciones complementarias, de libre regulación por cada servicio de salud, a la motivación del personal, a la incentivación de la actividad y la calidad del servicio, a la dedicación y a la consecución de los objetivos planificados. Asimismo, la previsión establecida en el Título III de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, al establecer en sus artículos 38 a 39, mecanismos para el reconocimiento del desarrollo profesional de los profesionales sanitarios puede traducir-

se en la introducción para el personal estatutario de determinados complementos salariales en función de grado de desarrollo reconocido²³.

El sistema se estructura en retribuciones básicas y complementarias, a similitud del régimen hasta ahora vigente, establecido en el Real Decreto Ley 3/1987, de 11 de septiembre.

Las retribuciones básicas son: a) El sueldo asignado a cada categoría. b) Los trienios, que consisten en una cantidad determinada para cada categoría, por cada tres años de servicios y. c) Las pagas extraordinarias serán dos al año y se devengarán preferentemente en los meses de junio y diciembre. El importe de cada una de ellas será, como mínimo, de una mensualidad del sueldo y trienios, al que se añadirá la catorceava parte del importe anual del complemento de destino.

Además de las anteriores, el personal estatutario también tiene derecho a las dietas y suplidos que como consecuencia de sus funciones se vean obligados a desembolsar. Así, el Tribunal Supremo²⁴, en reiterada jurisprudencia, ha reconocido su derecho a ser indemnizados por los Servicios de Salud de los gastos que les generen la obligatoriedad de la colegiación en los Colegios Profesionales respectivos (de Médicos, Enfermería, etc).

Por lo que se refiere a las retribuciones básicas y las cuantías del sueldo y los trienios serán iguales en todos los Servicios de Salud.

Las retribuciones complementarias son: fijas o variables, y van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados, determinándose sus conceptos, cuantías y los criterios para su atribución en el ámbito de cada Servicio de Salud.

En cuanto a las retribuciones complementarias destaca, por un lado, su carácter de *numerus apertus*, pues al regularlas la ley habla de “podrán ser”, no “deberán ser”, y por otra parte, la introducción de un complemento nuevo cual es el de carrera profesional, ya apuntado en recientes disposiciones, como son la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

²³

En este sentido, puede citarse el Decreto de la Xunta de Galicia 55/2005, de 9 de junio (DOGA de 13 de junio de 2005).

²⁴

Sentencias de 18 de julio de 2002 y de 28 de abril de 2004, entre otras muchas.

El estatuto define como complementos retributivos los siguientes:

a) Complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que se desempeña, que se abonará en 14 pagas.

b) Complemento específico, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. Añade la Ley que en ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto por una misma circunstancia, lo que supone una matización sobre la situación anterior, a efectos de permitir la incidencia de distintos conceptos de complemento específico en un mismo puesto de trabajo, siempre que respondan a diferentes conceptos (compatibilidad, realización de una jornada diferente ...).

c) Complemento de productividad, destinado a retribuir el especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto, así como su participación en programas o actuaciones concretas y la contribución del personal a la consecución de los objetivos programados, previa evaluación de los resultados conseguidos.

d) Complemento de atención continuada, destinado a remunerar al personal para atender a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada.

e) Complemento de carrera, destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría.

Contiene una referencia al personal temporal, del que dice que percibirá la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias que correspondan a su nombramiento, con excepción de los trienios. Así como a los aspirantes en prácticas que, como mínimo, percibirán las retribuciones básicas, excluidos trienios, del grupo al que aspiren a ingresar.

Con carácter transitorio, supeditado a la regulación propia de cada Servicio de Salud, mantiene el sistema retributivo del personal estatutario de la Seguridad Social regulado por el Real Decreto Ley 3/1987²⁵ de 11 de sep-

tiembre, que tenía como principal objetivo adaptar a este tipo de personal las normas introducidas para la generalidad de los funcionarios por la Ley de Medidas de la Función Pública de 2 de agosto de 1984.

Considera SALA FRANCO²⁶ que la estructura retributiva del personal estatutario se encuentra sometida a una reserva de ley y, por ello, parece excluirse cualquier tipo de intervención reglamentaria que la altere, y, por ende, la suscripción o vigencia de pactos o acuerdos celebrados entre la Administración y las Centrales sindicales tampoco podrán alterar esta estructura ni los límites máximos fijados en la Ley de Presupuestos. Según este autor, éstos pactos sólo obligarían a la Administración a presentar un proyecto de ley en tal sentido, obligación que de incumplirse no podría generar una responsabilidad jurídica²⁷.

Según esta disposición, las retribuciones del personal estatutario son: básicas y complementarias.

3.7.1 Son retribuciones básicas:

a) El sueldo, que será igual para todo el personal de cada uno de los grupos de clasificación a que se refiere el artículo 3.º del Real Decreto-ley.

b) Los trienios, consistentes en una cantidad igual para cada uno de los grupos de clasificación, por cada tres años de servicios²⁸. Estos servicios deben haberse prestado

esta materia que es vinculante para el desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas”.

²⁶ SALA FRANCO, T.: "Régimen Retributivo del Personal Estatutario de la Seguridad Social" en *Actualidad Laboral* n.º 4/23-29 enero 1995, pág. 67 a 72.

²⁷ Este criterio ha sido compartido por el TSJ de Canarias en su Sentencia de 27 de febrero de 1996 (Recurso 497/95)

²⁸ No le corresponde este concepto al personal interino pues como señala la STS (Sala 4.ª) de 30-12-1994: "El tema de debate ha sido abordado y resuelto por esta Sala en Sentencias de 11 y 15 de julio de 1994 (RJ 1994/6549 y RJ 1994/6669), en el sentido de que el personal interino de referencia, al servicio del INSALUD en iguales términos que los demandantes y, más concretamente, que los ahora recurrentes, carecen del premio de antigüedad en tanto permanezcan en la situación de interinidad. Las expresadas sentencias de la Sala resolvieron sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, en los que fue invocada como contradictoria la misma sentencia que en el presente recurso, y en los que asimismo fue alegada igual infracción normativa. Es ocioso reiterar la extensa argumentación que se contiene en ambas resoluciones, siendo suficiente la explícita remisión a ellas.

Es oportuno, en todo caso, señalar con dichas sentencias que la relación jurídica del personal estatutario de la Seguridad Social, condición propia de los demandantes y reiteradamente atribuida a los mismos por las partes litigantes, es de naturaleza muy próxima a la relación administrativa de los Funcionarios Públicos, y que <<si el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 3/1987, reproduce en esencia el mandato contenido en el artículo 23.1 de la Ley 30/1984, si dentro del área de acción de este artículo 23.1 los interinos no tienen derecho a cobrar trienios, y si

²⁵ El Tribunal Supremo en sentencia de 22 de noviembre de 1994 ha destacado el carácter de norma básica que corresponde al R.D.L. 3/1987, al señalar que "En las Sentencias de 14 abril y 20 junio 1994 se establece en síntesis que: 1.º) La estructura de las retribuciones del personal estatutario al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social que regula el art. 2 del Real Decreto-ley 3/1987), con carácter de «numerus clausus», constituye una ordenación básica en

en Instituciones Sanitarias directamente dependientes de las Entidades Gestoras²⁹.

c) Las pagas extraordinarias, que serán dos al año por un importe mínimo, cada una de ellas, de una mensualidad de sueldo y trienios³⁰, se devengarán en los meses de junio y diciembre.

3.7.2 Son retribuciones complementarias:

a) El complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que se desempeña.

además resulta que el artículo 1.5 de esta Ley 30/1984 impone la aplicación subsidiaria de sus preceptos al personal estatutario de la Seguridad Social, la consecuencia que se deduce de todo esto es clara e indiscutible: el personal estatutario de carácter interino de la Seguridad Social tampoco tiene derecho a percibir trienios o complementos de antigüedad>>. Tal conclusión se reafirma al advertir que el propio Real Decreto-ley 3/1997 reitera estos criterios, pues su Disposición Transitoria 2.ª.2, que se refiere al pago de trienios, los reconoce tan sólo a quienes tengan la condición de personal fijo. No existe, pues, ninguna infracción del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, en materia de retribuciones, aparte el hecho de que las sentencias del Tribunal Constitucional invocadas al efecto no contemplan una relación <<inter partes>> de carácter estatutario o de carácter funcionarial. Por último, se ha aplicado la normativa legal vigente, por lo que la alegación de supuesta infracción de norma constitucional supone implícita referencia a una cuestión de inconstitucionalidad, cuyo planteamiento ni ha sido pedido ni es estimado procedente por la Sala.

29 Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 3 de junio de 1994, considera que no son computables los servicios prestados como médico en la Fundación Jiménez Díaz a los efectos de antigüedad.

30 De acuerdo con la Jurisprudencia del T.S. no cabe incluir el promedio de complemento específico en las pagas extraordinarias. Así, entre otras, la STS de 2-7-1993 establece que: "Dice, en efecto, la Sentencia de 15 de febrero pasado que el art. 35 del Estatuto del Personal Médico de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, que regula las gratificaciones extraordinarias, disponiendo que el importe de cada una de las dos que establece será la medida mensual de la remuneración devengada en los respectivos seis meses anteriores a su vencimiento, <<se inserta en un sistema retributivo, comprensivo de modalidades diversas, que ha sido sustituido por el informe que instaría el Real Decreto Ley 3/1987, de 11 de septiembre, con el que anticipándose a la reforma que al respecto había de introducir el Estatuto Marco que anunciaba la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986/1316), se pretende regularizar las retribuciones del personal que presta servicios en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social marcando tendencia hacia su homogeneidad con las que rigen para los funcionarios públicos>>. Continúa diciendo que el nuevo sistema retributivo que consagra el mencionado Decreto Ley 3/1987 contiene expresa previsión de las pagas extraordinarias, que fija en dos, a devengar en junio y diciembre, determinando que el importe mínimo de cada una de ellas será de una mensualidad del sueldo y trienios. <<Contrasta esta disciplina con la que establecía el art. 35 del citado Estatuto, pues mientras que la garantía que ahora se consagra sólo incluye los componentes retributivos antes indicados, la que derivaba de la regulación anterior era de más amplio espectro, al venir determinada por la media mensual de la remuneración correspondiente a seis meses anteriores>>. Y concluye por ello que la promulgación y entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/1987, determinó la derogación del art. 35 del Estatuto aprobado por el Real Decreto 3160/1966, pues así resulta de lo establecido por el art. 2.2 del Código Civil. No es posible en consecuencia la repercusión de los complementos de que se trata en la cuantificación de las pagas extraordinarias.

El desempeño continuado de un determinado puesto de trabajo no da derecho a la consolidación del grado correspondiente al nivel del complemento de destino³¹.

b) El complemento específico, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo.

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social introdujo una modificación sustancial, al cambiar la naturaleza jurídica de este concepto retributivo, que pasa a ser de carácter personal en lo que a los facultativos se refiere y permitir, consecuentemente, su renuncia, lo que posibilita la compatibilidad con el ejercicio de una actividad privada.

c) El complemento de productividad, destinado a la remuneración del especial rendimiento, el interés o la iniciativa del titular del puesto así como su participación en programas o actuaciones concretas. La determinación individual de su cuantía se efectuará dentro de las dotaciones presupuestarias previamente acordadas y de conformidad con la normativa vigente.

31 En este sentido la sentencia del TSJ de Andalucía (se de Granada), de 18 de noviembre de 1998, que dice: - La cuestión objeto del presente recurso se circunscribe a determinar si al personal no sanitario de naturaleza estatutaria del SAS le es aplicable, con carácter supletorio, el art. 22 de la Ley 6/1985, de 28 noviembre de la Función Pública de la Junta de Andalucía en relación con el art. 21.1, d) de la Ley 30/1984, de 2 agosto de medidas para la reforma de la Función Pública, preceptos estos que admiten la consolidación de un nivel retributivo superior cuando se desempeñan funciones de mayor categoría y nivel profesional durante dos años consecutivos o tres años con interrupción. La cuestión así planteada ha de ser resuelta en sentido negativo, ya que el RD Ley 3/1987, de 11 septiembre vino a establecer un nuevo modelo retributivo para el Personal Estatutario de las Instituciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, no regulándose en dicha Norma la posibilidad pretendida por el actor de que los llamados niveles en los que se desarrolla el complemento de destino puedan ser equiparados al grado personal y sean consolidables por el desempeño de funciones diferentes, indeterminación legal que no supone un vacío normativo susceptible de ser llenado acudiendo a otras disposiciones normativas estatales o autonómicas aplicables a otros colectivos en las que sí se incluya dicha posibilidad, ya que esta misma Sala tiene declarado en su Sentencia de 17 marzo 1997, siguiendo el criterio mantenido por la Audiencia Nacional en las Sentencias de 21 enero 1991 y 22 mayo 1991 dictadas en sendos recursos sobre Conflicto Colectivo, que el art. 3 del citado RD Ley 3/1987 debe interpretarse con su disp. adic., en el sentido literal de sus palabras, cuyo tenor es claro y terminante en cuanto incluye únicamente a efectos del percibo de las retribuciones que en tal disposición se establecen, en los cinco grupos de que constan, a las distintas personas que prestan servicios en régimen estatutario, norma que no confiere derecho alguno a la consolidación de los Niveles que se pretende por el actor y que desde la fecha de su publicación es la única aplicable en materia retributiva al personal estatutario de la Seguridad Social, por lo que no es factible acudir a otras disposiciones...

En todo caso, las cantidades que perciba cada persona por este concepto serán de conocimiento público del personal de las Instituciones Sanitarias donde preste servicio, así como de los representantes sindicales.

d) El complemento de atención continuada, destinado a la remuneración del personal para atender a los usuarios de los Servicios de Salud de manera continuada incluso fuera de la jornada establecida.

El personal estatutario percibirá, en su caso, las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio y por residencia, así como la ayuda familiar.

A los efectos del percibo de las retribuciones básicas que se establecen en el Real Decreto-ley, las diversas categorías del personal estatutario se clasificarán de acuerdo con la titulación académica exigida para el ingreso en ellas, en los siguientes grupos (clasificación que deberá adaptarse a la establecida en los artículos 6.2 y 7.2 de la Ley 55/2003):

Grupo A: Título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.

Grupo B: Título de Ingeniero Técnico, Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico, Formación Profesional de tercer grado o equivalente.

Grupo C: Título de Bachiller Superior, Formación Profesional de segundo grado o equivalente.

Grupo D: Título de Graduado Escolar, Formación Profesional de primer grado o equivalente.

Grupo E: Certificado de Escolaridad.

La realización de trabajos de categoría superior no generará un derecho a percibir la diferencia retributiva³².

³² Así la STS d 6-2-1995 (Sala 4.ª) establece que hay que tener en cuenta que este artículo 23.3 se enmarca en el ámbito de la materia retributiva, pues en él se establece el reconocimiento del derecho de un trabajador a percibir las remuneraciones propias de una categoría superior a la suya, cuyas funciones haya venido desempeñando; y la materia retributiva del personal, estatutario de la Seguridad Social en la actualidad se encuentra regulada, fundamentalmente, por el Real Decreto-ley 3/1987, de 11 de septiembre, que a su vez reproduce lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la referida Ley 30/1984. Pues bien, la esencia, contenido y pauta configuradora de las normas que se recogen en este real Decreto-ley, y también en estos artículos 23 y 24 de la Ley 30/1984, no se compaginan ni acomodan con lo que prescribe el artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores, pues los fundamentos y principios inspiradores de unos y otros son claramente distintos. Así resulta que este artículo 23.3 de esa Ley laboral parte de remuneraciones diferentes para las distintas categorías profesionales, y, como se ha dicho, reconoce el derecho a cobrar los emolumentos correspondientes a una categoría superior a la del interesado, en razón a haber desempeñado las funciones propias de la misma; en cambio el artículo 2 del Real Decreto-ley mencionado y el

3.7.3 Subsistencia del antiguo sistema de retribuciones por cupo: Sin perjuicio de lo anterior, se ha respetado el antiguo sistema de retribuciones al personal sanitario denominado de cupo y zona que perciben sus retribuciones en función del número de pacientes de la seguridad social que tienen asignados en su cupo. Esta especial modalidad retributiva consiste en el abono de una cantidad fija mensual para cada titular o beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria que tenga asignado cada facultativo. Este sistema tan solo garantiza el cobro de la percepciones correspondientes a los titulares o beneficiarios que en cada momento tengan en médico de que se trate; sin que éste pueda exigir normalmente, ni que se le otorgue un número mínimo de beneficiarios, ni que, aun cuando los tenga asignados no alcancen tal número, que sus retribuciones sean las correspondientes a un tipo mínimo³³.

artículo 23 de la Ley 30/1984 estructuran unos sistemas retributivos en los que no se tienen en cuenta, en lo fundamental, las categorías profesionales. Además, según estas últimas normas, las retribuciones básicas se asignan a cada empleado o funcionario según el grupo de clasificación a que el mismo pertenece, teniendo un carácter específicamente personal, por lo que nadie puede cobrar un sueldo y unos trienios que no sean los propios de su grupo de clasificación, con lo que se cierra el paso a la aplicación del debatido artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores; destacándose que no es lo mismo grupo de clasificación que categoría profesional, y que además, en cualquier caso, esos preceptos impiden la percepción de haberes básicos superiores a los propios del Grupo de clasificación reconocido al interesado. Por otro lado, las retribuciones complementarias del artículo 2.3 del Real Decreto-ley 3/1987 y del artículo 23.3 de la Ley 30/1984 tampoco se determinan con relación a la categoría profesional del funcionario, sino en función del puesto de trabajo. A este respecto conviene recordar que una de las mayores novedades contenidas en la Ley 30/1984 es, precisamente, la potenciación en la Administración pública española del sistema de empleo, frente al sistema de carrera que regía en plenitud antes de esa Ley, y dicho sistema de empleo implica una prevalencia del puesto de trabajo, sobre el Cuerpo o la Categoría del funcionario; y así el artículo 15.1 de la misma dispone que <<los puestos de trabajo serán de adscripción indistinta para todos los funcionarios comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley>>. Por ello, aunque las funciones desempeñadas generalmente tienen relación con el puesto de trabajo que el interesado tiene asignado, lo importante a efectos retributivos es ese puesto, no el hecho de que las funciones que en él se llevan a cabo sean coincidentes o no con las que definen a una categoría superior en las normas correspondientes. A lo que se añade que, entre estas retribuciones complementarias, sólo el complemento de destino tienen relación exclusiva con el puesto de trabajo, dado que en los complementos específico y de productividad, aunque en ellos incide el puesto ocupado, también influyen otras circunstancias personales del interesado, como es en el complemento específico el trabajo en régimen de incompatibilidad y en el complemento de productividad el mayor o menor rendimiento.

Todo lo expuesto pone en evidencia que el artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores no tiene cabida en el ámbito normativo del personal estatutario de la Seguridad Social; como tampoco lo tiene en el de los funcionarios públicos. Es claro, pues, que el actor no tiene derecho a cobrar las diferencias salariales que reclama en su demanda.

³³ Sin embargo, este criterio ha sido matizado por la Jurisprudencia y así, por ejemplo, la Sentencia de 11 de abril de 1994 del TSJ de Andalucía, con sede en Málaga, establece que: "Así pues, en un principio, la

3.8 Carrera Profesional. Largamente demandada por las organizaciones sindicales con implantación en el sector, establece los principios generales de la regulación de la carrera profesional.

Se somete la regulación de la carrera a nivel de Comunidad Autónoma a la previa negociación en la mesa general o sectorial correspondiente, mediante el establecimiento de mecanismos de carrera profesional de acuerdo con lo establecido con carácter general en las normas aplicables al personal del resto de sus servicios públicos.

La carrera profesional supondrá el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos fijados. Dentro de la carrera, ocupa un lugar destacado la repercusión económica que para los profesionales de la sanidad ha de suponer el alcanzar los distintos niveles superiores, prevista dentro del esquema de retribuciones complementarias y cuya concreción material corresponde a cada Servicio de Salud mediante el respectivo desarrollo reglamentario.

Los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera, serán establecidos por la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados de la carrera, sus efectos profesionales y la libre circulación de los profesionales en el conjunto del Sistema, sin perjuicio de su acomodación y adaptación a las condiciones y características del respectivo Servicio de Salud o de cada uno de sus centros.

3.9.- Jornada de Trabajo.-

3.9.1. Tiempo máximo de trabajo.- La regulación del Estatuto acerca de la Jornada de Trabajo destaca el carácter básico de la norma, en el sentido de fijar la jornada

regla que rige en esta materia es que los mencionados médicos de la Seguridad Social no pueden exigir la asignación de un número determinado de beneficiarios a los efectos de integrar su cupo. Las Sentencias posteriores del mismo Tribunal matizaron la doctrina, añadiendo que la cuestión varía una vez que la adscripción de titulares a un médico determinado se ha llevado a cabo, pues esta asignación no puede alterarse ni modificarse, a no ser que concurran unas específicas circunstancias, tal como con toda claridad ordena el núm. 5 del art. 112 de la aludida Ley General de la Seguridad Social. Según este precepto los únicos supuestos en los que se puede variar la asignación de los titulares ya hecha, son los siguientes: a) que el titular beneficiario pida voluntariamente el cambio de médico; b) que el médico sea trasladado de zona o de circunscripción territorial; o c) que el facultativo tenga asignado un número de beneficiarios que sobrepase el cupo máximo correspondiente a su plaza, en cuyo caso, según se desprende de lo que expresan los arts. 112.5 en relación con el 111.4 de la citada Ley, la Entidad Gestora tiene plenas facultades par reducir aquel número hasta quedar comprendido en dicho cupo máximo".

máxima común, un techo, que no podrá ser superado, para todos los Servicios de Salud en esta materia, frente a la que con carácter exhaustivo realiza en materias tales como el régimen disciplinario del personal. Quizás en esta cuestión, al efecto de no interferir en el derecho de autorregulación que es propio de las CC.AA, lo que hipotecaría el modelo a desarrollar por cada una de ellas, el legislador estatal ha optado por establecer una regulación de máximos, trasladando a la Ley lo que en materia de jornada máxima ha establecido la Directiva 93/104 CEE, que no olvidemos, tiene por objeto la protección de la seguridad y salud de los trabajadores y es de aplicación al personal estatutario del Sistema Nacional de Salud³⁴, como se ha cuidado en señalar el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su celebre sentencia de 3 de octubre de 2000, recaída en la el recurso C-303/98, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por la Sala de los Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Destacan las definiciones de:

³⁴ Ver Sentencia Tribunal Superior de Justicia Galicia (Sala de lo Social), de 6 noviembre 2001 (Proceso núm. 5/2001), que dice: "... partiendo de lo establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a medio de Auto de fecha 3 de julio de 2001, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por este Tribunal por Auto de 14-6-1999, en el procedimiento 3/1999, considera que la actividad del personal médico antedicho que presta servicios por cuenta del Servicio Galego da Saúde en el ámbito de la Atención Especializada, está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/104/CEE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en cuyo preámbulo se hace una invocación al artículo 118 del Tratado (LCEur 1986\8), en el que se prevé que, a través de Directivas, el Consejo establezca las condiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo, así como a la Directiva 89/391/CE (LCEur 1989\854) dirigida a la aplicación de medidas que promuevan la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, para afirmar que las disposiciones de tal Directiva son de aplicación en el ámbito de la 93/104, sin perjuicio de las disposiciones más rigurosas y/o específicas que ésta contenga sin soslayar que el propio Auto del Tribunal Comunitario determina que el tiempo de atención continuada en régimen de presencia física del personal en cuestión debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104, y que, en atención a la misma resolución del TJCE, es de considerar que la actividad del personal facultad de referencia no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de las excepciones o Actuaciones previstas en el artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y aún cuando admite aquella resolución, que pueda estar comprendida en las excepciones previstas en el artículo 17 de la Directiva 93/104, en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos por dicha disposición, como quiera que el artículo 6 de la citada disposición comunitaria, asevera que «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección, de seguridad y de la salud de los trabajadores: ... 2) la duración media del trabajo no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las horas extraordinarias por cada período de siete días», tal declaración constituye, como ya se estableció en la resolución de 10-9-2001 por este propio Tribunal, un «mínimum» asegurado en pro de los intereses de los trabajadores...”

a) Centro sanitario: los centros e instituciones a los que se refiere el artículo 29 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

b) Personal: los que, siendo personal estatutario, prestan servicios en un centro sanitario.

c) Tiempo de trabajo: el período en el que el personal permanece en el centro sanitario, a disposición del mismo y en ejercicio efectivo de su actividad y funciones.

d) Período de localización: período de tiempo en el que el personal se encuentra en situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata para la prestación de un trabajo o servicio efectivo.

e) Período de descanso: todo período de tiempo que no sea tiempo de trabajo.

f) Período nocturno: el período nocturno se definirá en las normas, pactos o acuerdos que sean aplicables. Tendrá una duración mínima de siete horas e incluirá necesariamente el período comprendido entre las cero y las cinco horas de cada día. En ausencia de definición, se considerará período nocturno el comprendido entre las 23 horas y las seis horas del día siguiente.

g) Personal nocturno: el que realice normalmente, durante el período nocturno, una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario. Asimismo, tendrá la consideración de personal nocturno el que pueda realizar durante el período nocturno un tercio de su tiempo de trabajo anual.

h) Trabajo por turnos: toda forma de organización del trabajo en equipo por la que el personal ocupe sucesivamente las mismas plazas con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio.

i) Personal por turnos: el personal cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos.

j) Programación funcional del centro: las instrucciones que, en uso de su capacidad de organización y de dirección, se establezcan por la gerencia o la dirección del centro sanitario en orden a articular la actividad.

La jornada de trabajo³⁵ puede ser ordinaria y complementaria. La jornada ordinaria de trabajo, se determinará en las normas, pactos o acuerdos, mientras que la jornada complementaria es aquella que se establece cuando

se trate de la prestación de servicios de atención continuada y con el fin de garantizar la adecuada atención permanente al usuario de los centros sanitarios, a través de la programación funcional del correspondiente centro.

Este tipo de jornada sólo será de aplicación al personal de las categorías que con anterioridad a la entrada en vigor de la ley venían realizando una cobertura de la atención continuada mediante la realización de guardias, así como para el personal de aquellas otras categorías que se determinen previa negociación.

La duración máxima conjunta de los tiempos de trabajo correspondientes a la jornada complementaria y a la jornada ordinaria será de 48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo se establezca otro cómputo.³⁶ Sin embargo, no serán tomados en consideración para la indicada duración máxima los períodos de localización, salvo que el interesado sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo, caso en que se computará como jornada tanto la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamiento.

La jornada complementaria no tendrá la condición ni el tratamiento establecido para las horas extraordinarias.

En determinados supuestos podrá determinarse un régimen de jornada especial. Así, siempre que existan razones organizativas o asistenciales que así lo justifiquen, podrá superarse la duración máxima conjunta de la jornada ordinaria y la jornada complementaria cuando el personal manifieste, por escrito, individualizada y libremente, su consentimiento en ello. Se establece un límite máximo de 150 horas al año.

En cualquier caso, siempre que la duración de una jornada exceda de seis horas continuadas, deberá estable-

³⁵ Ver artículo sobre la Directiva 93/104 CEE, en *Revista de Derecho Sanitario*, febrero/marzo 2001, autores Flavio López, Roberto Pérez y Néstor Valcárcel.

³⁶ Ténganse en cuenta las Directivas 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y fundamentalmente la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1983, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en cuanto limita la duración de la jornada semanal a un máximo de 48 horas, en las que se incluyen las guardias de presencia física. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 2000, órgano judicial garante del cumplimiento de la legislación de la Unión Europea por todos los Estados miembros, ha estimado que son de aplicación estas Directivas al personal estatutario. Esta sentencia, tiene su origen en una demanda formulada ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en materia de Conflicto Colectivo, por el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública, que dio lugar a una cuestión prejudicial planteada al amparo de lo dispuesto en el artículo 177 (actual artículo 234) del Tratado CE.

cerse un período de descanso, comúnmente denominado pausa en el trabajo, durante la misma de duración no inferior a 15 minutos.

3.9.2. Jornada y descanso diarios: El tiempo de trabajo correspondiente a la jornada ordinaria no excederá de 12 horas ininterrumpidas. No obstante, mediante la programación funcional de los centros se podrán establecer jornadas de hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias, con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales.

Asimismo, el personal tendrá derecho a un período mínimo de descanso ininterrumpido de 12 horas entre el fin de una jornada y el comienzo de la siguiente.

Sin perjuicio de lo anterior, el descanso entre jornadas de trabajo se reducirá, en los siguientes supuestos:

a) En el caso de trabajo a turnos, cuando el personal cambie de equipo y no pueda disfrutar del período de descanso.

b) Cuando se sucedan, en un intervalo inferior a 12 horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o, en su caso, jornada especial.

Será de aplicación el régimen de compensación.

3.9.3. Descanso semanal: El Descanso semanal consiste en un período mínimo de descanso ininterrumpido con una duración media de 24 horas semanales, período que se incrementará con el mínimo de descanso diario previsto de doce horas correspondientes a la finalización de una jornada y el inicio de la siguiente. El período de referencia para su cálculo es de dos meses.

3.9.4. Vacaciones anuales: El personal estatuario tiene derecho a una vacación retribuida cuya duración no será inferior a 30 días naturales. Este período de vacación anual no puede ser sustituido por compensación económica, salvo el caso de finalización de la prestación de servicios.

3.10. Jornadas Parciales, Fiestas y Permisos.

3.10.1. Jornada de trabajo a tiempo parcial: Los nombramientos de personal estatuario, podrán expedirse para la prestación de servicios en jornada completa o para la prestación a dedicación parcial que, en cada caso se determine.

Cuando se trate de nombramientos de dedicación parcial, se indicará expresamente tal circunstancia en las correspondientes convocatorias de acceso o de movilidad.

3.10.2. Régimen de fiestas y permisos: El personal estatuario tendrá derecho a disfrutar del régimen de fiestas y permisos que se establezca en el ámbito de cada una de las Comunidades Autónomas.

Tendrá derecho a disfrutar del régimen de permisos establecido para los funcionarios públicos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

3.11. Incompatibilidades: Es de aplicación al personal estatuario el régimen de incompatibilidades establecido con carácter general para los funcionarios públicos.

Existen una serie de reglas específicas. Así, en el ámbito de cada Servicio de Salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario.

Por otra parte, la percepción de pensión de jubilación será compatible con la situación del personal emérito. Pero en estos casos, las retribuciones del personal emérito, sumadas a su pensión de jubilación, no podrán superar las retribuciones que el interesado percibía antes de su jubilación.

Resulta, pues, de aplicación lo previsto en la Ley 53/84 de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

A fin de evitar la laguna legal existente, en su momento, en los diferentes Estatutos, la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo una modificación en el régimen disciplinario del personal estatuario, que se mantiene en el actual Estatuto Marco, con la inclusión de un nuevo apartado dentro de las faltas graves, con la siguiente redacción:

«El incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad».

Asimismo, se incluye, como falta muy grave, un nuevo apartado, con la siguiente redacción:

«El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades».

3.12. Régimen disciplinario, Principios:

El régimen disciplinario responde a los principios de tipicidad, eficacia y proporcionalidad en todo el Sistema Nacional de Salud, y su procedimiento a los de inmedia-

tez, economía procesal y pleno respeto de los derechos y garantías correspondientes.

Los órganos competentes de cada Servicio de Salud ejercerán la potestad disciplinaria por las infracciones que cometa su personal estatutario, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial, civil o penal que pueda derivarse de tales infracciones.

Sólo podrán sancionarse las acciones u omisiones que, en el momento de producirse, constituyan infracción disciplinaria. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

Entre la infracción cometida y la sanción impuesta deberá existir la adecuada proporcionalidad.

Las faltas podrán ser calificadas como: leves, graves y muy graves. Por razón de las faltas cometidas podrán imponerse las siguientes sanciones:

a) Separación del servicio. Sólo se impondrá por la comisión de faltas muy graves. Durante los seis años siguientes a su ejecución, el interesado no podrá concurrir a las pruebas de selección para la obtención de la condición de personal estatutario fijo, ni prestar servicios como personal estatutario temporal. Durante este período, no podrá prestar servicios en ninguna Administración pública ni en los organismos públicos o en las entidades de derecho público dependientes o vinculadas a ellas ni en las entidades públicas sujetas a derecho privado y fundaciones sanitarias.

b) Traslado forzoso con cambio de localidad, sin derecho a indemnización y con prohibición temporal de participar en procedimientos de movilidad para reincorporarse a la localidad de procedencia hasta un máximo de cuatro años. Esta sanción sólo podrá imponerse como consecuencia de faltas muy graves.

c) Suspensión de funciones. Cuando esta sanción se imponga por faltas muy graves, no podrá superar los seis años ni será inferior a los dos años. Si se impusiera por faltas graves, no superará los dos años. Si la suspensión no supera los seis meses, el interesado no perderá su destino.

d) Traslado forzoso a otra institución o centro sin cambio de localidad, con prohibición temporal, hasta un máximo de dos años, de participar en procedimientos de movilidad para reincorporarse al centro de procedencia. Esta sanción sólo podrá imponerse como consecuencia de faltas graves.

e) Apercebimiento, que será siempre por escrito, y sólo se impondrá por faltas leves.

Las Comunidades Autónomas podrán establecer otras sanciones o sustituir las indicadas.

La determinación concreta de la sanción, se efectuará tomando en consideración el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, cuantificándolo en términos económicos cuando sea posible, y la reiteración o reincidencia.

Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los cuatro años, las impuestas por faltas graves a los dos años y a los seis meses las que correspondan a faltas leves.

3.13. Negociación colectiva: Foro Marco de Diálogo Social.

El ámbito de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo: derechos de participación en las condiciones de trabajo y de representación, se rigen por las normas vigentes en el ámbito de la función pública, y por tanto, sustancialmente, por lo previsto en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y de participación del personal al servicio de las Administraciones públicas modificada por la Ley 7/1990.

Destaca, en este ámbito, que la Ley prevé expresamente la existencia de mesas sectoriales de negociación, en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, para el sector sanitario público, impidiendo que sea la mesa general la que decida el establecimiento, en su caso, de la indicada mesa, como delegada de la general, lo que constituye una importante concesión a favor de los sindicatos con implantación específica en el ámbito sanitario.

Novedad de la Ley es la creación y regulación del denominado Foro Marco para el Diálogo Social, que se constituye con el objetivo de establecer un ámbito de diálogo e información de carácter laboral, y de promoción del desarrollo armónico de los recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud.

La existencia de este órgano ha sido ampliamente demandada por las centrales sindicales, como modo de favorecer la equiparación de los derechos del personal estatutario, independientemente del Servicio de Salud en el que desempeñe su función profesional.

En el Foro están representadas las organizaciones sindicales más representativas del sector sanitario, depende de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema

Nacional de Salud, a la que prestará apoyo y asesoramiento.

Debe ser informado de los acuerdos de las mesas sectoriales del sector sanitario, así como de los de las mesas generales que afecten a dicho sector. Y constituye un ámbito de negociación, para lo cual el Ministerio de Sanidad y Consumo debe convocar a las organizaciones sindicales representadas en el Foro Marco a fin de negociar los contenidos de la normativa básica relativa al personal estatutario, cuando tales contenidos se refieran a las materias previstas en el artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, es decir:

- a) El incremento de retribuciones que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado.
- b) La determinación y aplicación de las retribuciones.
- c) La preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público.
- d) La clasificación de puestos de trabajo.
- e) La determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento.

f) La determinación de las prestaciones y pensiones y, en general, todas aquellas materias que afecten, de algún modo a la mejora de las condiciones de vida del personal estatutario jubilado.

g) Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional.

h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.

i) Medidas sobre salud laboral.

j) Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la condición de personal estatutario, carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo cuya regulación exija norma con rango de Ley.

k) Las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de dicho personal y sus Organizaciones Sindicales con la Administración.

EPIDEMIAS Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población *

César Cierco Sieira

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad de Lleida

Presentación general: la protección de la salud colectiva frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios colectivos y la importancia de su estudio en nuestros días

La preocupación del Estado, en tanto que organización política de una sociedad, por la protección de la salud de su población surge desde el preciso instante en que se constata la existencia de amenazas sanitarias que el individuo, de manera aislada, con sus propios recursos, es incapaz de afrontar con éxito. Durante mucho tiempo, pues, la función pública de protección de la salud colectiva ha consistido justamente en aportar medios colectivos para combatir esas amenazas cuyo paradigma no era otro que el de las mortíferas epidemias causadas por las pestilencias exóticas como la peste, el cólera o la fiebre amarilla.

Esta función de protección de la salud de la colectividad continúa estando muy presente en nuestros días. Sin embargo, durante el siglo XX y, muy especialmente, en el transcurso de su segunda mitad, ha experimentado un cierto aletargamiento motivado, entre otras causas, por el protagonismo que iba adquiriendo la necesidad de construir un sistema sanitario tendente a socorrer al ciudadano y a ofrecerle asistencia médica frente a las enfermedades y afecciones que aquél padeciese de forma singular; algo que, hasta ese momento, se consideraba un problema particular, propio de cada persona y que cada uno debía

solventar por sí solo, sin el concurso del Estado, apoyado, a lo más, en caso de indigencia, por la beneficencia¹.

La atención a los problemas de salud individual adquirió, no obstante, a partir de la segunda mitad del pasado siglo —en plena efervescencia del llamado Estado del bienestar— una preocupación central, relegando a un lugar secundario a las actuaciones en el terreno de la salubridad colectiva. Los esfuerzos sanitarios públicos se centrarían, en adelante, en el aspecto asistencial de la sanidad. Este movimiento pendular quedó perfectamente retratado en nuestro país en el terreno normativo². Si la

¹ Esta concepción de la acción sanitaria estatal como una acción preocupada únicamente por la dimensión colectiva o comunitaria de la salud, tan característica del modelo de Estado liberal decimonónico, queda perfectamente retratada en las explicaciones que nuestros clásicos administrativistas dedicaban a la materia. Bien ilustrativas me parecen, por ejemplo, las palabras de Manuel COLMEIRO, quien afirmaba que «mientras bastan los esfuerzos individuales para neutralizar las causas perturbadoras de nuestro organismo, la administración abandona el cuidado de la salud al interés particular y la higiene es privada; mas cuando los principios de destrucción resisten a la eficacia de estos medios ordinarios de combatirlos, entonces interviene la autoridad para proteger la salud de los administrados, y la higiene es pública» (Manuel COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, t. I, Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, Madrid, 1876, 4ª ed., págs. 313 y 314). En la misma idea comulgaba el análisis que sobre la sanidad efectuase, entre otros, Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1898, 5ª ed., págs. 327 a 345.*

² En el estudio de la evolución histórica de la sanidad pública en España, destacan los trabajos de Manuel Martín González, *Sanidad Pública: concepto y encuadramiento*, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1970, tres volúmenes; Luis Morell Ocaña, *La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria*, en RAP, núm. 63, 1970, págs. 131 a 168; Santiago Muñoz Machado, *La sanidad pública en España (Evolución histórica y situación actual)*, IEA, Madrid, 1975; y *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza, Madrid, 1995, págs. 15 a 83; Manuel Rebollo Puig, *Sanidad preventiva*

* Trabajo premiado con Accesit en el Primer Premio Derecho y Salud

Ley General de Sanidad (1855), la *Instrucción general de Sanidad pública* (1904) y la *Ley de Bases de Sanidad Nacional* (1944) —que fueron las normas de cabecera de nuestro bloque normativo sanitario desde mediados del siglo XIX hasta las postrimerías del pasado siglo— eran leyes centradas, fundamentalmente, en la protección de la salud de la colectividad, el advenimiento de la Constitución y, con ella, de la nueva *Ley General de Sanidad* de 1986 determinó un claro punto de inflexión. En la Ley General de Sanidad, como habrá ocasión de precisar, la preocupación por la salud colectiva no posee, desde luego, un carácter preferente. La preferencia es ocupada ahora por la estructuración de las bases del vigente Sistema Nacional de Salud.

Esta misma razón tal vez explique el que la doctrina científica haya desviado su principal interés en las últimas tres décadas a los aspectos relacionados con la sanidad en su dimensión asistencial, *id est*: de asistencia a los enfermos, de tutela de la salud del individuo en cuanto tal. Se echa en falta, sin embargo, una preocupación similar por la situación de las cuestiones vinculadas a la salubridad colectiva. De alguna forma, la primera razón de ser de este trabajo pretende llenar —siquiera sea en alguno de sus extremos porque el campo de la salud colectiva es, como se verá, prácticamente inabarcable— esta situación de vacío doctrinal, reclamando la atención hacia una parcela de la acción sanitaria que requiere también del auxilio que proporciona la doctrina en aras de su construcción más armoniosa.

Pero hay aún otra razón de peso que me ha impulsado a realizar este trabajo. Porque ese aletargamiento al que hacía referencia se ha visto interrumpido en nuestros días. Y no se trata ya de simples transformaciones puntuales de la función de protección de la salud colectiva fruto de nuevos avances en la Ciencia o de la aparición de nuevas demandas sociales, sino de algo más intenso. Se detectan en este sentido síntomas de un movimiento más penetrante que impulsa una profunda renovación de la misión estatal en esta parcela. Son muchos los factores que impulsan este movimiento pero descuellan, por su importancia, dos

causas que constituyen, a mi entender, sus desencadenantes principales.

Por un lado, está la acentuación y el perfeccionamiento de los saberes científicos en torno a la influencia que el medio externo juega en el estado de salud de la población. La profundización en el estudio de la interacción del ser humano con su entorno, no sólo físico, sino también social, cultural y económico, ha llevado a extraer importantes consecuencias acerca de la importancia que esos factores, externos a la persona, pueden desplegar en su salud. La alimentación, la contaminación atmosférica, las condiciones de trabajo, los hábitos de vida y así siguiendo, constituyen elementos que supeditan, y de manera muy notable, la salud de una población. De ello hay un conocimiento científico cada vez más preciso. Y, de igual forma, se viene produciendo un proceso de concienciación por parte de la sociedad que interioriza la importancia de tales factores en la evolución de su salud. De ahí a la demanda social de una mejora del entorno de vida como requisito imprescindible para una mejora en términos de salud hay sólo un paso.

Por otra parte, no hay que desconocer que la atención hacia los aludidos factores externos se ha revelado como una de las alternativas más solventes a fin de rebajar la presión que hoy día sufren los sistemas asistenciales de salud. La intensificación de todo tipo de medidas preventivas, basadas en técnicas profilácticas y educativas, resulta una opción que, a medio y largo plazo, permite descargar de muchos esfuerzos, incluidos los aspectos económicos, a la sanidad asistencial³.

Pero con ser esto importante, hay otro factor por igual determinante. Me refiero a la irrupción en los últimos años de una serie prolongada de alarmas sanitarias que han puesto en jaque todos los sistemas estatales e internacionales de vigilancia sanitaria, así como los mecanismos de prevención y lucha frente a los riesgos de salud de carácter global. Episodios como la crisis de las «vacas locas» (1996), la «neumonía asiática» (2002) o la «gripe

y salud pública en el marco de la actual Administración sanitaria española, en *REALA*, núm. 239, 1988, págs. 1403 a 1470; y Juan Pemán Gavín, *Derecho a la Salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, págs. 103 a 141.

Todos estos trabajos parten de una óptica preferentemente jurídica. Es importante notar, por ello, que hay otros enfoques de gran altura e interés en lo que concierne al estudio histórico de esta relevante función pública.

³ Es éste un aspecto que, al menos actualmente, puede servir para relanzar la vitalidad de las medidas de salud colectiva. Téngase en cuenta que el gasto médico o sanitario no sólo absorbe buena parte de los recursos públicos de los Estados, sino que experimenta un crecimiento progresivo y constante. Por esta razón, la financiación de los servicios sanitarios, especialmente cuando se parte de la premisa de su gratuidad, constituye un motivo de constante preocupación para los distintos Gobiernos. Cualquiera vía de escape que permita aliviar en algún modo esta situación será, por ello, bien recibida.

Para abundar en esta vertiente económica que aquí sólo se apunta, es preciso acudir a la rama, cada vez más influyente, de la llamada «Economía de la Salud» cultivada por los economistas de la salud.

del pollo» (2003) han mantenido en vilo a medio mundo y, entre otras muchas repercusiones, han puesto de manifiesto la necesidad de reforzar las estructuras de defensa sanitaria ante los problemas de salud colectiva. Lógicamente, esta situación también ha generado en la sociedad una honda preocupación por la seguridad en temas de salud colectiva.

La confluencia de estos dos factores, y de las demandas sociales que éstos portan consigo en pos de un entorno más saludable y de una seguridad sanitaria mayor, han impulsado la necesidad de meditar en profundidad el estado en que se encuentra la función estatal orientada a velar por la salud colectiva. Ello con vistas a intensificar la labor desplegada en este ámbito, a abrir nuevos campos de actuación, a fijar unos objetivos más ambiciosos, a jerarquizar con coherencia los problemas más graves y acuciantes; a repensar en definitiva la estrategia a seguir para mejorar la tutela de la salud de la colectividad. Un reto que, claro es, requiere en muchos casos de la renovación de las estructuras existentes en el plano normativo, muchas de ellas todavía ancladas en una visión trasnochada de esta función y que, por ende, sólo en parte pueden mantener su virtualidad en este nuevo escenario.

Esta necesidad de remozar sustancialmente la tarea de los poderes públicos en derredor de la salud colectiva constituye un fenómeno que afecta, desde luego, a nuestro país, pero que es común al resto de países miembros de la Unión Europea. Así, por ejemplo, en la vecina Francia, el azote de algunas crisis sanitarias como es el caso, en especial, de la «sangre contaminada» (*sang contaminé*) sirvió de acicate para la aprobación de un conjunto de leyes destinadas a reforzar la intervención pública en los temas de salud colectiva, sobre todo en su vertiente de vigilancia —la llamada «vigilancia sanitaria» (*veille sanitaire*)—. ⁴ Y no sólo eso. La propia Unión Europea no ha podido escapar al potente influjo que las exigencias de salubridad colectiva representan en nuestros días y que también reclaman una respuesta por parte de la Comunidad. Así, gracias a la reforma del TCE operada por el Tratado de Ámsterdam en

⁴ En particular, el cambio de rumbo acostumbra a situarse en la Ley núm. 98-535, de 1 de julio de 1998, de «refuerzo de la vigilancia sanitaria y del control sanitario de los productos destinados al hombre» (*renforcement de la veille sanitaire et du contrôle sanitaire des produits destinés à l'homme*), en cuya virtud se crearon una serie de Agencias —o sea, de Administraciones especializadas— destinadas específicamente a velar por la seguridad sanitaria en diferentes ámbitos.

1997, la política europea de salud pública se ha vigorizado sensiblemente y son cada vez más numerosas las normas comunitarias que se asoman a los problemas relativos a la salud colectiva (calidad de la sangre, sanidad animal, vigilancia epidemiológica, entre otros muchos).

Aquí radica, pues, la segunda razón que anima este trabajo: tratar de mejorar el conocimiento de la función de tutela de la salud colectiva para facilitar su adaptación a los cambios que, por fuerza, habrán de producirse.

Expuestas las motivaciones que dan razón de ser a este trabajo, el estudio que aquí se ofrece va a centrarse en el análisis de los medios que la Administración puede movilizar para hacer frente a los riesgos sanitarios de mayor gravedad, aquéllos que ponen en jaque la salud de la colectividad de una forma más intensa. Porque es precisamente en este contexto donde se descubre la potencia de los instrumentos que pueden poner en marcha la Administración, con medidas drásticas que no hacen acto de presencia en ningún otro sector del ordenamiento jurídico, no al menos con la intensidad y extensión con la que aparecen aquí. La pregunta de hasta dónde puede llegar la Administración en su misión de proteger la salud de la población esconde tras de sí uno de los debates jurídicos más apasionantes de nuestros días y, como se verá, descubre un escenario en el que es imprescindible la labor del jurista con vistas a establecer contrapesos a los poderes exorbitantes de la Administración, frenando la inmunidad del poder, batalla épica que encuentra aquí un episodio todavía no concluido.

I. Introducción: el carácter excepcional de las medidas ablatorias y la importancia de remarcar esta cualidad

De entre las múltiples técnicas que puede utilizar la Administración como expresión de su poder de intervención en la esfera de los particulares por motivos de salud de la población se encuentran las llamadas «técnicas ablatorias» o «ablativas». Por medio de éstas, no se pretende ya simplemente condicionar el ejercicio de una actividad a través de exigencias de información o de condicionamiento, sino que el grado de intervención administrativa sube aquí de tono para adquirir su expresión más enérgica: en lugar de condicionar, se trata ahora nada menos que de incidir de manera directa, y de forma ablativa o si se prefiere privativa (en el sentido que causa privación), sobre la esfera vital del particular, ya sea sobre su esfera patrimonial (sacrificando bienes integrados en su patrimonio, por ejemplo) o incluso, en el peor de los casos, sobre su esfera personal (recortando las libertades

mediante internamientos forzosos, tratamientos médicos obligatorios, entre otras medidas). Todo ello para poder combatir con eficacia la aparición de algún riesgo que amenaza gravemente la salud de la colectividad y que fuerza, en consecuencia, la adopción de medidas drásticas que, en algunos casos, pueden parecer hasta draconianas.

Las técnicas ablatorias constituyen, por tanto, la manifestación más penetrante de las potestades de policía sanitaria de que dispone la Administración; aquéllas en las que se expresa de forma más rotunda el carácter autoritario de la intervención pública. Y de ello se siguen, entre otras repercusiones, tres derivaciones básicas o centrales que desde ahora importa remarcar, aunque sobre ellas habrá ocasión de volver en más de una ocasión.

A. La primera atañe al *carácter excepcional* que, por definición, es propio de estas medidas y que se deja sentir en diferentes facetas. Para comenzar, suele reflejarse en el tenor de las distintas normas habilitantes. El art. 26.1 de la LGS, por ejemplo, exige a la hora de acordar alguna medida preventiva de las allí previstas la existencia de una situación de «riesgo inminente y extraordinario para la salud»; y lo propio hace el art. 1 de la LOMESP al precisar «razones sanitarias de urgencia o necesidad» como presupuesto determinante. Estos enunciados, y conviene mucho remarcarlo, no son meras expresiones vacías de contenido (*flatus vocis*), sino que tienen por fin destacar la presencia de un marco de actuación de naturaleza excepcional. Por esta razón, más que acertados me parecen los pronunciamientos judiciales en los que vienen a insistir en este punto al anular la actuación de la Administración por considerar que no se estaba en presencia de una situación de carácter excepcional⁵.

En esta misma línea, hay que decir que el recurso a estas medidas ablatorias debe realizarse moviéndose con tiento y cuidadoso equilibrio entre los parámetros del principio de *proporcionalidad* a fin de ajustar la correspondencia entre el objetivo que se persigue y la medida al

⁵ Véase, por ejemplo, la STSJ de Madrid núm. 523/1995, de 19 de septiembre (RJCA 1995, 958) en la que se anula la orden de clausura y precinto de una casa de huéspedes al entender que, a pesar de las deficiencias detectadas por los inspectores de la Administración, no existía la situación de «riesgo inminente y extraordinario para la salud» reclamada por el art. 26.1 de la LGS. Esta sentencia fue luego confirmada en casación por STS de 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 6784).

En la misma senda de controlar la efectiva presencia de una situación de riesgo inminente y extraordinario para la salud pública transita la STSJ de Madrid núm. 458/2004, de 31 de mayo (RJCA 2004, 605), relativa a la orden de paralizar la fabricación de una serie de cremas, «spray» y champús en los que se había detectado la presencia de clobetasol propionato.

efecto escogida. No hace falta decir que la protección de la salud colectiva es propicia a la adopción de medidas en exceso contundentes fruto de las presiones políticas y de los medios de comunicación social. La vigencia de este capital principio está perfectamente instalada en nuestro ordenamiento jurídico. Pero, por si acaso, el art. 28, c) de la LGS viene a recordar que «las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan»⁶.

Y no sólo eso. Cobra aquí mucho sentido la regla *in dubio pro libertatis*, merced a la cual, como es sabido, la Administración, ante diversas medidas por igual eficaces o idóneas para alcanzar el fin previsto, deberá inclinarse por aquella que suponga una restricción o injerencia menor en la esfera jurídica del ciudadano. Un postulado que también reclama la propia LGS, al señalar que «se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de Empresa y cualesquiera otros derechos afectados» (art. 28, d).

Finalmente, apurando este carácter excepcional de las medidas ablatorias, es de interés destacar ya en estas primeras líneas la conveniencia, en ciertos casos, de ofrecer al particular, causante del riesgo o simplemente en contacto con el mismo, la posibilidad de actuar *motu proprio*, voluntariamente, en el sentido querido por la Administración —de facilitar su vacunación, de seguir el tratamiento médico necesario, de sacrificar sus animales, de retirar sus productos peligrosos, etcétera; de satisfacer, en suma, el contenido de la medida ablatoria sin necesidad de acudir a la imposición forzosa—. El instrumento de la advertencia, del aviso, de la intimación, del requerimiento puede resultar aquí, a pesar de lo que pueda pensarse, extraordinariamente útil. No en vano, algo de esto hay en el propio art. 28, a) de la LGS cuando apunta a la «preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias» como uno de los principios informadores de las medidas de intervención por razones sanitarias.

B. En íntima conexión con lo que acaba de decirse, importa notar que es usual que, supuestas las circunstancias extraordinarias concurrentes, las medidas ablatorias

⁶ Un recordatorio que se repite con frecuencia en la normativa sectorial. Por poner algún ejemplo, el art. 8.2 del Reglamento de seguridad general de los productos (2003) establece que «las medidas adoptadas, así como los medios para su ejecución y efectividad, deberán ser congruentes con los motivos que las originen, proporcionadas con los riesgos que afronten y, de entre las que reúnan esos requisitos, las menos restrictivas de la libre circulación de mercancías y prestación de servicios, de la libertad de empresa y demás derechos afectados».

se adopten de forma inmediata, en forma de medida provisional o cautelar; y, por tanto, sin un procedimiento administrativo terminado que les sirva de sostén⁷. Ello supone, entre otras cosas, que la autoridad actuante seguramente no contará con toda la información y con todos los datos completos relacionados con el asunto; bastará en este sentido con que disponga de la información precisa sobre el riesgo sanitario; y, aún menos, si opera al amparo del principio de precaución, en cuyo caso será suficiente con la presencia de una sospecha fundada, siquiera sea en algún extremo incierta.

Igualmente, el estadio provisional en el que de ordinario van a desplegarse estas medidas determinará muchas veces que las mismas se acuerden *inaudita altera pars*, sin dar audiencia al interesado que verá recortado su patrimonio jurídico. Algo que no debe provocar una desvirtuación del principio de contradicción y un desconocimiento de los derechos de defensa del afectado. De donde la conveniencia de practicar esta audiencia, de dar oportunidad al afectado de exponer su propio punto de vista tan pronto sea posible pues tal vez de resultas de esta audiencia la Administración llegue a una nueva apreciación de la situación, y levante o modifique las medidas adoptadas.

Por otra parte, no está de más significar que la provisionalidad debe entenderse como tal y, así, no será dable esconder bajo el manto de las medidas provisionales medidas con clara vocación de permanencia. Su naturaleza es diametralmente opuesta y exige más bien una duración breve y meramente transitoria, a la espera de una decisión definitiva que avance en uno u otro sentido.

C. Todas estas consideraciones sobre la gravedad de las medidas ablatorias y su frecuente aplicación con carácter provisional no hacen sino confirmar en último extremo un elemento clave. Me refiero a los *límites* y *garantías* dispuestos para embridar el vigor de estas medidas y sujetar su uso a una serie de contrapesos. Los límites y las garantías son aquí, más que nunca, decisivos para evitar atropellos injustificados o desproporcionados. No hay que olvidar que el campo de la salud colectiva ha sido históricamente, y continúa siéndolo, un terreno especialmente fecundo y proclive en cuanto a la aplicación de técnicas ablatorias se refiere, razón por la cual es obligado extremar el celo en la vigilancia de posibles excesos, cuando no de utilidades a cuenta de intereses ajenos a la protección sanitaria de la comunidad.

⁷ Quiero significar con ello que será corriente que las medidas administrativas ablatorias se adopten en los primeros compases del procedimiento (en su fase de iniciación), después del acuerdo de incoación. Eso sí es que no se adoptan incluso antes, a modo de medidas «provisionalísimas», tal y como hoy admite el art. 72.2 de la LRJAP.

El carácter excepcional y la dimensión garantista son, sin duda, dos aspectos a tener muy en cuenta a la hora de adentrarse en el campo de las medidas ablatorias, tanto más si éstas se aplican por razones sanitarias. El problema radica en que, a decir verdad, y como tendremos ocasión de comprobar, ni el uno ni el otro encuentran una respuesta del todo satisfactoria en nuestro ordenamiento jurídico.

Esto sentado, el estudio de las medidas ablatorias por razones de salud colectiva debe partir, lógicamente, de su identificación o catalogación: ¿cuáles son las medidas de contenido ablativo que la Administración Pública puede adoptar para salvaguardar la salud colectiva?

La respuesta completa a este interrogante no se encuentra en la LGS. No hay en nuestra ley sanitaria de cabecera una relación sistemática de estas medidas. En realidad, la LGS sólo contempla algunas —y con escaso grado de detalle, habría que añadir—. De manera que para reunir el conjunto de técnicas ablatorias que conviven en el marco de la salud colectiva no hay más remedio que acudir a un grupo disperso de normas: la Ley Orgánica de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, la Ley de Bases de Sanidad Nacional, la Ley de Derechos del Paciente, la Ley de Sanidad Animal, el Reglamento Orgánico de Sanidad Exterior, entre otras. Como se aprecia a simple vista, un grupo muy diseminado y, a la vez, muy heterogéneo, tanto por la significación de las normas como por su rango normativo y, también, por supuesto, por su encuadramiento histórico —ya que se trata de normas gestadas en épocas bien distintas—. Se dibuja así un escenario un tanto confuso y alambicado en el que, como podrá verse, no siempre resulta fácil definir y precisar el *modus procedendi* y el régimen de garantías de las distintas medidas.

A falta de una ordenación legal, el criterio que se ha seguido aquí para aglutinar con una cierta sistemática este conjunto de técnicas pasa por efectuar una división que, de entrada, tal vez parezca rudimentaria y poco sutil. En concreto, la división que se ofrece consiste en diferenciar las medidas ablatorias según proyecten sus efectos directos sobre la propia esfera *personal* del particular (epígrafe II) o, en cambio, sobre su esfera *patrimonial*; y, dentro de esta última, según afecten a *animales* (epígrafe III)⁸ o bien a otro tipo de *cosas* (epígrafe IV).

⁸ En lo que hace a la clasificación de las técnicas ablatorias no contamos, como, por lo demás, sucede en general con las técnicas de limitación, con una sistemática generalmente admitida. Imperan aquí, por esta razón, las construcciones particulares de cada autor.

Es claro que esta división no pretende fijar unos límites tajantes y dogmáticos entre estas tres esferas. Pero, dejando a un lado sus posibles carencias en cuanto a precisión dogmática hace, la referencia al objeto sobre el que recaen las medidas (la propia persona, un animal u otra cosa) cuenta a su favor con dos méritos importantes: de una parte, su carácter gráfico pues evoca con facilidad una primera representación de la medida. Así, la alusión al aislamiento *de una persona* o al aislamiento *de un animal*, en lugar de la referencia abstracta al aislamiento, ayuda a situarse rápidamente en el significado de la medida, facilitando así el desarrollo de una exposición más clara y entendedora —cualidades bien necesarias en un sector de tanta complejidad—. De otra, y esto es más importante, esta división introduce una escala de gradación en lo que hace a la inteligencia de los límites y garantías que habrán de rodear a las distintas medidas ablatorias. De esta suerte, aunque las haya que en abstracto puedan ser aplicadas tanto sobre personas como animales (como es el ya aludido aislamiento o los tratamientos sanitarios forzosos), es evidente que su inteligencia y su régimen de aplicación nunca podrá ser el mismo. Con esta partición se pretende, a la postre, llamar la atención de la existencia de una clara prelación de los bienes que van a verse recortados, que van a ser abatidos, como consecuencia de la imposición de medidas de corte ablatorio y de la necesidad de que esta jerarquía se deje sentir también en el entramado de garantías que rodean a su recta utilización.

Técnicamente, resta señalar, antes de avanzar en el estudio singular de cada uno de estos apartados, que las medidas ablatorias suelen concretarse revistiendo la forma de *orden*. La orden administrativa constituye en este sentido el acto por medio del cual se da concreción en un

Ello no obstante, de gran interés me ha parecido la ordenación propuesta por Massimo Severo Giannini, Istituzioni di diritto amministrativo, Giuffrè, Milán, 2000, 2ª ed., págs. 351 y sigs., en relación con los procedimientos administrativos ablatorios (a esta ordenación se refieren también Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, v. II, Civitas, Madrid, 2004, 9ª ed., pág. 106, cuya pista he seguido). Según propone el célebre autor italiano, los procedimientos de tipo ablatorio pueden subdividirse en tres grandes categorías en atención a su proyección sobre un derecho de la persona (procedimientos ablatorios personales), sobre un derecho real (procedimientos ablatorios reales) o bien por la creación de una obligación en su destinatario (procedimientos ablatorios obligatorios). Luego, el autor integra cada una de estas tres categorías con diferentes figuras.

Aunque esta división tiene muchos aspectos aprovechables en cuanto hace al estudio de las técnicas ablatorias, he estimado oportuno mantener la clasificación que se anuncia en el texto con el fin de clarificar mejor el concreto escenario que plantea la protección de la salud colectiva. De todas formas, si bien se mira, la clasificación en función de la incidencia de la medida sobre la propia persona, un animal u otras cosas bien podría encuadrarse sin dificultades en el esquema conceptual manejado por Giannini.

caso dado a la potestad ablatoria depositada en la Administración⁹.

II. Las medidas ablatorias que inciden sobre la propia persona

1. Consideraciones iniciales: los desajustes del marco normativo de las medidas ablatorias personales

Como no sucede, me atrevería a decir, en casi ningún otro ámbito o parcela de actuación administrativa, la Administración está apoderada para ordenar, por motivos de salud colectiva, una serie de medidas que entran de lleno en la esfera más esquivada a la intromisión de los poderes públicos. Me refiero al haz de libertades públicas y derechos personales reconocidos por la Constitución a los particulares. Cabe así, por ejemplo, la posibilidad de imponer la hospitalización y el aislamiento de un enfermo —o de una persona sospechosa de estarlo—, su reconocimiento médico, o la aplicación de un concreto tratamiento clínico, todo ello aun en contra de su voluntad.

La regulación de estas medidas ha de buscarse, en primera instancia, en la LOMESP. No en vano, la razón de ser de esta Ley trae causa, justamente, de la voluntad de reconducir a un texto normativo específico aquellas medidas sanitarias, impuestas en un escenario de riesgo colectivo, susceptibles de lesionar los derechos fundamentales de los particulares afectados. Un texto normativo dotado además de rango orgánico, en cumplimiento de la reserva estatuida por el art. 81.1 de la CE para con el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Fue, en efecto, esta consideración la que propició que, durante la tramitación parlamentaria de la LGS, se desgajasen algunos de sus preceptos para dar cuerpo a una ley orgánica autónoma. Planteamiento que dio como resultado la LOMESP que hoy conocemos¹⁰.

⁹ En torno al estudio de las órdenes, acúdase, aparte de a las obras ya referidas sobre la actividad de limitación en general, a algunos estudios monográficos como el de Luigi Galateria, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Giuffrè, Milán, 1950.

También en el ámbito de las órdenes se manejan diferentes clasificaciones. Entre ellas, hay que referirse a la que organiza las órdenes en función de su contenido: las órdenes negativas o prohibiciones, consistentes en un no hacer, de un lado; y las órdenes positivas, que imponen al sujeto un hacer, por otro. A estas dos categorías sería preciso añadir aquellas órdenes en las que el contenido, más que un no hacer, viene dado por la necesidad de soportar la injerencia de la Administración.

¹⁰ Aunque no pueda afirmarse que la LOMESP sea una ley desconocida, especialmente entre los juristas próximos al ámbito del Derecho Sanita-

Esto supuesto, la LOMESP inviste a la Administración con el poder para ordenar «medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control» (art. 2) cuando se aprecien indicios racionales de la existencia de un peligro para la salud de la población. Además, cuando tal peligro venga dado por el brote de una enfermedad transmisible, la Administración podrá acordar las «medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato» (art. 3)¹¹. Se trata, en cualquier caso, de medidas especiales y, en consecuencia, propias de situaciones extraordinarias en razón de su gravedad¹².

Desde luego, no le faltaba razón al legislador al considerar que muchas de estas medidas de protección de la salud colectiva pueden lesionar las libertades y derechos fundamentales plasmados en la CE¹³. En concreto, y de manera señalada, es claro que la imposición de tratamientos médicos forzosos entra en liza con el derecho a la integridad física y moral que luce en el art. 15.1 de la CE; de igual forma que la hospitalización obligatoria menos-

rio, sí cabe notar que su estudio no ha sido motivo de una especial consideración en términos jurídicos. Su carácter excepcional y la particular gestación de la misma —que no facilita su encuadramiento y comprensión conceptual— han influido seguramente en ello. No obstante, es preciso hacer un merecido hueco a las aportaciones de Edorta COBREROS MENDAZONA: Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español), *IVAP*, Oñati, 1988, págs. 331 a 348; y Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos del sida), en *REDA*, núm. 57, 1988, págs. 59 y sigs. En estos trabajos se registran, a mi entender, las mejores reflexiones sobre la LOMESP.

11

Las medidas previstas en los arts. 2 y 3 se completan con la posibilidad de establecer condiciones especiales para la distribución de medicamentos o, en general, productos sanitarios que resulten afectados por excepcionales dificultades de abastecimiento (art. 4). En opinión —y creo que con razón— de Edorta COBREROS MENDAZONA (Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud..., cit., 1988, págs. 342-343), no acaba de verse la razón para que estas medidas, que no afectan a ningún derecho fundamental, deban lucir también rango orgánico.

12 A este carácter extraordinario trata de referirse a mi modo de ver el art. 1, que encabeza la LOMESP, al supeditar, con carácter general, la adopción de cualquier medida prevista en dicha Ley a la concurrencia de «razones sanitarias de urgencia o necesidad».

13 Conviene recordar aquí que, como ya se apuntó al inicio de este libro, la bibliografía que se ha ocupado del estudio de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución no ha prestado una atención particular a la salud pública como posible límite a su ejercicio. Sin ánimo de descubrir las razones de la falta de interés por este límite (tal vez influya en ello el hecho de no aparecer mencionado de forma expresa, la complejidad de la regulación sanitaria o la simple existencia de otros límites más importantes y llamativos), el caso es que en los estudios sobre los distintos derechos fundamentales raramente se analiza en profundidad la incidencia que sobre ellos puede tener la salud pública o colectiva, limitándose, a lo sumo, a dar algunas pinceladas generales.

caba la libertad personal garantizada en el art. 17 *ibídem*¹⁴; y lo mismo sucede con el aislamiento y las libertades de circulación y de residencia que contempla el art. 19 *ibídem*¹⁵. Sin descuidar la eventual incidencia de algunas medidas en el radio de protección de otros derechos, por igual fundamentales, como es el caso de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 *ibídem*) —para efectuar, por ejemplo, la desinfección de una vivienda— o de la protección de la intimidad (art. 18.1 *ibídem*, especialmente en su vertiente de derecho a la intimidad corporal) —a raíz, pongamos por caso, de un reconocimiento o examen médico que afecte a partes íntimas del cuerpo—. El rango orgánico de la LOMESP está por ello justificado. El problema viene dado, también aquí, por las deficiencias del régimen sustantivo que esta Ley contiene; un régimen que, a la vista de su parquedad e imprecisión, no puede por menos que ser duramente criticado.

Es, ciertamente, un régimen jurídico *parco* en contenidos. En la LOMESP no va a encontrarse ninguna regulación pormenorizada del contenido de las medidas ablativas que cabe imponer sobre las personas. A lo más, se fija si acaso el supuesto de hecho que condiciona la adopción de las mismas y aun esto se hace con una notable imprecisión. Pero, aparte de la descripción imprecisa del supuesto de hecho, poco más se señala en torno a las condiciones en que deben hacerse efectivas este tipo de medidas. Nada se dice sobre los requisitos de espacio —¿en qué lugar podrán practicarse?—, o de tiempo —¿cuál puede ser su duración?—. Es más, tampoco se contempla ningún régimen de garantías específico o la remisión a alguno ya preestablecido. De hecho, en el articulado de la LOMESP no se alude siquiera a la intervención judicial preceptiva para la intromisión pública en los derechos fundamentales de los particulares.

14 Es éste el derecho fundamental respecto del cual mayor atención se ha dedicado a su posible limitación por razones sanitarias. Pero casi siempre desde la perspectiva que se centra en el internamiento forzoso de enfermos mentales y sólo de manera muy residual en el internamiento por motivos de salud pública. En esta línea se mueven por lo general las monografías dedicadas al estudio de la libertad personal como es el caso, entre otras, de Teresa Freixes Sanjuán y José Carlos Remotti Carbonell, *El derecho a la libertad personal. Análisis de Constitución, legislación, tratados internacionales y jurisprudencia* (Tribunal Europeo y Tribunal Constitucional), Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993; y Joaquín García Morillo, *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Un mayor espacio dedica al internamiento de los enfermos contagiosos Julio Banacloche Palao, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 456 a 462.

15 Acerca de la limitación de las libertades de circulación y residencia por motivos de salud pública, pueden encontrarse algunas reflexiones en Pedro José González-Trevijano Sánchez, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 97 a 102.

Sobre ello, es también un régimen jurídico muy *impreciso*, salpicado de no pocos conceptos jurídicos indeterminados, principiando por la referencia a las «razones sanitarias de urgencia o necesidad» (art. 1) como pórtico general que enmarca el ámbito de operatividad de este tipo de medidas especiales. La Administración dispone así de un amplio margen de apreciación, de una notable discrecionalidad en el *ann*. Y no sólo eso. Goza igualmente de un ancho espacio de apreciación a la hora de dar contenido a las medidas movilizadas toda vez que ni el art. 2 ni el art. 3 de la LOMESP ofrecen a estos efectos una descripción perfilada: ¿o acaso no es ambiguo el coto de las «medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control» o, de forma todavía más clara, de las «medidas oportunas para el control de los enfermos»¹⁶? Hay, también, pues, una importante discrecionalidad en el *quid*.

A fin de justificar esta parquedad e imprecisión que acaban de ser significadas, cabría invocar el escenario en el que, en línea de principio, están llamadas a aplicarse las medidas ablatorias personales. Así, es llano que no resulta nada fácil describir con precisión qué es una crisis sanitaria y, por añadidura, concretar los supuestos que en ella tienen cabida. Asimismo, parece claro que para afrontar una situación de crisis sanitaria con éxito es necesario, si de verdad se aspira a ofrecer una respuesta eficaz, apoderar a la Administración con la posibilidad de adoptar las medidas que en ese momento estime oportunas, sin especiales complicaciones y en un lapso de tiempo muy breve. Con todo, a pesar de que podría ser ésta la razón esgrimida para explicar las carencias advertidas en la regulación de la LOMESP, entiendo que sólo en parte puede justificarse. Porque la flexibilidad no está reñida con una mayor determinación y exactitud y porque a la vista de los derechos que pueden ser sacrificados es mucho más lo que se podría esperar y exigir, como veremos a continuación.

¹⁶ Sin olvidar que, además, el art. 3 de la LOMESP se cierra con una referencia abierta a las medidas «que se consideren necesarias».

No puedo dejar de reconocer que la parquedad y vaguedad con la que está confeccionada la LOMESP me provoca una cierta sensación de impotencia cuando de poner límites a su aplicación se trata. Resulta difícil tratar de trazar algún marco que pueda contener la fuerza expansiva de unos preceptos con unas fórmulas tan abiertas. En ocasiones, además, la invocación práctica que la Administración hace de la misma parece confirmar que cualquier medida, por variopinta que sea, tiene cabida y cobertura en su articulado. Basta con que se adopte en el contexto de una situación excepcional. Así, por ejemplo, la Orden SCO/1496/2003, de 4 de junio, por la que se completa las disposiciones en la Red nacional de vigilancia epidemiológica, en relación con la declaración obligatoria y urgente del Síndrome Respiratorio Agudo Severo, se amparó, entre otras, en la LOMESP para imponer a los médicos en ejercicio y centros sanitarios la notificación urgente de los casos diagnosticados de «neumonía atípica».

2. La adopción de medidas ablatorias sobre las personas y la salvaguarda de los derechos fundamentales del afectado

Algunas de las medidas pueden, como acaba de decirse, afectar a los derechos fundamentales de los interesados, enfermos o sospechosos, sobre los que recaigan las mismas. Ya nos consta que la salud colectiva puede en efecto convertirse en una causa legítima a la hora de limitar o sacrificar determinados derechos fundamentales. Ello no obstante, es evidente que tal limitación o, en su caso, sacrificio, del derecho debe estar rodeado siempre de una serie de garantías que el Tribunal Constitucional se ha cuidado de apuntalar convenientemente, en lo que forma ya una doctrina muy asentada y estable en derredor de los límites de los derechos fundamentales. Con carácter general —o sea, sin perjuicio de las obligadas particularidades que requiera la adaptación a cada caso concreto y a cada derecho fundamental en singular— la Administración habrá de reparar en una serie de aspectos que importa señalar, siquiera sea de forma breve.

a) *La existencia de un fin constitucionalmente legítimo.* El sacrificio o menoscabo del derecho fundamental debe venir amparado, antes que nada, por un fin constitucionalmente legítimo. Como se recordará, es claro que la protección de la salud colectiva proporciona un sostén suficiente a estos efectos. Pero es importante insistir aquí en que la intensidad que supone la lesión de un derecho fundamental exige una situación de correlativa gravedad en la amenaza para la salud pública invocada. No cualquier motivo de salud pública es aval suficiente para penetrar en el terreno de los derechos fundamentales. Si es éste el ámbito de protección más resistente a la intromisión pública de cuantos dispone el particular, es insoslayable que sólo cederá ante situaciones de extraordinaria gravedad.

b) *La existencia de una previsión legal habilitante.* Advertida la amenaza grave para la salud de la colectividad, la Administración, a la hora de combatirla, sólo podrá imponer aquellas medidas expresamente amparadas en una norma con rango de Ley. No basta en este ámbito cualquier previsión normativa para soportar el uso de medidas ablatorias sobre las personas. Es indispensable contar con una previsión legal. Otra cosa es el carácter más o menos abierto, más o menos determinado de la fórmula utilizada por el precepto habilitante en orden a las posibles medidas a adoptar. Tiene aquí para sí la Administración no pocos asideros que contienen cláusulas muy abiertas. Como la que recoge, sin ir más lejos, el art. 3 de

la LOMESP para hacer frente a la difusión de una enfermedad transmisible: «cualquier medida apropiada» reza el tenor de dicho precepto.

c) *El respeto al principio de proporcionalidad.* A la hora de seleccionar en cada caso la medida ablatoria de entre todas las disponibles y, luego, a la hora de ponerla en práctica, la Administración habrá de respetar las distintas exigencias que dimanen del principio de proporcionalidad. Son bien conocidos en este sentido los tres estadios en que se desdobra el juicio de proporcionalidad: la idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto; su necesidad en razón de la ausencia de otras medidas menos severas que sirvan con igual eficacia a la consecución del propósito (o principio *favor libertatis* o *in dubio pro libertatis*) y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, esto es, el balance entre las ventajas que de ella se derivan para el interés general y los perjuicios producidos sobre otros bienes o valores en conflicto¹⁷.

d) *El límite último que impone la dignidad de la persona humana.* La adopción de cualquier medida en defensa de la salud colectiva tiene como límite infranqueable el imperativo de respeto a la dignidad humana que luce en el art. 10.1 de la CE. De suerte que la persona que deba soportar alguna de estas medidas limitativas de sus derechos fundamentales por razones de protección de la salud colectiva bajo ningún pretexto puede ver menoscabada su dignidad ni ser sometida a tratos inhumanos y degradantes. Con independencia del fin, de la importancia que quiera dársele, no todo vale. E importa mucho remarcar este límite —bien que parezca innecesario a estas alturas— porque, aun distantes en el tiempo, la Historia ha dejado constancia de algunas prácticas inhumanas utilizadas a la hora de tratar ciertas enfermedades. Pienso ahora en la lepra y en el asilamiento y destierro impuestos a quienes la padecían. Qué duda cabe de que tal medida tuvo seguramente en su momento un efecto muy favorable para la salvaguarda de la salud pública, pero al alto precio de cercenar cualquier rastro de dignidad humana.

Dejando a un lado estos supuestos extremos, entienden, eso sí, que la virtualidad de la dignidad humana tiene un cometido importante a la hora de perfilar la finalidad de las medidas ablatorias personales adoptadas en el cam-

17 En torno al principio de proporcionalidad, han visto la luz recientemente algunos trabajos de notable envergadura que abordan la significación de este capital principio con plena solvencia. Es el caso de Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; y de Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

po de la salud colectiva. Porque si con ellas se pretende, como es claro, proteger a la colectividad de la amenaza que para ella supone un individuo, ello no significa en modo alguno que la salud de tal individuo resulte irrelevante. De manera que, por más que sean las razones de salud colectiva las que den contenido teleológico a las distintas medidas, su finalidad nunca podrá pasar por alto las necesidades del estado de salud de la persona que va a verse afectada por las mismas. Desde este prisma, cobra sentido a mi entender la limitación que figura en el art. 28, b) de la LGS en el sentido de que «no se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida»¹⁸.

e) *La intervención judicial protectora o tuitiva.* Es de señalar, por último, que la utilización de medidas ablatorias capaces de lesionar los derechos fundamentales escapa en ciertos casos al solo ámbito gubernativo en razón de que la Administración, por sí sola, no puede imponerlas; necesita el concurso de los órganos jurisdiccionales que van a actuar como garantes de la corrección y recta utilización de la medida. Aunque no es ésta una garantía propia y exclusiva de las medidas adoptadas por razones de salud colectiva, la importancia que adquiere en este ámbito, unida a su singularidad y a las no pocas dudas que al respecto subsisten, hacen conveniente dedicar un apartado específico al estudio pausado de esta cuestión.

3. La intervención judicial como garantía en la adopción de las medidas ablatorias personales

A. El sentido y alcance de la intervención judicial

Para la salvaguarda de ciertos derechos fundamentales, la intervención judicial se erige, como se sabe, en una de las garantías esenciales. Así sucede, por cuanto aquí más importa, con los derechos a la libertad personal y a la integridad física¹⁹. En ambos supuestos, la negativa de la

18 Una limitación que, si bien está contenida en la LGS, cabe extender sin dificultades a lo dispuesto en la LOMESP. Ante todo, por el carácter general con que se formula y por su derecha conexión con el texto constitucional (ex arts. 10.1 y 15 de la CE). Pero además téngase presente que las medidas previstas en la LOMESP formaron parte en el primer momento de su gestación parlamentaria del mismo Capítulo en el que figura hoy el art. 28 de la LGS. Por lo que no es raro pensar que la intención del legislador fuese la de predicar tales límites de todas las medidas de intervención por razones sanitarias, tanto ordinarias como especiales. En la misma senda transitan las consideraciones de Edorta COBREROS MENDAZONA (Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud..., cit., pág. 345), partidario de aplicar los principios recogidos en el art. 28 de la LGS a las medidas adoptadas bajo el manto de la LOMESP.

19 También en el supuesto relativo a la entrada en el domicilio del interesado, así como en los restantes edificios o lugares cuyo acceso

persona a ver menoscabado cualquiera de estos derechos por efecto de una actuación administrativa, así sea por razones de salud colectiva, precisará de la autorización judicial previa —o, en su caso, de la ratificación posterior— como requisito ineludible para vencer esa resistencia y, al propio tiempo, para preservar la necesidad y «razonabilidad» del sacrificio. Es éste uno de los aspectos centrales de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional en esta materia. Como es noto, nuestro garante constitucional ha impuesto, en ausencia incluso de una indicación expresa en el texto de la CE, una «reserva judicial» cuando se trata de restringir o recortar ciertos derechos fundamentales, entre ellos, la libertad y la integridad física y moral. De suerte que, en tales casos y a salvo de algunas matizaciones, la intervención judicial pasa por ser un elemento básico condicionante de la legitimidad constitucional de la actuación del poder público.

Esta misma jurisprudencia enseña igualmente que no cualquier intervención judicial sirve a estos efectos. La decisión del órgano jurisdiccional debe corresponderse con la entidad y con la gravedad de la situación dilucidada en razón de que se trata nada menos que de limitar un derecho fundamental sin el consentimiento o aun en contra de la voluntad de su titular. Acorde con esta idea, el Tribunal Constitucional ha significado que la resolución judicial debe albergar un plus de motivación, es decir, que debe estar «especialmente motivada». Y ello no tanto por el imperativo natural que dimana del derecho a la tutela judicial efectiva, sino sobre todo por la necesidad de exteriorizar el razonamiento y los criterios utilizados en el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido.

La primera función que desempeña el órgano judicial en su cometido tuitivo del derecho fundamental se contrae pues a despejar y dejar constancia del resultado de ese conflicto a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso. Pero, además, no sólo es garante de que la colisión entre el interés constitucionalmente relevante y el

requiera el consentimiento del titular, cuando la entrada sea necesaria para la ejecución forzosa de una orden administrativa previa. En tales casos se precisa de la autorización judicial para vencer la resistencia del particular. Una autorización que compete otorgar, mediante auto, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (arts. 91.2 de la LOPJ y 8.6.1 de la LJCA). De todas formas, no parece que sea éste un supuesto central en el campo de la salud colectiva. Aunque tampoco cabe descartar por completo la eventualidad de que ciertas medidas sanitarias requieran la entrada domiciliaria (como en el ejemplo antes señalado de la desinfección de una vivienda).

derecho fundamental interpuesto se resuelva según los patrones confeccionados por el Tribunal Constitucional, especialmente en cuanto al principio de proporcionalidad se refiere, sino que desempeña una segunda tarea de enorme relevancia: debe controlar que la intromisión administrativa va a llevarse a la práctica correctamente, esto es, debe velar por que la ejecución posterior de la autorización dada se acomode a las directrices y a los demás condicionantes fijados en el propio auto o decisión judicial autorizatoria, evitando que al amparo del título judicial se cometan abusos o excesos que luego serían difíciles de reparar. Así pues, lejos de ser una intervención puntual —y ajena a lo que ocurra después—, el órgano judicial permanecerá atento a la ejecución posterior que de la autorización haga la Administración.

Esto supuesto, sucede, sin embargo, que la obligación de intervención judicial —cuya significación es, como se ha visto, de primera línea— no aparece contemplada en muchas de las normas que prescriben medidas sanitarias con clara repercusión en los derechos fundamentales de la persona como es el caso de los internamientos forzosos o de los tratamientos médicos obligatorios. No figura desde luego —aunque aquí tiene una explicación elemental— en la normativa preconstitucional atinente a la lucha contra las enfermedades infecciosas y a la sanidad exterior²⁰. Pero tampoco aparece —y aquí la ausencia se torna en descuido grave, cuando no en manifiesta inconstitucionalidad— en la LOMESP. Se contemplan en esta Ley, que tiene naturaleza orgánica precisamente para cumplir la exigencia del art. 81.1 de la CE, medidas que menoscaban la libertad y la integridad, pero en ningún momento se alude a la necesaria intervención judicial. Sea cual fuere la causa, la omisión resulta a todas luces criticable²¹.

²⁰ Como veremos más adelante, tanto el Reglamento para lucha contra las enfermedades infecciosas como el Reglamento Orgánico de Sanidad Exterior recogen también medidas ablatorias personales restrictivas de derechos fundamentales.

²¹ Comparto, en este sentido, las críticas que ya hiciera en este punto Edorta COBREROS MENDAZONA, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud..., cit., págs. 363 a 367, et passim. Como relata este autor, ya durante la tramitación parlamentaria de la LOMESP, diversos grupos parlamentarios llamaron la atención en torno a la necesidad de incorporar en el articulado de esta Ley, de forma expresa, alguna alusión a las garantías judiciales. Al parecer, la razón esgrimida para no atender estas enmiendas fue la de considerar que el sistema de garantías se encontraba ya fijado en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (idem, págs. 331 a 333). Posición errónea en tanto supone confundir el estado de alarma con el supuesto de hecho que está en la base de la LOMESP.

Hay que decir, no obstante, que esta situación ha tratado de subsanarse por parte del legislador mediante dos normas que pretenden dejar bien sentado, como no puede ser de otro modo, que, aunque la LOMESP nada diga al respecto, la intervención de los órganos jurisdiccionales constituye una garantía inembargable. Se trata, en concreto, de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (2000) y de la *Ley de Derechos del Paciente* (2003).

En efecto, la aprobación de la LEC en el año 2000 fue utilizada por el legislador para incorporar, entre sus numerosas Disposiciones finales, una pequeña modificación de la LJCA consistente precisamente en atribuir una nueva competencia a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo: la de autorizar o ratificar las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias en defensa de la salud pública en el caso de que tales medidas supusiesen una restricción o limitación de la libertad o de cualquier otro derecho fundamental²². Aunque es ésta una norma de corte procesal, la conclusión que de ella se sigue en términos sustantivos es clara en el sentido de condicionar la adopción de estas medidas a la intervención judicial.

Tres años más tarde, la LDP ha venido a insistir de nuevo en esta dirección. El art. 9.2, a) de esta Ley contempla la posibilidad de llevar a cabo intervenciones clínicas sin la necesidad de contar con el preceptivo consentimiento del paciente cuando existan riesgos para la salud pública. Pero eso sí, para ello, como el mismo precepto se cuida de apostillar, será necesario siempre dar cuenta a la autoridad judicial al objeto de obtener su aprobación²³.

Como se ve, la entrada en escena de la LEC y de la LDP ha servido de alguna forma, aun cuando no sea éste tal vez el camino más ortodoxo, para parchear la omisión que sobre este punto guarda la LOMESP. Al menos por cuanto hace a la necesidad de la intervención judicial. Sin

22

Esta modificación aparece prevista en la Disposición final 14ª de la LEC en cuya virtud se incluye un segundo párrafo en el apartado 5 del art. 8 de la LJCA con la siguiente redacción:

«Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental».

23 El art. 9.2, a) de la LDP se expresa en los siguientes términos:

«Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986 [LOMESP], se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas».

embargo, sentado este postulado básico, se plantea luego el problema de la forma en que habrá de producirse tal intervención tuitiva. Una vez más, como vamos a ver, salen al paso también aquí las limitaciones de nuestra normativa en el terreno de la salud colectiva.

B. La competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para autorizar o ratificar las medidas ablatorias personales susceptibles de lesionar algún derecho fundamental

El art. 8.6 de la LJCA, en su párrafo segundo, inviste, como se ha dicho, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de la competencia para autorizar o ratificar las medidas que las autoridades sanitarias adopten sobre los derechos fundamentales de los interesados en aras de proteger la salud colectiva en un escenario de urgencia. En línea de principio, la comprensión del supuesto de hecho que marca la activación de esta intervención judicial es claro: a) debe tratarse de una medida cuya finalidad sea la salvaguarda de la salud colectiva; b) la medida ha debido adoptarse en un escenario de urgencia y necesidad y, por último, c) la medida debe afectar a la libertad (como es el supuesto del internamiento) o bien a cualquier otro derecho fundamental. No se trata, por tanto, de velar por la aplicación de cualquier medida sanitaria vinculada a la protección de la salud colectiva impuesta sin el consentimiento del afectado, sino, únicamente, de aquéllas que puedan lesionar alguno de sus derechos fundamentales²⁴.

Aunque el supuesto de hecho parece estar, de entrada, bien perfilado, lo cierto es que el precepto no está exento de problemas en su aplicación. Por de pronto, no hay que ocultar las dudas sobre la conveniencia de la

24

Así lo ha precisado con acierto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia núm. 1328, de 5 de diciembre de 2001 (RJCA 2002, 392). En concreto, se ventilaba en este supuesto la legalidad de la autorización judicial concedida por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid para llevar a cabo la necropsia de un paciente que presentaba síntomas propios de la enfermedad Creutzfeldt-Jacob, asociada a la encefalopatía espongiforme bovina. Con la necropsia se pretendía que, una vez fallecido el enfermo, pudiese confirmarse el diagnóstico de esta enfermedad. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo accedió a conceder la autorización exigida por la Administración sanitaria de Madrid por la vía del art. 8.6.2 de la LJCA desde el preciso instante en que se trataba de una medida justificada por razones de salud pública (repárese en que la decisión se adopta, además, en pleno apogeo de la crisis de las «vacas locas»). Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad rechazó este planteamiento al entender, con buen criterio, que si bien concurrían razones de salud pública no estaba en juego en este supuesto ningún derecho fundamental habida cuenta de que la necropsia habría de practicarse, en su caso, sobre la persona ya fallecida. Bastaba, en resolución, la orden sanitaria, sin necesidad de ningún tipo de autorización o ratificación judiciales.

atribución de esta competencia —que de suyo puede precisar una respuesta judicial en cualquier momento y, además, de forma rápida— a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que carecen de funciones de guardia²⁵. Pero, sin entrar en estos extremos —más vinculados a la organización interna, a la parte orgánica de la planta judicial—, interesa notar, eso sí, la falta de indicación de cuál es el procedimiento que habrá de seguirse para hacer efectiva esta competencia. Del art. 8.6.2 de la LJCA únicamente se desprende la existencia de dos modalidades de pronunciamiento judicial: la autorización previa o bien la ratificación posterior de la medida²⁶. Nada más se señala. De suerte que no se esclarece cuál es la tramitación a seguir para conceder esa autorización o, en su caso, para efectuar esa ratificación²⁷.

Ante semejante vacío, la solución adoptada por algunos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo ha pasado por la aplicación, vía analógica, del *proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico* previsto en el art. 763 de la LEC²⁸. Solución que, por

25 Con arreglo al art. 40.4 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, del Consejo General del Poder Judicial, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, es el Juez que desempeñe el servicio de guardia quien deviene competente para adoptar las medidas previstas en el art. 8.5.2 de la LJCA —hoy, art. 8.6.2, tras la reforma de la LJCA operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre— cuando éstas sean inaplazables y se susciten fuera de las horas de audiencia.

26 Por cierto que esta distinción entre autorización y ratificación parece ser importada de la regulación del internamiento de enfermos mentales contenida en el art. 763 de la LEC. Dicho precepto —transcrito a continuación— prevé en este sentido que el internamiento forzoso, como regla general, estará sujeto a la concesión previa de la autorización judicial; con la única excepción de aquellos supuestos en que razones de urgencia hagan necesario el internamiento inmediato de la persona, en cuyo caso será menester obtener después la ratificación del Juez en el plazo de veinticuatro horas.

La virtualidad de esta distinción en el caso de las medidas sanitarias a que se refiere el art. 8.6.2 de la LJCA puede, sin embargo, ser menos precisa por cuanto que el criterio de la urgencia es en realidad casi consustancial a las medidas ablativas personales que, por lo común, se adoptarán sólo en casos de extraordinaria gravedad y requeridos de una respuesta sanitaria urgente.

27 De las carencias procesales de este precepto daba cuenta, de manera temprana, José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, *El control jurisdiccional de las medidas urgentes y necesarias para la salud pública*, en «Actualidad Jurídica Aranzadi», núm. 478, marzo de 2001, págs. 1 a 3.

28 Aunque el tenor del precepto es largo, vale la pena reproducir en su integridad lo dispuesto en el art. 763 de la LEC (Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico):

«1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere

cierto, ha recibido ya el refrendo, no sin antes reparar en las dificultades que este ejercicio de analogía plantea, de algún Tribunal Superior de Justicia, concretamente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Bueno será, por ello, hacer un inciso para entretenerse en explicar, siquiera sea en apretada síntesis, los rasgos básicos del proceso previsto en el art. 763 de la LEC y, de esta forma, enmarcar mejor su posible aplicación analógica como solución en los supuestos del art. 8.6.2 de la LJCA²⁹.

El proceso para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico prevenido en el art. 763 de la LEC fue introducido por el legislador con el afán de supe-

producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. *El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.*

3. *Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.*

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. *En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.*

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente».

29 Esta aplicación analógica ha sido sugerida también en el seno de la doctrina científica. Así, entre otros, Estefanía Jerónimo Sánchez-Beato y María Ángeles Martín Vida, *Los derechos fundamentales en las relaciones sanitarias*, Grupo Editorial Universitario, 2002, pág. 165.

rar algunas deficiencias detectadas en la anterior regulación —recogida en el art. 211 del Código Civil³⁰—, incorporando, además, las garantías exigidas por el Tribunal Constitucional en su célebre STC 129/1999, de 1 de julio³¹.

30 Este precepto fue introducido en la reforma del Código Civil operada en 1983 (Ley 13/1983, de 24 de octubre) que vino a sustituir a la regulación contenida en el viejo Decreto de 3 de julio de 1931, duramente criticado por la doctrina científica patria (acostumbra a referirse en este sentido las críticas de Federico de Castro, *Derecho Civil de España*, t. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, págs. 283 a 287 —he manejado la reproducción facsimilar publicada por la editorial Civitas en 1984—, recogidas también por José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. I, v. II, Reus, Madrid, 1978, 12ª ed., págs. 236 y 237).

Más tarde, en 1996, el art. 211 del Código Civil fue objeto de algunas modificaciones en virtud de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

31 Que, a su vez, hace suyas las principales orientaciones de la jurisprudencia sentada por el TEDH en la materia. Téngase presente que el Tribunal de Estrasburgo ha elaborado un cuerpo de jurisprudencia muy sólido en torno a las garantías que deben respetarse en los internamientos de enfermos mentales (véanse en especial las sentencias de 24 de octubre de 1979, caso *Winterwerp*; 5 de noviembre de 1981, caso *X* contra Reino Unido; y 23 de febrero de 1984, caso *Luberti*). Para una primera aproximación a esta jurisprudencia puede acudir a Carlos María Romeo Casabona, *El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho español*, en «Actualidad Penal», núm. 26, 1991, págs. 329 a 343.

El Tribunal Constitucional, como decimos, incorporó las enseñanzas básicas del TEDH a su STC 129/1999, de 1 de julio, en la que se resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 211.2 del Código Civil. Un comentario detenido de esta sentencia puede verse en Juan José Marín López, *Los locos y su libertad: el artículo 211 del Código Civil* (Comentario a la STC 129/1999, de 1 de julio), en «Derecho Privado y Constitución», núm. 13, 1999, págs. 183 a 233.

Por otra parte, hay que notar que la bibliografía existente en torno al internamiento forzoso de enfermos mentales es copiosa. Sin ánimo exhaustivo, recojo a continuación, simplemente, aquellas obras que estimo de mayor interés para el estudio de la materia que aquí nos ocupa: de entrada, uno de los autores más destacados en este ámbito es Rodrigo Bercovitz. Suyo es el libro *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976, al que han seguido otros trabajos más recientes sobre el tema. De interés es también la monografía de Martín García-Ripoll Montijano, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992. Así como la consulta a los trabajos que desde una perspectiva jurídica abordan el problema del internamiento de enfermos mentales en la obra colectiva *Psiquiatría Legal y Forense*, dir. por Santiago Delgado Bueno, Colex, Madrid, 1994.

Últimamente, pueden destacarse, entre una copiosa bibliografía, Lucía García García, *Marco jurídico de la enfermedad mental: incapacitación e internamiento*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000; Manuel Aznar López, *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Comares, Granada, 2000; Ignacio Sancho Gargallo, *Incapacitación y tutela* (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, en especial págs. 137 a 158; Marta Chimeno Cano, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 197 a 266; y, en fin, María del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir.), *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Desde la experiencia más cercana que proporciona el ejercicio de la labor judicial, son también de utilidad las consideraciones de María Rosa Aragonés Aragonés, «El internamiento psiquiátrico», en *Las*

La finalidad última de este proceso especial radica en el examen judicial de la conveniencia de internar a una persona aquejada de algún trastorno psíquico y carente de la aptitud necesaria para emitir un consentimiento de forma válida. La persona que pretende ser internada no sólo está enferma, sino que, además, carece de una conciencia real de su situación y, por derivación, de la capacidad de discernimiento necesario para entender el significado, el alcance y las consecuencias de la medida de internamiento³². De esta guisa, el papel que desempeña el órgano judicial en estos casos pasa, fundamentalmente, por proteger la libertad de la persona y, de alguna forma, por suplir su falta de capacidad para consentir, adoptando la decisión que resulte más beneficiosa para su salud y bienestar.

Siempre desde este prisma, la tramitación procesal —y es éste el rasgo sin duda más destacado— se rodea de una serie de garantías que pretenden, de una parte, la reunión de todos los elementos de juicio necesarios para resolver con un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra el enfermo. De ahí la obligación de practicar una exploración judicial al enfermo, de recabar el dictamen médico de un facultativo y, en último extremo, de realizar cualquier prueba que el Juez, *motu proprio*, considere relevante. Y, de otra, el adecuado respeto al derecho de defensa de la persona. De donde la necesidad de dar en todo caso audiencia al interesado —que podrá, además, disponer de una representación y defensa técnicas—, así como a aquellas personas que sean solicitadas por el afectado (familiares, amigos, médicos de confianza, etc.). Este cuadro de garantías se completa, en fin, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal³³.

circunstancias modificativas de la capacidad jurídica: los límites de la culpabilidad. *Enfermedad mental y capacidad*, Generalitat de Cataluña, Barcelona, 2000, págs. 67 a 80.

32 El art. 763 de la LEC se refiere, literalmente, al enfermo «que no está en condiciones de decidirlo por sí». Un requisito que los autores que han examinado el precepto coinciden en deslindar con claridad de la situación de incapacidad judicialmente declarada. En otras palabras, la autorización judicial precisada para el internamiento de un enfermo mental no está condicionada a su previa declaración de incapacidad ni tampoco se entiende implícita en ella.

33 Para un estudio detenido de este proceso judicial de internamiento, cabe acudir, en primera instancia, a los numerosos comentarios de la LEC. Entre tantos, pueden verse las obras colectivas *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Atelier, Barcelona, 2000, págs. 3463 a 3476 (comentario de Ignacio Sancho Gargallo); *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. IV, Lex Nova, Valladolid, 2000, 2ª ed., págs. 3977 a 4043 (comentario de Eusebio Aparicio Auñón); y *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, v. II, Aranzadi, Elcano, 2001, págs. 774 a 778 (comentario a cargo de Javier García y García-Sotuca).

Además de estos comentarios, los estudios que abordan los procesos de incapacitación también se detienen con una cierta extensión en el proceso de internamiento de los enfermos mentales. En este sentido, puede acudir a Ignacio Sancho Gargallo, *Incapacitación y tutela...* cit.,

Acordada la medida de internamiento, el Juez mantendrá su posición de garante de la libertad de la persona y, en este sentido, deberá ser informado periódicamente, al menos cada seis meses, sobre la evolución de su estado de salud y sobre la conveniencia de mantener la medida³⁴.

Hecha esta breve presentación del art. 763 de la LEC, sucede que su aplicación se ha postulado por algunos juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo como remedio al silencio que guarda la LJCA sobre el procedimiento a seguir en caso de autorización o ratificación judiciales de medidas de sanidad colectiva. En particular, hay que referirse aquí a la STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2001, relativa a la autorización judicial concedida por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid para efectuar una hospitalización terapéutica obligatoria de un enfermo aquejado de tuberculosis pulmonar³⁵. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia efectúa un análisis detenido de la situación en que se encuentra la normativa sobre esta materia y avala la necesidad de acudir a la regulación del art. 763 de la LEC a fin de superar el vacío legal en torno al procedimiento a aplicar en estos casos. Un planteamiento que está animado, sobre todo, por la marcada dimensión garantista que ofrece el mentado proceso civil. Fruto de esta aplicación analógica se derivan una serie de reglas que habrán de

págs. 137 a 158; e Isabel Huertas Martín, *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (Aspectos procesales y sustantivos)*, Comares, Granada, 2002, págs. 169 a 220.

Hay también, por último, algunas obras específicas. En particular, acúdase a María José Santos Morón, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. En esta última obra, la autora realiza un estudio minucioso del precepto, incorporando elementos muy valiosos de otros ordenamientos foráneos que sirven de referente, llegando a la conclusión de que, a pesar de los aciertos y de la mejora general en lo que a garantías se refiere, sigue sin quedar del todo claro el alcance del supuesto de hecho del internamiento, comenzando por qué debe entenderse por trastorno psíquico a efectos del internamiento o, lo que es lo mismo, a qué sujetos podrá ser aplicado (enfermos mentales, deficientes psíquicos, toxicómanos, etc.).

34 Téngase presente que no es admisible una decisión de internamiento, por así decirlo, «permanente» o «inamovible»; antes bien, su carácter será siempre transitorio pues habrá que comprobar periódicamente si persisten o no los motivos que originariamente justificaron la medida.

35

La relevancia que se da a esta sentencia (STSJ de Madrid núm. 48/2001, de 13 de noviembre, RJCA 2002, 479) viene justificada por dos elementos: el primero por la circunstancia de que es éste uno de los pocos pronunciamientos provenientes de los Tribunales Superiores de Justicia —el único, según los datos que he podido manejar— que se ha ocupado del estudio de este problema; el segundo porque el análisis que en este pronunciamiento se lleva a cabo no pasa de pie puntillas sobre la cuestión, sino que la aborda de manera central. En cualquier caso, quede claro que no ésta una sentencia representativa del parecer de un grueso jurisprudencial —que no lo hay— y sí más bien una orientación destacada en un terreno donde los pronunciamientos escasean.

observarse a la hora de dar curso al art. 8.6.2 de la LJCA, a saber: a) deberá garantizarse el derecho de defensa del interesado. A tal objeto, se le concederá trámite de audiencia, informándole de la existencia del proceso, de las razones que lo motivan y de su finalidad, e invitándole a ser parte del mismo, asistido, si así lo estima oportuno, de abogado y procurador³⁶; b) será necesario dar parte al Ministerio Fiscal para que pueda intervenir en el curso del proceso; c) en la resolución judicial que se dicte, se indicará la duración de la medida, fijando un plazo temporal máximo cuya superación exigirá una nueva autorización judicial; d) el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo llevará a cabo un control de la ejecución de la medida sanitaria, realizando un seguimiento de las circunstancias del lugar en el que se lleve a cabo la misma, de la evolución del enfermo y de cualquier otra incidencia que afecte al internamiento.

A mi modo de ver, la solución alcanzada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid es acertada. Pero sólo en tanto no medie una intervención legislativa que ponga remedio de una vez por todas a este vacío injustificable.

Es acertada porque la analogía con el art. 763 de la LEC hace posible la aplicación de una serie de garantías del todo punto necesarias cuando de lo que se trata es de proteger la libertad —o la integridad física— de una persona que, en contra de su voluntad, va a verse privada de ella para preservar la salud de la población. De entre las opciones posibles, ésta es, por así decirlo, la que ofrece mayores garantías. Sin embargo, supuesto esto, debe quedar claro que esta solución sólo es aceptable si se contempla como una salida transitoria a un problema que requiere, ineludiblemente, una respuesta por parte del legislador. Y digo ineludiblemente porque, como trataré de señalar a continuación, la analogía entre los supuestos a que atañen el art. 8.6.2 de la LJCA y el art. 763 de la LEC es, en rigor, cuando menos, discutible.

En efecto, a mi juicio, el internamiento de un enfermo mental y el internamiento de una persona por razones de salud colectiva constituyen dos supuestos bien distintos. Es verdad que en ambos casos se da un internamiento y que dicha medida se justifica en razones sanitarias en sentido lato. Pero esta apariencia es sólo superficial pues

36

Esta audiencia, señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, deberá realizarse en todo caso, aun cuando las circunstancias no permitan o aconsejen el desplazamiento del enfermo a la sede del Juzgado. Para tales supuestos, cabrá la posibilidad de practicar la audiencia en el mismo centro sanitario o, incluso, por teléfono.

hay en el fondo diferencias insalvables, de entre las que destacan principalmente dos: la situación en que se encuentra el enfermo y la finalidad que se persigue con el internamiento

La primera diferencia tiene que ver con la posición de la persona afectada. Así, mientras en el caso previsto en el art. 763 de la LEC se trata de un enfermo mental, en los supuestos a los que atañe el art. 8.6.2 de la LJCA no necesariamente deberá estar en presencia de un enfermo ya que es perfectamente posible que la medida se imponga a una persona sospechosa de estarlo. En este mismo orden de cosas, es de notar que en el proceso civil de internamiento el enfermo carece de la capacidad para consentir dicha medida y justamente por esto es el Juez quien debe suplir la falta de consentimiento. Una circunstancia radicalmente distinta a la que puede darse en el campo de la salud colectiva, donde la persona a la que se imponga la medida restrictiva de sus derechos fundamentales puede tener sin falta la capacidad necesaria para consentir o no dicha medida. De hecho, como se verá más adelante, la persona puede incluso negarse expresamente a que le sea aplicada la medida de internamiento. Algo que en ningún caso puede producirse en la órbita civil pues es pacífico que, si el enfermo mental posee capacidad de discernimiento suficiente, el internamiento nunca podrá adoptarse en contra de su voluntad.

Sucede, además, que la finalidad que se persigue con la medida de internamiento es muy distinta en ambos casos. En el internamiento de enfermos mentales, el objetivo no es otro que adoptar la decisión que mejor convenga a la salud e intereses del enfermo y, sólo de manera indirecta, se tendrán en cuenta razones de interés público relacionadas con la seguridad de terceros³⁷. En otras palabras, el internamiento no se adopta porque el sujeto en cuestión suponga un peligro para la colectividad, sino porque su trastorno mental aconseja dicho internamiento en beneficio del propio interesado. Un esquema que es, justamente, inverso al que nos ocupa. Porque en el campo de la salud colectiva, el internamiento tiene por objeto principal proteger a la colectividad y, sólo de manera

³⁷ Es ésta una conclusión que no se colige de la sola lectura del art. 763 de la LEC. Sin embargo, la doctrina científica que se ha ocupado del tema coincide por lo general en entender que la medida de internamiento debe tener el norte fijado en el beneficio del propio interesado. Interpretación con la que coincide. Por todos, véase María José Santos Morón, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, en especial págs. 53 a 56. Como concluye esta autora, «dicha medida [se refiere al internamiento] sólo es legítima si, al margen de que pueda redundar en interés de terceros, beneficia a la persona afectada. La privación de libertad que comporta sólo encuentra justificación en el propio bienestar de la persona cuya libertad se limita».

refleja, proteger la salud del propio afectado³⁸. Como se ve, en el primer caso, prima la vertiente individual sobre la colectiva; en el segundo, en cambio, se superpone la faceta colectiva sobre la individual.

Ambas diferencias ilustran bien las diferencias de bulto que existen entre las medidas acordadas por razones de salud mental y las medidas impuestas por motivos de salud colectiva. Queda claro por ello que no conviene adoptar una postura conformista en el sentido de considerar que la aplicación analógica del art. 763 de la LEC permite solventar a la perfección el vacío existente en la LJCA. Al hacerlo así, se pasaría por alto el salto cualitativo que existe entre los supuestos a que sirven ambas regulaciones.

4. Las distintas medidas

A. El internamiento o la hospitalización obligatorios

La lucha contra ciertas enfermedades, en particular aquellas de fácil difusión y elevada letalidad, puede exigir, allí donde supongan una amenaza para la salud pública, la adopción de medidas de internamiento u hospitalización obligatorios con el objetivo de que la persona portadora de la enfermedad —o sospechosa de serlo— sea sometida a un estudio diagnóstico preciso, reciba el tratamiento médico apropiado y, sobre ello³⁹, se frene el contagio de la enfermedad a la población.

En efecto, la hospitalización obligatoria —acompañada incluso, si es preciso, de medidas de aislamiento preventivo— se contempla en términos médicos como reacción apropiada con vistas a combatir ciertas enfermedades transmisibles como es el caso de la tuberculosis respiratoria (se aconseja aquí un aislamiento hospitalario

³⁸ Quiero decir con ello que el internamiento por razones de salud colectiva se justifica en la necesidad de proteger a la colectividad frente al riesgo que supone la libertad de una determinada persona. Ahora bien, lo anterior no significa que la salud individual de esta persona sea algo indiferente. Recuérdese lo que ya se dijo en torno a la dignidad de la persona humana y la imposibilidad de sacrificar sin más la salud de un sujeto por razones vinculadas a la sanidad colectiva.

³⁹ Conviene realizar aquí una breve precisión conceptual. He optado por diferenciar en el conjunto de las medidas ablativas personales la hospitalización (apartado A) de los tratamientos médicos (apartado B) obligatorios. A pesar de que el término «tratamiento médico» puede interpretarse en un sentido amplio y abarcar así no sólo las estrictas intervenciones médicas, sino en general cualquier intervención sanitaria que forme parte del tratamiento del enfermo, y aunque se trata de medidas que, por lo común, vendrán de la mano —a la hospitalización es casi seguro que le acompañará un tratamiento médico—, he estimado oportuno efectuar tal distinción con el objetivo de identificar mejor cuáles son los derechos fundamentales que van a verse afectados en cada caso.

de tipo respiratorio durante las tres o cuatro semanas posteriores al inicio de la quimioterapia), o, por poner otro ejemplo, de la difteria (donde también es indicado el aislamiento hospitalario del enfermo hasta la comprobación de la ausencia del bacilo causante de la enfermedad)⁴⁰.

Ni que decir tiene que esta medida supone una restricción de la libertad personal que luce como derecho fundamental en el art. 17.1 de la CE desde el preciso instante en que el internamiento o la hospitalización se practica, como es natural, en un centro o establecimiento cerrado, reduciendo a un espacio concreto la libertad de deambular de la persona, impidiendo su salida al exterior e incluso el contacto directo o indirecto con otras personas. Aunque el art. 17 de la CE no aluda, *expressis verbis*, a esta forma de privación de la libertad, su legitimidad constitucional viene amparada por el art. 5.1, e) del CEDH, donde sí se hace expresa referencia al «internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa» como posible causa de privación legítima de la libertad⁴¹. Establecida, de este modo, su viabilidad constitucional, resta ahora identificar su anclaje legal.

40 Tanto la tuberculosis como la difteria constituyen ejemplos pacíficos en términos terapéuticos. Existen, no obstante, otras enfermedades en torno a las que la medida de hospitalización obligatoria —y, en su caso, la imposición de tratamientos médicos— resulta más discutible. Estoy pensando, en particular, en los enfermos de sida, respecto de los cuales se ha venido planteando en algún país la posible aplicación de medidas restrictivas de la libertad personal. Sobre esta cuestión véase el trabajo de Edorta Cobreros Mendazona, *Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos del sida)*, en REDA, núm. 57, 1988, págs. 59 y sigs.

41 El art. 5.1, e) del CEDH únicamente alude a la privación de libertad por razones vinculadas a la presencia de una enfermedad contagiosa. Luego cabría dudar, en coherencia con la interpretación restrictiva de los límites de los derechos fundamentales, de la admisibilidad del internamiento en casos de riesgo sanitario para la población distintos al señalado. A falta de un pronunciamiento del TEDH —que, por el momento, no se ha producido—, entiendo que una lectura tan apegada a la literalidad de la norma desvirtuaría el sentido último de la limitación que trata de retratarse. De entrada porque, puestos a postular una interpretación literal, habríamos de concluir que es posible internar a una persona atacada por alguna enfermedad de escasa gravedad pero de elevada capacidad de transmisión o contagio (como la gripe común). La sola referencia a las enfermedades contagiosas, sin más precisión, podría llevar a este tipo de planteamientos disparatados. Pero es que, además, si bien la transmisión de enfermedades es uno de los riesgos para la salud colectiva de mayor envergadura, no cabe descartar la posible aparición de otro tipo de riesgos —que no estén asociados a una concreta enfermedad— pero respecto de los que la persona constituya el agente transmisor. En resumidas cuentas, a mi modo de ver, el art. 5.1 del CEDH debe ser interpretado en la inteligencia de que allí donde un sujeto, por razón de su estado de salud o de sus circunstancias personales, constituya un riesgo grave para la salud de la población podrá ser objeto de una privación de su libertad. El *quid* quedará situado, pues, en qué debe entenderse por riesgo grave para la salud pública.

En nuestro ordenamiento, el internamiento por razones de salud colectiva está previsto como medida especial en la LOMESP. De forma explícita, en su art. 2, con arreglo al cual la autoridad sanitaria competente, ante la aparición de un peligro para la salud de la población —motivado por el estado de salud de una o varias personas o por las condiciones sanitarias en que se realiza una actividad—, «podrá adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control». Y, de forma implícita, en su art. 3, pues cabe entender, en buenos principios, que dentro del llamamiento genérico que se realiza a las «medidas oportunas para el control de los enfermos» en supuestos de enfermedades transmisibles tiene cabida el internamiento o la hospitalización.

La LOMESP proporciona, por tanto, sostén legal para poder adoptar esta medida limitativa de la libertad. Sin embargo, como hubo ocasión de apuntar, no ofrece ninguna indicación más al respecto. Por lo que queda en el aire la resolución de cuestiones tan importantes como el lugar donde deberá llevarse a cabo el internamiento, la posible duración de la medida y, en general, las condiciones en que habrá de desarrollarse la hospitalización. Por no hablar del régimen de garantías para la persona afectada.

Este importante hueco no ha sido rellenado por el legislador. Por el momento, no se ha modificado la LOMESP ni se ha dictado una normativa complementaria que, sin necesidad de rango orgánico, podría ocuparse de importantes aspectos como el lugar de hospitalización. Por si fuera esto poco, tampoco disponemos de la autorizada doctrina del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Estrasburgo. Ninguna de estas dos altas instancias ha tenido ocasión de analizar con detalle las implicaciones del internamiento por razones de salud colectiva. No queda, por consiguiente, más remedio que integrar los distintos aspectos a partir de la aplicación analógica de las construcciones elaboradas con respecto a otro tipo de internamientos, señaladamente del internamiento de enfermos mentales⁴².

Precisamente al amparo de estas enseñanzas cabe extraer algunas orientaciones para conformar un mínimo régimen jurídico del internamiento que nos ocupa. Así, en lo que hace al *lugar* del mismo, su determinación puede venir dada por la valoración puntual, en cada caso, de un triple orden de variantes: deberá seleccionarse aquel cen-

42 Habrá que tener muy en cuenta la doctrina constitucional que versa sobre internamientos obligatorios, fundamentalmente en centros psiquiátricos: SSTC 112/1988, de 8 de junio; 104/1990, de 4 de junio; y 129/1999, de 1 de julio.

tro que resulte más apropiado para tratar la enfermedad, para evitar su contagio a otras personas y, por descontado, para ofrecer un trato digno al afectado. Lo normal será que tales condiciones confluyan en algún hospital⁴³. Pero no cabe descartar la posibilidad de que el internamiento se efectúe en otro establecimiento e incluso que tenga lugar en el propio domicilio del interesado, siempre que se den las referidas circunstancias⁴⁴.

En cuanto atañe a la *duración* de la medida, es claro, a la luz de la jurisprudencia constitucional dictada a propósito de los internamientos de enfermos mentales, que la privación de libertad sólo podrá extenderse por el tiempo estrictamente necesario, en nuestro caso para preservar la salud colectiva.

Por último, el régimen de *garantías* aplicables habrá de ajustarse a la intensidad que marca la presencia de un derecho fundamental como es el de la libertad personal, lo que exigirá, entre otros aspectos, la preceptiva autorización o ratificación judiciales del internamiento cuando a él se oponga la persona afectada⁴⁵.

Pero no acaban aquí los problemas. Porque además de la LOMESP, hay también otras normas que acogen la medida de internamiento por razones de salud colectiva y cuyo ajuste constitucional es todavía más complejo. Es el caso, en primer término, de la *Ley de Bases de Sanidad Nacional* de 1944. Con arreglo a las previsiones de esta Ley, la hospitalización obligatoria constituye una reacción posible para la defensa de la salud de los ciudadanos (base única del Título Preliminar⁴⁶) y, señaladamente, su uso se impone a la hora de combatir riesgos sanitarios como la propagación de enfermedades contagiosas (base cuarta⁴⁷).

⁴³ *Atrás quedan los ancestrales lazaretos surgidos como reductos para llevar a cabo medidas de cuarenta y aislamiento.*

⁴⁴ *En este último caso, más que la libertad personal del afectado, en rigor, sólo estará en juego su libertad deambulatoria.*

⁴⁵ *No es ocioso notar, en fin, que afectado dispondrá de la posibilidad de activar el singular procedimiento de habeas corpus cuando considere que su internamiento es ilegal (art. 17.4 de la CE y Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de regulación del procedimiento de «Habeas Corpus»), exigiendo en tal caso la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial.*

⁴⁶ *Según puede leerse allí: «para el logro de la salud y el fortalecimiento de los ciudadanos, así como el mejoramiento físico del pueblo español, el Estado podrá imponer obligaciones y limitaciones especiales. Por tanto, en los casos y las condiciones que prevengan las leyes y reglamentos podrá ordenarse con carácter obligatorio las vacunaciones, el empleo de medios preventivos, el reconocimiento individual, el aislamiento, la hospitalización, la vigilancia y otras medidas sanitarias de prevención y tratamiento [...]» (la cursiva es mía).*

⁴⁷ *En los párrafos segundo y tercero de la base cuarta (Lucha contra las enfermedades infecciosas. Desinfección y desinsectación) de la LBSN se contempla la posibilidad de ordenar el aislamiento y, en su caso, la*

Siguiendo esta pauta, el *Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas* de 1945 dedica un Capítulo específico, el segundo, al *aislamiento de los enfermos infecto-contagiosos*⁴⁸.

Animada por este mismo objetivo de contener las enfermedades transmisibles, esta vez para evitar su introducción en España —o, acaso, su exportación—, también la normativa en materia de sanidad exterior contempla la hospitalización obligatoria como medida aplicable a los pasajeros que sean sospechosos de ser portadores de las mismas. Más concretamente, el *Reglamento Orgánico de Sanidad Exterior*, aprobado en 1934, prevé la adopción de dos tipos de medidas sobre aquellos pasajeros que, portando una enfermedad transmisible —o siendo sospechosos de serlo—, puedan ser considerados una amenaza⁴⁹ para la salud colectiva: la observación y la vigilancia. La *observación* supone la necesidad de someter al pasajero a las medidas de aislamiento que se estimen pertinentes a fin de evitar que la enfermedad pueda propagarse. La *vigilancia*, en cambio, no exige el aislamiento de la persona sospechosa de padecer una enfermedad contagiosa, aunque sí queda obligada a pasar por una serie de cautelas que pueden incluir la obligación de soportar un examen médico, así como las investigaciones necesarias para la comprobación de su estado de salud, y, en su caso, la obligación de notificar los lugares de residencia en España, presentándose a intervalos fijos ante las autoridades sanitarias a efectos de seguimiento y control.

hospitalización obligatorios de los enfermos infecciosos por parte de los Jefes de Sanidad, los Alcaldes y los Jefes locales de Sanidad.

⁴⁸ *En efecto, dentro del entramado de medidas estatuidas por el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas para combatir eficazmente la propagación de enfermedades transmisibles entre la población tiene un espacio propio la regulación de la medida de aislamiento (Capítulo II, arts. 13 a 17). Se trata de una medida que podrá aplicarse, en principio, a cualquier «enfermo infecto-contagioso», por medio de orden del Jefe provincial de Sanidad o, en su caso, del Jefe local de Sanidad. Ordenada la medida, podrá ponerse en práctica en distintos lugares en función, principalmente, de la naturaleza de la enfermedad y del peligro de difusión que entrañe. Así, cabrá asilar al enfermo en un hospital; en su propio domicilio, «siempre que se disponga de una habitación de condiciones higiénicas suficientes»; o incluso en los locales de aislamiento municipales que todo Municipio tiene la obligación de disponer —bajo la responsabilidad directa del Alcalde— en las afueras del pueblo.*

⁴⁹ *En especial, acúdase al Capítulo X (Medidas sanitarias en el puerto de llegada, arts. 82 y sigs.) para las medidas relacionadas con los barcos; y al Capítulo XIV (Medidas en las fronteras terrestres, arts. 131 y sigs.) por lo que atañe al transporte terrestre por ferrocarril, carreteras o vías fluviales.*

En cuanto al tráfico aéreo, es preciso acudir a lo dispuesto en el Reglamento de Sanidad Exterior de Aeronavegación (aprobado por Decreto de 14 de julio de 1950), en el que también se contemplan las medidas de observación y vigilancia.

El acomodo o encaje constitucional de estas dos regulaciones resulta complejo a mi entender por un doble orden de aspectos.

De una parte, está la señalada ausencia de garantías para la persona afectada. Tanto el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas de 1945 como el Reglamento Orgánico de Sanidad Exterior de 1934 acusan, por razón de su propio encuadre histórico, un importante déficit de garantías: la preocupación que se deja sentir en estos textos no se centra —desde luego no de manera principal, pero tampoco de manera secundaria— en la protección de la persona que va a sufrir una intromisión en su esfera personal, sino en la salvaguarda de la salud colectiva; es éste el aspecto en el que la Administración concentrará todos sus esfuerzos y, por ese motivo, no es raro que la dimensión garantista brille más bien poco.

De todas formas, no es esta ausencia de garantías un motivo para sostener, sin más, la inconstitucionalidad de ambos reglamentos. Antes de ello, el vacío puede tratar de subsanarse mediante un ejercicio de integración semejante al que también precisa la LOMESP. Se trata, igualmente, de imponer en la aplicación de las medidas contenidas en esta regulación las garantías que por fuerza dimanarían del sistema de derechos estatuido por la CE.

Pero hay aún otro aspecto que hace más complejo mantener la constitucionalidad de estas normas como parámetros para amparar la adopción de medidas ablatorias sobre la persona. Por encima incluso de la ausencia de garantías, lo que resulta complicado sortear es la propia configuración de las medidas desde el momento en que las mismas se contemplan en los citados reglamentos como remedios «normales» para hacer frente a los riesgos propios de las enfermedades transmisibles. En otras palabras, el carácter extraordinario que, por principio, han de tener las medidas ablatorias personales, y que, mejor o peor expresado, está presente en la LOMESP, no se deja sentir sin embargo en ellos. Baste comprobar simplemente la amplitud de los supuestos de hecho que permiten activar estas medidas. Una amplitud que lleva a extremos difícilmente justificables en términos constitucionales como el previsto en el art. 136 del Reglamento de Sanidad Exterior al disponer que «en las estaciones sanitarias fronterizas permanentes podrán ser detenidos los viajeros sospechosos de enfermedad infectocontagiosa común y *aquellos que por su condición social de vagabundos constituyan, por su incuria y desaseo, peligro para la salud pública y sea conveniente aplicarles medidas de desinfección, aseo*

personal y vacunación». Una previsión que, como se ve, refleja una concepción de las medidas ablatorias personales ya superada y que, en la actualidad, resulta desmedida pues, como ya se ha dicho en más de una ocasión, sólo los problemas de salud colectiva de una cierta gravedad son capaces de justificar una injerencia en los derechos fundamentales de la persona.

Sucede, además, que, juntamente a las enfermedades infecciosas, la LBSN deja las puertas abiertas para imponer medidas de hospitalización en supuestos que, a día de hoy, difícilmente pueden superar el filtro inembargable de la dignidad humana que luce en el art. 10.1 de la CE. No se trata sólo de que la medida de hospitalización se extienda a supuestos leves en términos de salud pública, sino que se prevé su aplicación para con situaciones en las que la defensa de la salud colectiva difícilmente puede justificar hoy la privación de libertad de la persona. Repárese de esta guisa en los preceptos dedicados a las *enfermedades sexuales* (base undécima⁵⁰) o a la *lepra* (base duodécima⁵¹). Aunque la actualización de estas bases —que figuraba entre las encomiendas de la Disposición final quinta de la LGS— no ha sido llevada a término y, por tanto, siguen formalmente en vigor, no parece necesario desarrollar grandes argumentos para sostener sin reparos su inconstitucionalidad sobrevinida a la luz de la Disposición derogatoria, párrafo tercero, de la CE⁵².

50 A tenor de esta base undécima, «el tratamiento de las enfermedades sexuales será obligatorio, pudiendo recurrirse al internamiento de los indisciplinados durante la fase de contagio [...]» (la cursiva es mía).

51 En ella puede leerse que «los médicos que descubran casos de lepra o traten leprosos decidirán, con la aprobación del Jefe provincial de Sanidad correspondiente, si es necesario el aislamiento o si pueden ser tratados en los dispensarios, domicilio particular, enfermerías provinciales o del servicio sanitario central».

52 Ya otros autores antes que yo han expresado sus dudas sobre la constitucionalidad de estas previsiones. Entre ellos, Juan Luis Beltrán Aguirre, *La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas*, en RVAP, núm. 6, 1983, págs. 183-185; o Edorta Cobreros Mendazona, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud...*, cit., págs. 358-359; y *Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos del sida)*, cit., págs. 59 y sigs.

Es importante notar, para ser justos, que la hospitalización obligatoria dispuesta por estas bases se fue matizando en los sucesivos desarrollos reglamentarios —primero, el Reglamento de la lucha contra la lepra, dermatosis y enfermedades sexuales (Decreto de 8 de marzo de 1946), y luego el Reglamento de la lucha contra la lepra, enfermedades venéreas y dermatosis (Decreto de 4 de julio de 1958)—, especialmente en lo que concierne a la lepra. Así, ya en el Reglamento de 1946 puede evidenciarse cómo la hospitalización forzosa se concibe en el caso de la lepra con carácter extraordinario, sólo aplicable allí donde el tratamiento domiciliario no reúna las condiciones de seguridad necesarias. Pero el salto se hace más evidente en el Reglamento de 1958, cuyo art. 10 declara lo siguiente:

Son estas últimas circunstancias —y no tanto la ausencia de garantías— las que llevan a postular la conveniencia de reconducir la adopción de la hospitalización forzosa prevista en estas normas —y, en general, de cualquier medida ablatoria personal— a los márgenes de la LOMESP. Algo que no resulta en modo alguno complicado desde un punto de vista hermenéutico habida cuenta de las formulaciones tan abiertas utilizadas en su articulado⁵³.

B. Los tratamientos médicos forzosos

Una segunda medida ablatoria que puede ser proyectada sobre la propia persona viene dada por la imposición, con carácter forzoso —esto es, sin el consentimiento del afectado o aun en contra del mismo—, de un determinado tratamiento médico⁵⁴. Dicho tratamiento se enderezará a combatir la enfermedad y, al propio tiempo, en el caso de las enfermedades transmisibles, a evitar su difusión, con el riesgo que ello comporta para la salud pública⁵⁵.

Si la hospitalización forzosa ponía en jaque la virtud de la libertad personal, la imposición de estos tratamientos entra en liza esta vez con el derecho fundamental a la integridad física y moral. E incluso, en algunos casos, con

«Quedan sin efecto todas las medidas en el tratamiento de la lepra que tengan carácter discriminatorio, y los enfermos lepromatosos sólo podrán ser hospitalizados forzosamente en casos excepcionales, de acuerdo con las normas vigentes para las restantes enfermedades infecciosas; la hospitalización forzosa en cada caso particular sólo podrá ser adoptada a propuesta de los Jefes provinciales de Sanidad. En todos los casos restantes se acudirá a la propaganda y a la persuasión para hospitalizar a los enfermos contagiosos en que las autoridades competentes consideren que el tratamiento ambulatorio constituye un peligro sanitario».

Esta evolución reglamentaria es bien demostrativa de la progresiva dulcificación del dictado de la LBSN, demostrando al cabo la conveniencia de su actualización, cuando no de su simple derogación. Visto que tal tarea no ha sido ejecutada por el legislador —ni parece que vaya a serlo—, la solución que se me antoja más coherente es recurrir a la Disposición derogatoria, párrafo tercero, de la CE y mantener sin más ambages la derogación implícita, al menos de las bases undécima y duodécima. Los argumentos para entenderlo así sobran, comenzando por el respeto a la dignidad de la persona y al sistema de derechos fundamentales que dan cuerpo a la parte dogmática de nuestro texto constitucional.

⁵³ Tanto el tenor literal del art. 2 como del art. 3 de la LOMESP constituyen, en este sentido, enunciados con la flexibilidad y hechura suficientes para albergar cualquiera de los supuestos cubiertos tanto por el Reglamento de lucha contra las enfermedades infecciosas como por el Reglamento de Sanidad Exterior.

⁵⁴ En qué consista este tratamiento dependerá de la concreta enfermedad a combatir.

⁵⁵ Normalmente, tiende a señalarse como ejemplos demostrativos de la necesidad de imponer tratamientos médicos forzosos por razones de salud colectiva los enfermos tuberculosos activos que se resisten a ser tratados y los enfermos mentales agresivos. Este último supuesto escapa, no obstante, a mi entender, a las razones de protección de la salud pública en sentido estricto y se enmarca más bien en el tratamiento de los enfermos mentales al que se hizo referencia más atrás.

el derecho a la intimidad, sin olvidar su posible incidencia sobre la libertad ideológica y religiosa.

En cuanto a la integridad física se refiere, hay que tener en cuenta que este derecho protege a la persona frente a cualquier clase de intervención practicada sobre su cuerpo y realizada sin su consentimiento. Como se ha encargado de señalar el Tribunal Constitucional, el derecho a la integridad física supone, ni más ni menos, el derecho a la «inviolabilidad de la persona» o, como también ha dicho, a su «incolumidad corporal», lo que supone el derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento⁵⁶. De este modo, queda vedada, por de pronto, cualquier suerte de intervención médica: «este derecho fundamental resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional»⁵⁷. Pero su radio de acción no queda limitado al ámbito sanitario; antes bien, abraza todo tipo de intervención sobre el cuerpo, sea de corte sanitario o no. Por este motivo, las «intervenciones corporales» de carácter policial —realizadas, por ejemplo, en el curso de una investigación penal— suponen, en principio, una agresión al derecho a la integridad física.

A la luz de esta jurisprudencia, es evidente que la imposición de un tratamiento médico forzoso por razones de salud colectiva representa, a priori, una lesión del derecho a la integridad física.

Por otra parte, no hay que desconocer la posible colisión con otros derechos como el derecho a la intimidad corporal —que forma parte del derecho a la intimidad personal *ex art.* 18.1 de la CE— si la actuación sanitaria requiere un reconocimiento que, por las partes del cuerpo sobre las que recaiga o por los instrumentos a utilizar en la exploración, atenten contra el recato o pudor personales que es el valor que se protege con el derecho a la intimi-

⁵⁶ La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en torno a la significación y límites del derecho a la integridad física y moral se contiene, fundamentalmente, en las siguientes sentencias: SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio («huelgas de hambre reivindicatorias» de internos penitenciarios y posibilidad de ordenar su alimentación forzosa); 215/1994, de 14 de julio —y ATC 261/1998, de 24 de noviembre— (esterilización de incapaces); 48/1996, de 25 de marzo (excrcelación de un interno por padecer una enfermedad grave e incurable); 207/1996, de 16 de diciembre (diligencia pericial de corte de cabello y vello de axilas tendente a averiguar si es consumidor de cocaína); y 234/1997, de 18 de diciembre (prueba de análisis de sangre en el marco de un control de alcoholemia).

⁵⁷ Así se expresa la STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8°.

dad corporal⁵⁸. De igual forma, es preciso significar que, en ciertas hipótesis, el tratamiento médico puede colisionar con la libertad ideológica y religiosa⁵⁹.

En cualquier caso y sin desconocer este posible enfrentamiento con los derechos a la intimidad corporal y a la libertad ideológica y religiosa, es claro que el tratamiento forzoso se opone, principalmente, al derecho a la integridad física, según la inteligencia que de tal derecho ha sentado nuestro Tribunal Constitucional.

Esto supuesto, hay que comenzar por señalar que el art. 15 de la CE, al igual que el art. 17 *ibídem*, nada indica con respecto a la posibilidad de limitar el derecho a la integridad física por razones de salud colectiva. Una circunstancia que, evidentemente, no liquida la imposición de tratamientos médicos forzosos animados por esta finalidad pues es claro que la protección de la salud de la comunidad es motivo más que legítimo para infligir alguna restricción de este derecho. Como la libertad personal, tampoco la integridad física es un derecho absoluto y en caso de conflicto puede, por tanto, plegarse ante otras exigencias o intereses que requieran una mayor protección.

De esta guisa, la imposición de tratamientos médicos puede erigirse, también, en una respuesta de la Administración ante personas que, por su estado de salud, supongan una amenaza para la salud colectiva. En esta línea, el art. 2 de la LOMESP hace alusión expresa, entre otras, a las «medidas de tratamiento» como reacción posible para atajar el peligro para la salud de la población. Posibilidad que también cabe reconducir, aun de manera implícita, a la dicción literal del art. 3 («medidas oportunas para el

control de los enfermos») para el caso de las enfermedades de carácter transmisible. Aparte de esta cobertura formal, nada más se indica en esta Ley en lo que concierne al contenido del tratamiento, a sus propiedades y al régimen de garantías. Cabe por ello hacer extensivas las críticas vertidas en el apartado anterior en torno a la extrema parquedad de esta regulación. De igual forma, cabe dar por reproducidas las dudas sobre el acomodo constitucional de las reglamentaciones de carácter preconstitucional que alojan medidas de tratamiento médico forzoso y sobre la conveniencia de reconducir la adopción de este tipo de medidas a los márgenes de la LOMESP.

Es de notar, eso sí, que la cobertura legal que presta la LOMESP a esta medida se ha visto reforzada por la entrada en escena de la *Ley de Derechos del Paciente* (2002) y, más concretamente, por la normación que en ella se recoge acerca del consentimiento del paciente⁶⁰. En efecto, la LDP ha venido a refrendar en cierta forma la capacidad de la salud pública como causa de justificación de los tratamientos médicos forzosos⁶¹. En este sentido, la protección de la salud de la colectividad aparece reconocida como uno de los dos únicos motivos que pueden hacer quebrar el postulado básico y central según el cual cualquier intervención en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter previo, el consentimiento del paciente. Esta exigencia ineludible que supone el consentimiento sólo cede, como decimos, en un doble orden de supuestos: de un lado, cuando concurra un riesgo inmediato grave para la propia salud del enfermo y no sea posible conseguir su autorización; y, de otro, cuando exista un riesgo para la

⁵⁸ El derecho a la intimidad corporal constituye una manifestación específica del derecho a la intimidad. Si éste tiene por objeto proteger de ingerencias externas el ámbito propio y reservado al conocimiento de los demás de cada persona, el derecho a la intimidad corporal se centra, de manera más específica, en la salvaguarda del recato o pudor corporal. Sobre el particular, acúdase a la jurisprudencia constitucional compuesta, en lo esencial, por los pronunciamientos que siguen: SSTC 37/1989, de 15 de febrero (reconocimiento médico tendente a investigar un delito de aborto); 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio (intervención médica ante una huelga de hambre); 7/1994, de 17 de enero (prueba biológica de paternidad); 57/1994, de 28 de febrero (desnudo y flexiones para comprobar la tenencia de estupefacientes); 35/1996, de 11 de marzo (Rayos X al objeto de comprobar la tenencia de estupefacientes); 207/1996, de 16 de diciembre (corte de cabello y vello con el objeto de esclarecer la drogodependencia de una persona); 234/1997, de 18 de diciembre (prueba de espiración de aire en un control de alcoholemia).

⁵⁹ Enfrentamiento polémico donde los haya en torno al cual ha tenido ocasión de pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional: ATC 369/1984, de 20 de junio; y SSTC 24/1994, de 27 de enero; 166/1996, de 28 de octubre; y 154/2002, de 18 de julio (negativa a la transfusión de sangre por motivos religiosos).

⁶⁰ Para abundar en el trascendental tema del consentimiento del paciente, cabe recomendar la consulta de los siguientes trabajos: Jesús Sánchez-Caro y Javier Sánchez Caro, *Consentimiento informado y Psiquiatría. Una guía práctica*, Mapfre, Madrid, 1998; Pablo Simón Lorda, *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*, Triacastela, Madrid, 2000; Julio César Galán Cortés, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001; y José Guerrero Zaplana, *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2004. Por cierto que en todos estos autores se deja sentir, de manera muy marcada además, la influencia de las enseñanzas que a este respecto ofrece el Derecho norteamericano.

⁶¹ A refrendar por cuanto que la LGS ya aludía en su art. 10.6, a) a la posibilidad de prescindir del previo consentimiento escrito del usuario «cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública». En realidad, como bien apunta Simón Lorda, la imposición de medidas terapéuticas a un enfermo, aun en contra de su voluntad, cuando éste ponga en peligro la salud de la colectividad constituye un postulado elemental e ínsito a la propia Medicina. Tal vez precisamente por retenerlo elemental, no ha recibido una atención específica por parte de la doctrina científica, preocupada por la inteligencia de otras excepciones más controvertidas (Pablo Simón Lorda, *El consentimiento informado...*, cit., págs. 262-263).

salud pública⁶². En ambos casos, será hacedero llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables, a pesar de que no se cuente con el beneplácito expreso del afectado⁶³. Sin embargo, las razones de salud pública o colectiva introducen un plus que importa retener. Porque no sólo habilitan la imposición de una intervención clínica *sin contar con el consentimiento* del paciente —allí donde dicho paciente no pueda expresarlo—, sino que, a diferencia del primer motivo vinculado a la protección de la salud individual del propio afectado, en los supuestos en que se halle en juego la salvaguarda de la salubridad pública, el tratamiento médico forzoso tendrá cabida *aun en contra de la voluntad expresa* del paciente.

C. Especial referencia a las vacunaciones obligatorias

a) La imposición de vacunas a la población a fin de prevenir ciertas enfermedades: consideraciones generales sobre sus bondades y riesgos

Una de las medidas más características del ámbito de la salud pública viene dada por el suministro a la población de vacunas contra ciertas enfermedades. Desde que en 1796 se descubriera la vacuna contra la viruela, obra de Edward JENNER, la vacunación se ha convertido en uno de los capítulos básicos en la protección de la salud colectiva. Y también en uno de los más laureados. Cuenta en su haber con algunos de los éxitos más sonados en la Historia de la Medicina: ahí está, sin ir más lejos, la erradicación de la viruela y el freno a numerosas enfermedades, de antaño letales, como la poliomielitis, la difteria o el sarampión⁶⁴. No cabe duda en este sentido de que la vacuna constituye un instrumento preventivo formidable que sigue jugando en nuestros días una importancia capital a la hora de combatir determinadas enfermedades, algunas de las cuales, además, no disponen de un tratamiento específico para su curación o, si lo tienen, sólo posee una

eficacia limitada. No sería exagerado afirmar, en definitiva, que la vacunación es la técnica preventiva por excelencia en orden a proteger la salud de la población⁶⁵.

Desde un punto de vista científico, las vacunas se definen como unas medidas profilácticas tendentes a inmunizar a un individuo frente a la aparición de una concreta enfermedad. En su caracterización clásica, las vacunas se clasifican en dos especies: las vacunas «atenuadas» consistentes en una versión debilitada del patógeno o agente que produce la enfermedad, como es el caso de la vacuna contra el sarampión, la rubéola o la varicela, por poner algunos ejemplos; y las vacunas «inactivadas» fabricadas a partir de una versión muerta de dicho patógeno, grupo al que podrían reconducirse las vacunas contra la gripe o la tos ferina, entre otras⁶⁶. Sin perjuicio de las diferencias existentes, ambas comulgan en un mismo objetivo que no es sino preparar al sistema inmunitario de una persona frente al ataque de una cierta enfermedad a través de una suerte de «infección fingida» que garantiza que en un futuro el organismo estará instruido para rechazar de manera rápida, antes de que se establezcan en el organismo, los virus, las bacterias o los parásitos causantes de la enfermedad. Se pretende, pues, que el sujeto vacunado pueda vencer a la infección mediante una respuesta defensiva de su propio sistema inmunitario, produciendo anticuerpos específicos contra el agente infeccioso.

65 *Demostrativo de este parecer muy extendido entre los médicos y profesionales de la sanidad es Lluís Salleras Sanmartí, quien, en el prefacio a la obra colectiva que él dirige (Vacunaciones preventivas. Principios y aplicaciones, Masson, Barcelona, 1998), afirma que «puede concluirse que probablemente no existe en medicina preventiva ninguna otra medida que sea tan eficaz, efectiva, segura y eficiente como la vacunación» (ídem, pág. XIV).*

66 *También suelen clasificarse las vacunas según la duración de la inmunidad que proporcionan. Así, la protección que ofrecen ciertas vacunas es sólo temporal, desaparece después de un tiempo, por lo que hay que repetir las periódicamente (a través del llamado «recuerdo»). Otras, en cambio, confieren inmunidad de por vida.*

Se manejan, también, otros criterios de clasificación como el origen de los antígenos que conforman la vacuna, sus vías de administración, etc.

No está de más significar que, en la actualidad, se han abierto nuevos horizontes en el campo de las vacunas gracias a los avances de la biotecnología que hacen pensar en la superación de muchas barreras que constreñían la eficacia de la vacunación a un grupo cerrado de enfermedades.

Para una exposición médica detallada acerca de las vacunas y del extenso abanico de cuestiones que giran a su alrededor, nada mejor que acudir a alguno de los tratados y manuales dedicados a la Higiene y Salud Pública en los que es habitual reservar un espacio a la vacunación y su trascendencia en las políticas de salud pública. Muy entendedor es, por ejemplo, Francisco Salmerón García, «Las enfermedades sometidas a programas de vacunación: aspectos epidemiológicos y preventivos», en Salud Pública, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 477 a 495. Para un examen más profundo, acúdase al tratado colectivo dirigido por Lluís Salleras Sanmartí, Vacunaciones preventivas. Principios y aplicaciones, Masson, Barcelona, 1998.

62 Véase el art. 9.2, a) de la LPD, transcrito anteriormente.

63 *Me parece importante remarcar que el art. 9.2, a) de la LDP únicamente autoriza a la Administración a practicar, sin o en contra de la voluntad del paciente, las medidas terapéuticas indispensables. Por tanto, las actuaciones que vayan más allá de lo estrictamente necesario para proteger la salud de la colectividad exigirán el consentimiento informado del afectado. Este postulado encaja, por lo demás, con la necesidad de que el sacrificio sobre los derechos fundamentales de la persona sea el menor posible.*

64 *Entre los muchos episodios que podrían ser colacionados, es bien conocido el acontecido en 1803 en España, cuyo bicentenario, por cierto, era hace poco objeto de conmemoración. En dicha fecha, partió una expedición naval al mando del doctor Francisco Xavier Balmis con el objetivo de llevar la vacuna de la viruela hacia las posesiones españolas en ultramar (América e Islas Filipinas). La expedición, de carácter filantrópico, se prolongó tres años.*

No parece necesario insistir a estas alturas en las bondades de la vacuna como técnica de inmunización. Es sabido que son muchos los logros alcanzados gracias a las mismas. Sin embargo, importa significar aquí, por lo que más adelante se dirá, que su utilización no está exenta de graves riesgos. Entre tales riesgos, destaca la posibilidad de que la vacuna sea el detonante del desarrollo completo de la enfermedad en personas cuyo sistema inmunitario no esté en perfectas condiciones (como es el caso de los ancianos). Es también posible, se ha dicho, que los virus debilitados, utilizados en las vacunas atenuadas, experimenten mutaciones que les hagan recobrar su virulencia, provocando una infección real y no fingida. Se ha significado, asimismo, el riesgo de reacciones alérgicas producidas por ciertas vacunas a consecuencia de la presencia de productos secundarios contaminantes utilizados en el proceso de fabricación. Así, se ha detectado la presencia de restos de formol y de mercurio en algunas vacunas. De todos estos riesgos, hay, también, ejemplos alarmantes. Como los episodios de poliomielitis asociada a la vacunación o el fallo multiorgánico vinculado a la vacuna contra la fiebre amarilla.

Todos estos factores han propiciado la exigencia de un mayor control en cuanto a la seguridad de las vacunas y no sólo con respecto a su eficacia, así como la mejora e intensificación de los programas de vigilancia de los efectos y reacciones adversos de las vacunaciones. Pero no sólo eso. A la vista de las múltiples dudas que gravitan sobre los efectos en el uso de vacunas, una parte de la comunidad científica médica cuestiona abiertamente la «fe ciega» en las bondades de las vacunas y reclama un uso comedido de las mismas. Una posición que ha encontrado eco en ciertas organizaciones sociales que no comparten el carácter obligatorio con el que, a día de hoy, se imponen por el Estado ciertas vacunas en el marco de los programas sistemáticos de vacunación de la población que rigen en buena parte de los países del mundo y, entre ellos, España⁶⁷.

⁶⁷ Para conocer con más detalle la postura mantenida por este tipo de asociaciones sociales, así como los argumentos esgrimidos, puede acudir en nuestro país, por ejemplo, a la página web de la «Liga para la Libertad de Vacunación»: <http://www.vacunacionlibre.org>. Según se declara en ella, el mensaje principal que pretende transmitirse es el siguiente: «no estamos en contra de la vacunación, pero sí de la vacunación sistemática [...] para poder responsabilizarnos de nuestra propia salud se necesita tener más información».

En contra de estos planteamientos, hay, lógicamente, otras voces que se alzan con fuerza. Véase, por ejemplo, la viva defensa que de la vacunación se hace en <http://www.todosvacunados.com>.

Lógicamente, en materias como ésta, en las que existe un claro enfrentamiento de posiciones y en las que se contraponen argumentos y datos

En lo que hace a nuestro ordenamiento jurídico, la utilización de la vacuna como técnica ablativa, es decir, como medida impuesta con carácter obligatorio por motivos de salud colectiva, aparece contemplada en un doble orden de supuestos. De una parte, está la posible administración de la vacuna como medida especial acordada al amparo de la LOMESP. Se trataría, en este sentido, de un tratamiento sanitario forzoso que, en principio, supondría una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física y que, por tanto, en ausencia de consentimiento de la persona afectada, requeriría, como acaba de ser visto, la autorización judicial, amén de la observancia de las restantes garantías de limitación de un derecho fundamental. La vacuna obligatoria actuaría aquí como medida para combatir una situación de alerta sanitaria similar a la vivida con ocasión de la «gripe aviar» frente a la que se barajó la posibilidad de desarrollar una vacuna y de suministrarla con carácter sistemático y obligatorio en caso de expansión incontrolada de la enfermedad.

De otro lado, y éste es el supuesto que más interesa, la vacuna también aparece prevista en nuestro ordenamiento como técnica ordinaria de prevención destinada a toda la población o bien a un colectivo en particular (militares, profesionales sanitarios, etc.).

Dejando a un lado aquellos supuestos en los que su administración es voluntaria, ya esté recomendada o no —casos en los que no cabe hablar en puridad de la vacuna como una medida ablativa de policía—, importa significar la existencia de una serie de vacunas cuya aplicación viene impuesta como parte de un programa público de inmunización del conjunto de la población. Este grupo de vacunas obligatorias ha ido evolucionando con el tiempo al compás, entre otros factores, de la propia evolución de las vacunas, de las enfermedades y del estado de salud de la población. En la actualidad, pueden citarse en este sentido las vacunas contra el tétanos, la difteria, la tos ferina,

científicos difíciles de interpretar para quien no cuenta con conocimientos médicos, resulta muy complicado recomendar al lector alguna fuente de información fiable y objetiva. En cualquier caso, siempre constituyen un buen referente los trabajos de la Organización Mundial de la Salud. Precisamente en su seno, se creó, en 1999, el «Comité Consultivo Mundial sobre Inocuidad de las Vacunas» (GACVS, acrónimo de Global Advisory Committee on Vaccine Safety) que tiene por misión el estudio de los problemas que rodean a la inocuidad de las vacunas a fin de ofrecer una respuesta rápida y rigurosa a las alertas mundiales que advengan, y de hacerlo con rigor científico. Los resultados de la labor de este Comité pueden verse en http://www.who.int/vaccine_safety/en/index.html.

En la página web de La OMS se hallará, además, amplia y detallada información sobre las vacunas en general (<http://www.who.int/vaccines>) e incluso un sistema de vigilancia permanente sobre las vacunaciones (<http://www.who.int/vaccines-surveillance>).

la meningitis C, la hepatitis B, el sarampión o la rubéola, entre las más conocidas.

El sostén normativo para armar el carácter obligatorio de estas vacunas lo proporcionado todavía hoy la base cuarta de la LBSN de 1944⁶⁸. Esta base, en su párrafo sexto, establece la obligatoriedad de una serie de vacunas: algunas vienen concretadas de manera nominal por el propio legislador (caso de la viruela y de la difteria); pero las restantes corresponderá determinarlas a la Administración sobre la base de una serie de criterios muy amplios. Así, en el caso de infecciones tíficas y paratíficas, será dable ordenar su administración cuando se juzgue conveniente a la vista de la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o del estado epidémico del momento o previsible. Para el resto de infecciones, la Administración podrá imponer la inoculación en tanto se cuente con una vacuna de reconocida eficacia y que no entrañe peligro alguno.

Esta previsión fue desarrollada por el *Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas de 1945*⁶⁹ y, más tarde, en 1980, ya en época democrática, fue objeto de una ligera modificación por efecto de la *Ley de Vacunaciones Obligatorias Impuestas y Recomendadas*⁷⁰. A pesar de su título, esta Ley —que consta de un solo artículo— únicamente modificó la LBSN en el sentido de excluir la obligatoriedad de la vacunación contra la viruela⁷¹ y la difteria. En todo lo demás, se mantuvo la dicción original de la LBSN.

Por su parte, la LGS omitió cualquier referencia en su articulado a la aplicación de las vacunaciones preventivas sistemáticas, limitándose a establecer, como en tantas otras materias relacionadas con la salud colectiva, un encargo al Ejecutivo a fin de que actualizase la aludida

68 En efecto, el párrafo sexto de la base cuarta de la LBSN previene que «se declaren obligatorias las vacunaciones contra la viruela y la difteria en la forma que determinarán los reglamentos. Se mantiene la obligatoriedad de las vacunaciones preventivas contra las infecciones tíficas y paratíficas cuando por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades, estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total y parcial y en que ésta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias».

69 En concreto, por su Capítulo IV (Vacunaciones preventivas, arts. 21 a 27). En dicho Capítulo, se remarca la obligatoriedad de la vacunación contra la viruela y la difteria, al tiempo que se establecen algunas previsiones sobre la vacuna contra la tuberculosis y la antiifoparatífica.

70 Ley 22/1980, de 24 de abril, sobre Vacunaciones Obligatorias Impuestas y Recomendadas.

71 Recuérdese que, en ese mismo año, 1980, la OMS declaró la erradicación mundial de la viruela.

Ley de Vacunaciones Obligatorias⁷². Dicha actualización, empero, nunca se llevó a término.

En cualquier caso, se desprende de lo dicho que la vacunación obligatoria cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con un basamento legal que legitima su imposición no sólo en situaciones de riesgo excepcional y grave para la salud pública (LOMESP), sino también en el marco de una política de vacunación sistemática de carácter estable (LBSN)⁷³.

b) Algunos problemas específicos que plantean las vacunaciones sistemáticas: la «sanción» por la falta de vacunación y la responsabilidad por los daños derivados de las vacunas

Aclarado el soporte legal que ampara el uso de las vacunaciones sistemáticas en nuestro país, es importante señalar que en torno a las mismas se plantea una serie de interrogantes jurídicos que, a diferencia de cuánto ha acontecido en otros Estados, han pasado un tanto desapercibidos entre nosotros⁷⁴. En concreto, hay que llamar la atención sobre las dos cuestiones que se me antojan de mayor fuste: de un lado, las repercusiones que cabe asociar a la negativa de una persona a ser vacunado —en los supuestos, claro es, de que la vacuna sea suministrada de forma obligatoria—; y, de otro, el régimen de la responsabilidad patrimonial asociado a la producción de alguna lesión a raíz de la vacuna inoculada.

a) La primera de las cuestiones anunciadas se contrae a elucidar cuáles son las repercusiones que pueden seguirse de la negativa a someterse a la vacunación prescrita. Por de pronto, es claro que allí donde el sujeto se niegue a ser inoculado por una determinada vacuna, en razón de sus propias posiciones al respecto, la Administración sólo podrá imponérsela por la fuerza previa autorización judicial. No en balde, está en juego el derecho a la integridad física de dicha persona. Pero al margen de esta eventualidad, interesa más detenerse en el hecho de que, frecuen-

72 Véase la Disposición final quinta de la LGS.

73 En la actualidad, si se desea conocer de forma más exacta cuáles son las vacunas cuya administración es obligatoria es preciso completar lo dispuesto en la LBSN con los planes de vacunación elaborados por cada Comunidad Autónoma. En la página web del Ministerio de Sanidad y Consumo se ofrece un cuadro ilustrativo al respecto (<http://www.msc.es>).

74 Sólo pueden rescatarse las consideraciones que al tema dedican Santiago MUÑOZ MACHADO, *La Sanidad Pública en España (Evolución histórica y situación actual)*, IEA, Madrid, 1975, págs. 37 a 41; Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, *La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas*, en *RVAP*, núm. 6, 1983, págs. 164-169; y Edorta COBREROS MENDEZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud...*, cit., págs. 353 a 355.

temente, la vacunación se articula como uno de los requisitos imprescindibles para acceder a ciertos servicios públicos, señaladamente en el campo de la educación, en el que la escolarización está supeditada a la vacunación del alumno⁷⁵.

La negativa de las Administraciones Públicas a admitir el ingreso de los menores no vacunados en los centros de enseñanza de su competencia ha servido precisamente para llevar ante los órganos jurisdiccionales el debate en torno a la legalidad del carácter obligatorio con que se suministran ciertas vacunas. Un debate que cuenta ya en nuestro país con las primeras resoluciones judiciales al respecto.

En concreto, el planteamiento expuesto por los padres de los menores a quienes se niega su escolarización por la falta de vacunación —voluntariamente provocada— se mueve, en líneas básicas, en torno a la siguiente argumentación. La premisa de partida se cifra en los riesgos asociados a la vacunación, según fueron ya expuestos. Sentada esta premisa, se significa que la negativa a la admisión en el centro motivada por la falta de vacunación choca de forma frontal con el derecho a la educación de los menores afectados. Además, se sostiene que es dable justificar en términos médicos que la falta de vacunación no constituye por sí sola un riesgo relevante para la salud pública de la colectividad escolar pues existen otros métodos preventivos por igual eficaces y sin consecuencias negativas sobre la salud del menor. La combinación de estos elementos aporta la savia a las demandas interpuestas en nuestro país y, por lo general, en otros Estados donde también se ha planteado la cuestión que nos ocupa.

La respuesta dada por nuestros órganos jurisdiccionales es reacia a admitir este planteamiento y se alinea a favor de la postura defendida por la Administración⁷⁶. De

⁷⁵ Otro de los ámbitos en los que la vacunación viene impuesta como requisito imprescindible es en el tránsito internacional. Es habitual que la entrada en ciertos Estados esté condicionada a que el pasajero cuente con el documento sanitario pertinente que acredite la vacunación contra ciertas enfermedades. Esta exigencia viene avalada, por lo demás, por el Reglamento Sanitario Internacional.

⁷⁶ De este parecer se han mostrado en concreto los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y La Rioja.

En cuanto al primero, acúdase a la STSJ de Cataluña núm. 291/2000, de 28 de marzo (JUR 2000, 204924). Se cuestionaba en este pleito la resolución de la Universidad Autónoma de Barcelona por la que se dejaba sin efecto la matrícula concedida a una menor para ingresar en una «Escola Bressol» vinculada a dicha Universidad ante la negativa de sus padres a que le fuese inoculado cualquier tipo de vacuna.

Para el segundo, véase la STSJ de La Rioja núm. 134/2002, de 2 de abril (JUR 2002, 197129), en la que impugnaba una resolución de la Comunidad Autónoma de La Rioja por la que se dejaba sin efecto la concesión de una plaza en una guardería infantil a una menor al incumplir los

esta suerte, se considera que la vacunación sistemática viene animada por la necesidad de preservar la salud de la población y que, en este sentido, la negativa de un solo sujeto a participar en el programa supone la aparición de un riesgo cierto para la comunidad, en este caso para la comunidad escolar⁷⁷, comprometiendo el derecho constitucional a la protección de la salud *ex art.* 43 de la CE. La negativa de la Administración a la escolarización está por ello justificada⁷⁸.

b) Las vacunaciones sistemáticas portan consigo un segundo problema de gran relevancia derivado de la posibilidad —por desgracia, contrastada en la práctica— de que la vacuna ocasione lesiones a la persona inoculada, ya vengas éstas motivadas por un defecto en la fabricación de la vacuna o, acaso, por una reacción adversa inesperada fruto de las particulares circunstancias fisiológicas de la persona. Si se tiene en cuenta que las campañas de vacunación sistemáticas son, por definición, masivas, es claro que una eventualidad de este signo difícilmente puede descartarse por completo.

Justamente por esta razón, algunos países como el caso de la vecina Francia⁷⁹, o de otros más lejanos como

requisitos de vacunación necesarios para su admisión. Un incumplimiento plenamente consciente pues se trataba de una opción adoptada por la madre.

77 No es ocioso insistir en que la vacunación sistemática requiere para su completa eficacia que toda la comunidad sea inoculada contra la enfermedad. De manera que es preciso un acuerdo global de la propia comunidad en este terreno. A este respecto, bueno será recordar que, a tenor de cuanto previene el art. 11 de la LGS, es obligación de los ciudadanos «cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población».

En esta línea se mueve la referida STSJ de Cataluña de 28 de marzo de 2000 cuando afirma que

«la convivencia en un Estado Social y democrático de Derecho supone, no sólo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general. Así pues, no estamos aquí ante una vulneración del derecho a la educación, de lo que es buena prueba la admisión de la menor en la escuela, sino ante el incumplimiento de unas obligaciones que tienen como finalidad la prevención de enfermedades, y que se traduce en la práctica en la exigencia de acreditar las vacunaciones sistemáticas que le corresponden por su edad, que responden a la idea de obtener una inmunidad del grupo que, además de proteger del contagio a los individuos no vacunados por contraindicaciones individuales, permite la eliminación de la enfermedad de un área geográfica determinada, e incluso a nivel mundial».

78 En idéntica senda transita la postura del Consejo de Estado francés (Conseil d'État) expresada en célebres pronunciamientos como los de 12 de diciembre de 1953, asunto Arsac, Bellanger y otros; y 16 de junio de 1967, asunto Ligue nationale pour la liberté de vaccination.

⁷⁹ *En 1964, se dictó en Francia una ley reconociendo la responsabilidad de la Administración frente a los eventuales daños provocados por las campañas sistemáticas de vacunación (Ley núm. 64-643, de 1 de julio de*

los Estados Unidos de América⁸⁰, han diseñado un sistema específico de responsabilidad del Estado en estos casos. Un sistema caracterizado por su carácter objetivo en el sentido de que es no es preciso demostrar la existencia de un funcionamiento anormal por parte de los servicios médicos públicos, sino que basta con que se constate una lesión y se demuestre su conexión con la vacuna obligatoria para hacer nacer el derecho a obtener un resarcimiento por parte de la Administración. Es más, la demostración de este nexo de causalidad suele admitirse de forma flexible, a través de una serie de presunciones. Si se repara por un momento en estos sistemas, no tardará en evidenciarse cómo los mismos pretenden en última instancia fijar un régimen muy favorable para que el particular afectado pueda ser resarcido, desmarcándose en algunos casos incluso del régimen común de responsabilidad extracontractual de la Administración inspirado en criterios culpabilísticos y no objetivos⁸¹.

1964, cuyo contenido está actualmente inserto en el art. L3111-9 del Code de la Santé publique). A partir de ese momento, el deber de indemnizar de las Administraciones francesas en estos casos pasó a ser independiente de la existencia de un mal funcionamiento del servicio (de una falta o faute de service): todos los daños asociados a las vacunaciones obligatorias serían en adelante indemnizados sobre la base de una responsabilidad objetiva («sin falta», responsabilité sans faute). Una breve evolución de cuáles han sido los pasos legislativos seguidos en esta materia, los principales pronunciamientos del Consejo de Estado francés al respecto y la situación actual puede verse en Didier TABUTEAU, *La sécurité sanitaire*, Berger-Levrault, París, 2002, 2ª ed., págs. 232 y 233; y Jacques MOREAU y Didier TRUCHET, *Droit de la santé publique*, Dalloz, París, 2004, 6ª ed., págs. 180 y 181. Aunque ya un poco lejanos en el tiempo, no conviene descuidar la lectura de los trabajos de Franck MODERNE, *Le régime juridique des vaccinations obligatoires*, en «Actualité Juridique. Droit Administratif», 1965, págs. 195 y sigs.; y *La responsabilité administrative au cas d'accidents de vaccination: mise au point d'une jurisprudence controversée*, en «Revue trimestrielle de Droit Sanitaire et Social», núm. 40, 1974, págs. 650 y sigs.; así como el trabajo de René SAVATIER, «Responsabilité de l'État dans les accidents de vaccination obligatoire reconnus imparable», en la obra colectiva *Mélanges offerts à Marcel Waline, v. II*, LGDJ, París, 1974, págs. 751 y sigs. Entre nosotros, véanse también las interesantes reflexiones que sobre este particular realiza Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ, *Presunción de falta y responsabilidad por la prestación de servicios sanitarios: la aplicabilidad en España de la experiencia francesa*, en *RAP*, núm. 140, 1996, págs. 379 a 425, en especial págs. 398 a 402.

80 En 1986, se aprobó en este país la National Childhood Vaccine Injury Act a través de la cual se fija un sistema de compensación para las víctimas de alguna lesión a causa de las vacunaciones obligatorias.

Para obtener una información más cumplida acerca del funcionamiento práctico de este régimen acúdase a http://www.hrsa.gov/osp/vicp/fact_sheet_sp.htm.

81 Son muchas las conclusiones y lecturas que a partir de estos particulares regímenes de responsabilidad cabría ensayar. En cualquier caso, sí parece desprenderse que tras estas construcciones está el intento de hallar una situación de equilibrio que ayude a mantener en pie la premisa básica de partida, a saber: los beneficios extraídos de las campañas de vacunación en términos de salud para la población son siempre superiores a los daños que, de forma esporádica, puedan producirse a personas concretas. Sin merma de este postulado irrevocable, los regímenes apuntados avanzan en la dirección de facilitar que tales personas obtengan sin falta un resarcimiento económico, fijando para

En el caso de España, los daños vinculados a la vacunación sistemática no han motivado el establecimiento de un tratamiento específico a efectos de responsabilidad patrimonial. Habrá que estar, por tanto, al régimen general previsto en los arts. 106.2 de la CE y 139 y sigs. de la LRJAP. Evidentemente, ello no significa que el particular español se encuentre en una situación de desventaja con respecto a los nacionales de estos países toda vez que si en algo se caracteriza nuestro régimen de responsabilidad patrimonial es precisamente en su marcado carácter objetivo. De hecho, no faltan los supuestos en que nuestros Tribunales han resarcido los daños provocados por una vacuna obligatoria⁸². Ahora bien, lo que sí queda reflejado es el hecho de que no ha arraigado en nuestro país una sensibilidad similar o, como mínimo, tan acentuada con respecto a los eventuales daños derivados de la vacunación obligatoria; ni tampoco, en consecuencia, la misma predisposición a admitir este tipo de reclamaciones.

Por todo lo que acaba de señalarse, no estaría de más, en resumidas cuentas, parar mientes en las cuestiones jurídicas relacionadas con la vacunación y reflexionar con más detenimiento en torno al tratamiento que les dispensa nuestro ordenamiento.

D. Otras medidas

A modo de cajón de sastre, es obligado referirse, por último, a la existencia de otras medidas ablatorias, distintas de las ya mentadas, que pueden imponerse también sobre las personas por razones de salud colectiva, pero que, a mi modo de ver, presentan una menor relevancia en cuanto a la protección de la salud colectiva se refiere.

La necesidad de este apartado final, formulado en términos abiertos, viene dada por el propio carácter inno- minado de las medidas contempladas en nuestra normativa, señaladamente en la LOMESP. Supuesto el carácter abierto con el que se relacionan las posibles medidas a adoptar por la Administración Pública en situaciones de

ello condiciones más favorables a las que serían normales para este tipo de reclamaciones.

82 Como la viruela, que es el origen de las cuestiones dilucidadas en las SSTSJ de Castilla y León núm. 541/1999, de 7 de junio (RJCA 1999, 1967), y núm. 377/2003, de 7 de octubre (JUR 2004, 75019). Se reclamaba en ambos casos el resarcimiento por los daños sufridos, nada menos que en 1975, por efecto de la vacunación obligatoria de la viruela. Quedó probado en este sentido que, a consecuencia de la vacuna, el reclamante había sufrido una serie de secuelas físicas. Aunque en la primera sentencia se desestimó la pretensión resarcitoria, tal desestimación no vino motivada por razones de fondo, sino por el simple hecho de que la demanda debía dirigirse contra la Administración autonómica y no contra el Instituto Nacional de la Salud. De esta suerte, cuando posteriormente se planteó de nuevo el pleito contra la Administración de Castilla y León, el Tribunal Superior de Justicia accedió esta vez a conceder la indemnización solicitada.

urgencia o de necesidad con vistas a salvaguardar la salud colectiva, es claro que no cabe ofrecer una exposición cerrada so pena de incurrir en posibles omisiones, más o menos relevantes.

Esto precisado, cabe referirse en este apartado final a las siguientes medidas:

a) *Aislamiento preventivo*. Se trata de una medida tendente a aislar o separar a un paciente del resto de la comunidad dado el riesgo que representa para la salud de la población, normalmente por el elevado peligro de contagio⁸³. Para hacer efectivo este aislamiento podrán adoptarse diferentes prevenciones en función de la enfermedad o riesgo de que se trate.

b) *Exámenes o reconocimientos médicos obligatorios*. Impuestos a una persona o a un grupo de personas con el objeto de detectar si las mismas son portadoras de una concreta enfermedad que amenaza la salud pública⁸⁴.

c) *Limitaciones y restricciones a las libertades de circulación y residencia*. En ocasiones, la protección de la salud colectiva puede exigir la imposición a determinadas personas o grupos de la prohibición de circular o permanecer en ciertos lugares o bien de condicionarles el desplazamiento o la permanencia en los mismos al cumplimiento de algún requisito como la obligación de comunicarlo previamente a las autoridades⁸⁵.

83 Entre las enfermedades transmisibles para las que se recomienda el aislamiento del paciente se hallan, por ejemplo, la rotavirusis, el virus respiratorio sincicial, el sarampión, la difteria o la tuberculosis.

Por otro lado, hay que decir que el aislamiento acostumbra a formar parte de un tratamiento más amplio que suele requerir de la hospitalización e intervención médica.

84 Me vienen ahora al recuerdo los reconocimientos a que fueron sometidos los viajeros procedentes de las zonas de riesgo en el transcurso de la alerta sanitaria provocada por el brote asiático de la «gripe del pollo». En diferentes aeropuertos —en los que existían vuelos procedentes de estos países— se instalaron arcos térmicos destinados a medir la temperatura de los pasajeros a fin de detectar si los mismos tenían fiebre —que es el principal síntoma de esta enfermedad—.

Por cierto que hay algunas normas que contemplan la obligatoriedad de los exámenes médicos por razones de salud colectiva en casos concretos. Como la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y obligaciones de los extranjeros en España y su integración social, en cuyo art. 62 ter, letra c) se establece la obligación de los extranjeros internados de «someterse a reconocimiento médico a la entrada y salida del centro, así como en aquellos casos en que, por razones de salud colectiva, apreciadas por el servicio médico, y a petición de éste, lo disponga el director del centro».

85 En general, sobre las limitaciones de las libertades de circulación y residencia véase el antedicho libro de Pedro José González-Trevijano Sánchez, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 90 a 106. En cuanto se refiere específicamente a las limitaciones por razones de salud colectiva, véanse las págs. 97 a 102.

d) *Prohibiciones para el ejercicio de ciertas actividades*. Medida cuya finalidad no es otra que la de impedir que un sujeto desarrolle trabajos o profesiones que, a causa de su actividad, estén en grado de crear un riesgo grave de propagación de la afección que padece⁸⁶. Como tal, es claro que semejante limitación puede entrar en conflicto con los derechos a la libertad de elección de profesión u oficio, así como a la libertad de empresa, consagrados en los arts. 35.1 y 38 de la CE, respectivamente.

e) Por otra parte, juntamente con las medidas que acaban de mentarse y que pueden ampararse perfectamente en la cobertura normativa que ofrece la LOMESP, cabe aludir, en fin, a la existencia de otras medidas que están dispersas en el amplio espectro de normas que abraza el campo de la salud colectiva o que, sin guardar una conexión central con la salud pública, tienen alguna incidencia puntual en esta materia. Es el caso, por ejemplo, de la autopsia practicada a los pacientes fallecidos fuera de los hospitales —o en los casos en que la autopsia suponga la desfiguración manifiesta del cadáver— cuando exista un interés relevante para la salud pública⁸⁷.

En relación con todas estas medidas, importa señalar, para concluir, que no siempre será precisa la autorización o ratificación judiciales en los términos que ya vimos. Sólo cuando deba menoscabarse o sacrificarse algún derecho fundamental. Pero ello no quita, eso sí, que a la hora de movilizar estos instrumentos la Administración deba sopesar y valorar el carácter excepcional —o de *ultima ratio*— que, en tanto que medidas ablatorias personales, éstas poseen.

III. Las medidas ablatorias que inciden sobre los animales

1. Consideraciones iniciales

La importancia de los animales como potenciales agentes de riesgo para la salud colectiva determina que en no pocas ocasiones la Administración deba actuar sobre

86 Recuerdo ahora la prohibición que fija la base duodécima de la LBSN con respecto a los leprosos: «se prohibirá a los leprosos el ejercicio de profesiones o trabajos en que pueda existir la posibilidad de transmisión de la dolencia». Aunque se trata de una cautela superada por el tiempo, téngase presente que el debate sobre el ejercicio de ciertas profesiones por sujetos considerados de riesgo para la salud pública se ha trasladado a otras enfermedades como es el caso del sida.

87 Véase el art. 5.3 del RD 2230/1982, de 18 de junio, que desarrolla la Ley 29/1980, de 21 de junio, reguladora de las autopsias clínicas.

los mismos a fin de atajar o acaso contener la amenaza que los mismos representan⁸⁸.

Hubo ocasión de apuntar más arriba la presencia de múltiples lazos que vinculan de modo muy estrecho la suerte de la salud humana con el desarrollo de la sanidad animal. Para comenzar porque no son pocas las enfermedades que afectan a los animales y que pueden transmitirse al hombre: ahí están la rabia, la triquinosis, la brucelosis o la tuberculosis, por citar algunos ejemplos corrientes⁸⁹. Y no sólo eso. A estas enfermedades hay que sumar los ataques víricos de origen animal, los cuales, de manera más o menos episódica, han generado en nuestro tiempo estragos entre la población humana. De ello sobran, por desgracia, los ejemplos: el virus *Hanta*, proveniente de los roedores; el virus *Marburg*, originario de los monos; el virus *Ébola*, del que todavía no ha podido identificarse con seguridad el concreto animal originario; el virus *Nipah*, procedente del murciélago; el propio virus del *Sida* (síndrome de inmunodeficiencia adquirida), que se cree proviene de los chimpancés; y, últimamente, el *SARS* (síndrome respiratorio agudo severo), causante de la muerte de más de 800 personas y del que se sospecha pudo tener su embrión inicial en la civeta⁹⁰; o la más reciente «gripe del pollo», asociada, como su mismo nombre indica, a los pollos⁹¹. Como se ve, el «salto entre espe-

cies» debe ser motivo de preocupación en lo que atañe a la salvaguarda de la salud colectiva.

Por si fuera poco, ciertos riesgos asociados a los animales se han manifestado a través de la cadena alimentaria, por lo que no sólo los animales, sino aun los productos de origen animal destinados al consumo, se han convertido en preocupantes factores de riesgo para la salud colectiva. El caso más emblemático se cifra, como se habrá intuido, en la crisis de las «vacas locas»⁹². Pero

casos confirmados en Corea del Sur y, con posterioridad, en otros países del entorno geográfico como Vietnam y Tailandia. En febrero de 2004, la enfermedad se había propagado ya por diez países asiáticos, entre ellos China.

Como su nombre apunta, la gripe del pollo constituye una variante de la gripe que es transmitida al hombre desde las aves. El principal temor que, sin embargo, suscita esta enfermedad no radica tanto en su capacidad mortífera —aunque en algunos casos ha provocado la muerte, se trata de una enfermedad que posee un tratamiento efectivo—, sino en la posibilidad de que el virus que transporta esta gripe aviar pueda llegar a cruzarse con cualquier virus de la gripe común humana y crear así un híbrido que podría causar una pandemia de efectos tan devastadores como la trágica «gripe española» de 1918, con millones de muertos en todo el planeta.

Para frenar a toda costa el avance de esta enfermedad, la principal medida impuesta ha sido el sacrificio masivo de millones de aves — pollos en especial— en los países afectados.

De nuevo, bueno será remitir al lector para obtener más información a los estudios realizados por la OMS: http://www.who.int/csr/disease/avian_influenza/en.

⁹² *La llamada crisis de las «vacas locas» constituye una de las amenazas sanitarias que más repercusión ha tenido en Europa en los últimos años. El punto de partida de esta crisis acostumbra a situarse en marzo de 1996, cuando las autoridades británicas alertaron de que la explicación o causa más probable de la aparición de una nueva variante de la enfermedad Creutzfeldt-Jacob (nv-ECJ, en argot técnico) en diversos pacientes podía estar ligada a la fuerte propagación de la encefalopatía espongiiforme bovina (EEB) que, por aquel entonces, constituía en el Reino Unido una epidemia de grandes dimensiones.*

La encefalopatía espongiiforme bovina pertenece a la familia de las encefalopatías espongiiformes transmisibles de las que históricamente ya se habían descrito algunas variantes como la «tembladera» que afecta a los ovinos y a los caprinos —y de la que se tiene constancia desde muy antiguo (fue descrita en 1732)—, así como algunas afecciones que padecen el visón, el gato y algunos animales salvajes en cautividad. No se tenía constancia, sin embargo, de su incidencia sobre el ganado vacuno hasta que en 1986 se describió y confirmó el primer caso en el Reino Unido. A partir de ese momento, la enfermedad se fue extendiendo en aquel país alcanzando dimensiones alarmantes. Se calcula así que entre noviembre de 1986 y mayo de 1996 más de 160.000 casos de esta enfermedad fueron confirmados en la cabaña ganadera vacuna del Reino Unido.

Por su parte, la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob (ECJ) es una enfermedad neurológica mortal y actualmente incurable que pertenece a la familia de las encefalopatías espongiiformes humanas. Fue descrita por primera vez en 1920-1921 y presenta dos modalidades: la ECJ clásica y la recién descubierta nv-ECJ. Esta nueva variante (nv-ECJ) se caracteriza, frente a la ECJ clásica, por los siguientes extremos: a) de entrada, por una evolución relativamente larga con un término medio de 13 meses en lugar de los 4 a 6 meses que presenta la modalidad clásica; b) se da también la circunstancia de que afecta a adultos jóvenes de edad comprendida entre los 19 y 41 años a diferencia de la ECJ clásica que afecta casi siempre a personas mayores de 60 años; c) y, en fin, se ha destacado también que la nv-ECJ presenta signos clínicos y lesiones del sistema nervioso central distintos.

⁸⁸ *Aunque, como veremos, la preocupación por la sanidad animal ha experimentado en los últimos años un crecimiento muy notable en lo que atañe a su incidencia sobre la salud pública, el caso es que desde muy atrás se ha venido controlando y vigilando la incidencia de los animales en la salud de las personas.*

⁸⁹ *Pero hay muchos más: el muermo, el carbunco bacteridiano, entre otros de una larga lista.*

⁹⁰ *El Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SARS), más conocido comúnmente como «neumonía atípica o asiática», constituye una enfermedad contagiosa de origen vírico detectada por primera vez en noviembre de 2002 en la provincia de Guangdong (China). La alarma sobre esta enfermedad se originó en marzo de 2003, cuando la Organización Mundial de la Salud notificó una Alerta Sanitaria Mundial motivada por la extensión de la enfermedad hacia países vecinos y, más tarde, a otros continentes. A finales de 2003, la enfermedad se había cobrado la muerte de más de setecientas personas y contagiado a unas ocho mil en todo el mundo, siendo la tasa promedio de mortalidad global cercana al once por ciento.*

Los estudios más recientes han confirmado que se trata de una afección provocada por un corona virus desconocido hasta el momento. En cuanto a la forma de transmisión, se cree que la propagación se efectúa por vía de inhalación, aunque todavía existen muchas dudas al respecto. Sí parece confirmada en cualquier caso la hipótesis que apunta a la existencia de un claro portador de origen animal: la civeta, un pequeño mamífero silvestre, similar al tejón, cuya carne es muy apreciada en China y que ya ha sido objeto de un sacrificio masivo.

Para profundizar en estos extremos, en constante evolución, acúdase a los trabajos desarrollados bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/csr/sars/en>.

⁹¹ *La alerta por la «gripe del pollo», a veces denominada «gripe aviar», cobró actualidad en diciembre de 2003 a raíz de la aparición de ciertos*

no faltan otros episodios tal vez menos llamativos como las intoxicaciones por dioxina en alimentos de origen animal⁹³. De esta suerte, el interés por la incidencia de los animales en la salud humana, que de antiguo se centraba básicamente en el contagio de enfermedades, se ha extendido últimamente a la seguridad alimentaria. El mismo concepto de *zoonosis*, utilizado para referir los riesgos sobre la salud humana de origen animal y tradicionalmente asociado a la transmisión de forma natural de enfermedades e infecciones desde el animal al hombre⁹⁴, ha tenido que evolucionar para acoger en su radio de acción a los riesgos procedentes de los productos de origen animal. En esta línea transitan ya, por lo demás, las definiciones normativas que de la zoonosis pueden verse en nuestra legislación. Como la que se contenía en el *Reglamento de protección contra determinadas zoonosis*, a cuya virtud las zoonosis son «las enfermedades y/o infecciones e infestaciones que puedan transmitirse de forma natural de los animales o sus productos, al hombre»⁹⁵. O la que aparece hoy en la *Ley de Sanidad Animal*, donde de forma deliberada se ofrece una noción muy amplia, comprensiva de cualquier «enfermedad que se transmite de los animales al hombre, y viceversa, de una forma directa o indirecta»⁹⁶.

Amplia información —expuesta, además, de manera muy entendedora— sobre esta enfermedad y, en general, sobre la crisis de las «vacas locas» puede encontrarse en la dirección web de la Comisión europea: http://europa.eu.int/comm/food/fs/bse/index_fr.html. Véase en especial el Vademécum sobre la Encefalopatía Espongiforme Bovina, 3ª edición, 1998. Con el ánimo de contribuir a la correcta difusión de información fidedigna sobre este particular, el Gobierno español creó una página web dedicada ex professo a esta cuestión y en la que también puede encontrarse una gran cantidad de datos de interés: <http://www.eeb.es>

⁹³ Recuérdese la llamada crisis de los «pollos belgas», acaecida en mayo de 1999. Las autoridades belgas se vieron obligadas a retirar del mercado un gran número de pollos y huevos como consecuencia de la detección de elevadas concentraciones de dioxinas en ciertos animales alimentados con un tipo de pienso contaminado.

⁹⁴ Así aparece definido en el Diccionario de la Lengua Española, con arreglo al cual por zoonosis debe entenderse aquella «enfermedad o infección que se da en los animales y que es transmisible al hombre en condiciones naturales».

⁹⁵ Véase el art. 2, a) del RD 2491/1994, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas de protección contra determinadas zoonosis y determinados agentes productores de zoonosis en animales y productos de origen animal, a fin de evitar el brote de infecciones e intoxicaciones procedentes de los alimentos. Téngase en cuenta que este RD ha sido derogado por el RD 1940/2004, de 27 de septiembre, sobre la vigilancia de las zoonosis y los agentes zoonóticos.

⁹⁶ Véase el art. 3.32 de la LSA. Esta definición se aproxima mucho, por lo demás, a la contenida en la Directiva sobre la vigilancia de las zoonosis (Directiva 2003/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, sobre la vigilancia de las zoonosis y los agentes zoonóticos y por la que se modifica la Decisión 90/424/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 92/117/CEE del Consejo), en la que se define la

El resultado de todo ello es claro en el sentido de que la función de protección de la salud colectiva no puede dejar de prestar en la actualidad una atención muy destacada a los determinantes vinculados de cualquier forma, directa o indirecta, a los animales⁹⁷.

Esto sentado, es también llano que, para cumplir eficazmente este cometido, la Administración se verá obligada a extremar su vigilancia en este campo y, allí donde la zoonosis despunte, deberá movilizar las medidas ablativas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para contener su proyección sobre la población humana. Entre ellas, la imposición de períodos de observación o cuarentena, la orden de inmovilizar partidas de ganado, la obligación de llevar a cabo distintos tratamientos sanitarios, y así siguiendo hasta llegar a la medida más drástica: el sacrificio forzoso de animales.

La relación de todas las medidas que cabe aplicar sobre los animales por riesgo de zoonosis no aparece recogida en la LGS —ni tampoco en la LOMESP—⁹⁸. Ha de buscarse, en cambio, en la normativa propia de la sanidad animal. Un sector éste que ha experimentado una reciente renovación legislativa de la mano de la *Ley de Sanidad Animal*, aprobada en 2003⁹⁹, y que ha venido a ocupar el lugar de la envejecida *Ley de Epizootias* de 1952¹⁰⁰. En

zoonosis como «cualquier enfermedad o infección transmisible de manera natural entre los animales y las personas, directa o indirectamente» (art. 2.2, a).

⁹⁷ Hay al respecto un sentir generalizado en el seno de la Unión Europea. Episodios como la tantas veces aludida crisis de las «vacas locas» han elevado a un primer plano la preocupación por la vigilancia de las zoonosis y su transmisión vía alimentaria, impulsando la mejora de todos los mecanismos disponibles para controlar y evitar cualquier riesgo de este tipo.

⁹⁸ Que la LGS no preste una especial atención a la sanidad animal y, en este sentido, que no incorpore un catálogo mínimo de medidas a adoptar para preservar la salud pública de los riesgos de origen animal no significa, sin embargo, que el legislador no fuese consciente ya en aquel momento de la importancia del factor animal sobre la salud de la colectividad. Así, el art. 8.2 señala, de forma bien expresiva, que «se considera actividad básica del sistema sanitario la que pueda incidir sobre el ámbito propio de la veterinaria de salud pública en relación con el control de higiene, la tecnología y la investigación alimentarias, así como la prevención y lucha contra la zoonosis y las técnicas necesarias para la evitación de riesgos en el hombre debidos a la vida animal o a sus enfermedades» (la cursiva es mía).

⁹⁹ Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal.

¹⁰⁰ La preocupación por la transmisión de enfermedades de los animales al hombre ha estado presente de antiguo en nuestra legislación de epizootias. Así, en la Ley de Epizootias de 18 de diciembre de 1914 ya se prevenían algunas medidas conducentes a evitar el contagio al hombre de las enfermedades de los ganados y animales domésticos. Estas previsiones fueron desarrolladas por el RD de 15 de mayo de 1917, por el que se aprobó el Reglamento para prevenir la transmisión de enfermedades de los animales al hombre. Las enfermedades que eran objeto de atención por aquel entonces eran la rabia, el carbunco bacteridiano, la tubercu-

esta nueva Ley de Sanidad Animal se dedica justamente un Título específico (concretamente, el II, arts. 7 a 35¹⁰¹) a la *Prevención, lucha, control y erradicación de enfermedades de los animales*, en el que encuentran respaldo normativo muchas de las actuaciones de la Administración antes referidas.

Pero además de la LSA, a la hora de conformar el instrumental de que dispondrá la Administración en su labor de policía ablatoria, es preciso significar que la misma ha de ser completada a estos efectos desde una triple óptica:

a) Por lo pronto, hay que tener presente que en tanto no se dicte un Reglamento de ejecución de la Ley de Sanidad Animal, siguen vigentes, con carácter transitorio, las normas del viejo Reglamento de Epizootias de 1955¹⁰²; previsiones que, eso sí, habrán de interpretarse con arreglo a las nuevas coordenadas y líneas articulares fijadas por la LSA.

b) Asimismo, es importante no perder de vista que la sanidad animal constituye un sector muy intervenido por la normativa comunitaria. Hay al respecto un acervo de normativa europea extraordinariamente amplio y, sobre ello, de enorme relevancia. En especial, hay que referirse aquí, por su importancia a los efectos de este estudio, a dos ámbitos con destacada presencia del legislador comunitario: de un lado, la regulación de la policía veterinaria fronteriza, con la *Directiva relativa a los controles veterinarios y zootécnicos aplicables en los intercambios intracomunitarios* de 1990¹⁰³ a la cabeza. De otro, el estable-

cimiento de medidas de prevención contra ciertas zoonosis; ámbito en el cual se situaba la *Directiva relativa a las medidas de protección contra determinadas zoonosis* de 1992¹⁰⁴, recientemente derogada por la *Directiva sobre la vigilancia de las zoonosis* de 2003¹⁰⁵. Aunque, por lo que respecta a este último ámbito, conviene precisar que, más que técnicas de perfil ablatorio, las medidas de protección que se contemplan se centran fundamentalmente en la vigilancia epidemiológica y, por ende, se encuadran en el marco de las técnicas de información¹⁰⁶.

Significa lo anterior, ni más ni menos, que algunas de las medidas ablatorias que puede adoptar la Administración española en el campo de la sanidad animal no pueden interpretarse en clave exclusivamente interna —a la vista de lo dispuesto únicamente por nuestras previsiones patrias— y han de ser contempladas por el contrario en clave comunitaria. El caso más emblemático se encuentra, sin duda, en las prohibiciones de importación o de entrada de ganado o productos animales en territorio español, así como, en general, en las medidas que supongan un obstáculo o una restricción a la circulación intracomunitaria de animales, medidas cuya utilización está condicionada hoy a lo dispuesto por la normativa europea.

c) Por último, es importante tener en cuenta que el cuadro general de medidas ablatorias puesto a punto en la LSA —y en la normativa que la complementa, tanto el Reglamento de Epizootias como la normativa comunitaria que acaba de ser referida— suele encontrar un desarrollo normativo específico para cada episodio en particular.

losis, el muermo, la fiebre aftosa y la triquinosis. Aunque se dejaba la puerta abierta al posible descubrimiento por la Ciencia de nuevas zoonosis.

El testigo de esta regulación fue retomado en los años cincuenta con la aprobación de la Ley de Epizootias de 20 de diciembre de 1952 y el posterior Reglamento de Epizootias (Decreto de 4 de febrero de 1955).

101 Este Título II de la LSA se estructura en cinco capítulos dedicados a las siguientes materias: *Prevención de las enfermedades de los animales* (Capítulo I); *Intercambio con terceros países* (Capítulo II); *Lucha, control y erradicación de enfermedades de los animales* (Capítulo III); *Comité Nacional del Sistema de Alerta Sanitaria Veterinaria* (Capítulo IV); y *Laboratorios* (Capítulo V).

102 Así lo prevé la Disposición transitoria segunda de la LSA: «Hasta tanto se dicten, de acuerdo con lo previsto en esta ley, nuevas disposiciones sobre las materias respectivas, quedan vigentes todas las normas reglamentarias dictadas en materia de sanidad animal, en lo que no se opongan a lo dispuesto en esta ley, y especialmente el Reglamento de la Ley de Epizootias, aprobado mediante Decreto de 4 de febrero de 1955».

103 Directiva 90/425/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativa a los controles veterinarios y zootécnicos aplicables en los intercambios intracomunitarios de determinados animales vivos y productos con vistas a la realización del mercado interior. La transposición de esta Directiva a nuestro Derecho interno fue actuada por medio del RD 1316/1992, de 30 de octubre, por el que se establecen los controles veterinarios y zootécnicos aplicables en los intercambios intracomunitarios de determinados animales vivos y productos con vistas a la realización del mercado interior.

rios de determinados animales vivos y productos con vistas a la realización del mercado interior.

104 Directiva 92/117/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1992, relativa a las medidas de protección contra determinadas zoonosis y determinados agentes productores de zoonosis en animales y productos de origen animal, a fin de evitar el brote de infecciones e intoxicaciones procedentes de los alimentos. Su transposición tomó cuerpo en nuestro país por medio del RD 2491/1994, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas de protección contra determinadas zoonosis y determinados agentes productores de zoonosis en animales y productos de origen animal, a fin de evitar el brote de infecciones e intoxicaciones procedentes de los alimentos.

105 Directiva 2003/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, sobre la vigilancia de las zoonosis y los agentes zoonóticos y por la que se modifica la Decisión 90/424/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 92/117/CEE del Consejo. Su incorporación a nuestro ordenamiento interno se ha hecho efectiva por medio del RD 1940/2004, de 27 de septiembre, sobre la vigilancia de las zoonosis y los agentes zoonóticos.

106 De hecho, en el epígrafe referido a este tipo de técnicas ya se dejó constancia de la incidencia de esta normativa comunitaria en el establecimiento de deberes de comunicar a la Administración Pública ciertas enfermedades de origen animal.

En cualquier caso, esta preocupación por la mejora de los sistemas de recopilación de datos y de vigilancia de las zoonosis resulta bien sintomática de la importancia que en nuestros días posee el asunto de la sanidad animal para la protección de la salud colectiva.

Esto es, viene siendo habitual que la Administración dicte previsiones singulares en el momento de afrontar el brote puntual de un riesgo zoonótico de especial intensidad, estableciendo en tal caso con mucho más detalle qué medidas pueden adoptarse y en qué condiciones. Todo ello en aras de adecuar la respuesta pública a las circunstancias de tiempo, lugar y a la gravedad del riesgo. Así, algunas zoonosis como la encefalopatía espongiforme bovina y su traducción humana en la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob han sido objeto, atendida la preocupación actual que la misma representa, de una normativa *ad hoc* en la que se concretan las medidas a adoptar¹⁰⁷. O también, por citar otro ejemplo, la salmonelosis¹⁰⁸.

Esbozado el panorama normativo en el que habrán de buscarse las habilitaciones normativas precisas, toca pasar revista a las medidas ablatorias más relevantes que la Administración podrá adoptar sobre los animales por razones de salud colectiva, con una especial atención a la que representa su concreción más drástica cual es el sacrificio forzoso. Pero antes de ello, parece conveniente llamar la atención sobre algunos rasgos que con carácter general se infieren de este conjunto de medidas.

2. Algunos rasgos comunes de las medidas ablatorias impuestas sobre los animales

Sin perjuicio de las características singulares que presenta cada medida ablatoria, interesa dejar constancia con carácter previo de algunas consideraciones generales que caracterizan al grupo y que pueden pasar desapercibidas si se efectúa únicamente un examen aislado. Así, desde una óptica de conjunto, quiero significar aquí *cuatro* rasgos comunes:

A. En primer lugar, resulta inexcusable señalar que el tratamiento de las medidas ablatorias aplicables sobre los animales con el fin de proteger la salud humana forma parte de un cuadro normativo más amplio referido, en

¹⁰⁷ Aunque han sido muchas en los últimos años las decisiones y normas comunitarias encuadradas en la lucha contra la encefalopatía espongiforme bovina y su repercusión en la salud humana, en la actualidad, el núcleo esencial de las medidas adoptadas ha de buscarse en el Reglamento (CE) núm. 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles.

¹⁰⁸ En cuanto hace a la salmonelosis y las medidas específicas para combatir esta enfermedad, véase el Reglamento (CE) núm. 2160/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, sobre el control de la salmonela y otros agentes zoonóticos específicos transmitidos por los alimentos, así como el RD 328/2003, de 14 de marzo, por el que se establece y regula el plan sanitario avícola.

términos generales, a las medidas contra las enfermedades de los animales. Asimismo, es de destacar que en este cuadro normativo general las medidas no están clasificadas en función de si su finalidad última es la de preservar la salud humana o animal. Su regulación tiene, en cierta medida, un carácter indiscriminado en el bien entendido de que una misma medida (la cuarentena o el sacrificio forzoso, pongamos por caso) vale tanto para proteger la salud pública como para hacer lo propio con respecto a la salud animal. No existe, por tanto —y esto es lo que importa retener—, un catálogo aplicable en supuestos de epizootias y otro distinto o singular para casos de zoonosis. En la LSA no se encontrará tal distinción. Y tampoco en la normativa comunitaria referente a los controles veterinarios. Sólo en la normativa dictada para las zoonosis en particular pueden encontrarse, lógicamente, previsiones pensadas específicamente en la salvaguarda de la salud colectiva.

B. Esto supuesto, aun cuando no se contemple en la normativa general sobre sanidad animal un capítulo específico de medidas ablatorias aplicables ante el riesgo de zoonosis, es lo cierto que es éste un aspecto que siempre está muy presente, sobre todo como factor que, ante todo, permite justificar cualquier medida de las disponibles para combatir un problema epizootico y que, además, obliga a extremar estas medidas. La zoonosis incorpora así un plus en la puesta en marcha de la policía veterinaria. Si la detección de una enfermedad en un animal aconseja su aislamiento por razones de salud de la cabaña ganadera, con más razón aún si confluyen razones de salud colectiva. Tal es el planteamiento que impregna la normativa sobre salud animal.

C. Es precisamente este plus de gravedad que en sí mismo porta la zoonosis —por estar en juego la salud humana y no sólo la salud animal como es el caso de la epizootia— el hecho que explica el mayor rigor con que se expresa la respuesta de la Administración en estos casos. Es más, tanto en la legislación como en la práctica, cabe notar la tendencia a relajar las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad en razón de que, ante un riesgo para la salud colectiva, suele acudir no pocas veces a la medida más drástica (v.gr. el sacrificio forzoso) sin examinar antes la viabilidad de otras medidas menos gravosas como los tratamientos profilácticos o el aislamiento. Se prefiere el margen de error y las consecuencias en términos de responsabilidad patrimonial que puedan derivarse a cualquier incidencia negativa sobre la población. Como bien dice el refrán popular, *muerto el perro, se acabó la rabia*. Éste es el criterio que guía no pocas

veces la actuación de la Administración en la lucha contra las zoonosis. Por esta misma razón, postulados básicos a la hora de interpretar el uso de medidas ablatorias sobre las personas se relajan en buena medida cuando el destinatario es un animal.

Una circunstancia esta última que, dejando a un lado lo que más adelante se dirá en torno al sacrificio forzoso, requiere aquí alguna consideración crítica. De entrada, no está de más significar que el riesgo de zoonosis no equivale, de forma automática, a un riesgo *grave* para la salud pública. Es evidente que no todas las enfermedades que se incluyen en el término zoonosis poseen la misma potencia lesiva. Algo que debe tenerse muy presente a la hora de seleccionar la medida aplicable para combatir el riesgo.

Por otra parte, y esto se me antoja más importante, aun cuando es incuestionable que, desde un punto de visto axiológico y abstracto, las medidas ablatorias que recaen sobre la propia persona afectan a bienes jurídicos (libertad personal, integridad física...) que están muy por encima de los bienes jurídicos sacrificados en las medidas ablatorias que recaen sobre los animales (propiedad, libertad de empresa...), conviene a veces no obstante reparar en el impacto real, en las repercusiones negativas que, en su conjunto, la medida va a tener sobre el particular. Porque, desde esta óptica resulta que no siempre la medida ablatoria personal representa, cuando menos para el afectado, una respuesta más gravosa que la medida ablatoria que recae sobre los animales. Pretendo significar con ello que también estas últimas medidas pueden llegar a tener una extrema gravedad —aunque sólo sea en términos patrimoniales y no personalísimos— y, en consecuencia, que esta relajación en los principios básicos de las técnicas policiales que se produce en el campo de la sanidad animal —y que resultaría impensable e inadmisibles en el marco de las medidas ablatorias personales— no siempre se compadece bien con la trascendencia real que provoca la decisión a la persona afectada¹⁰⁹.

D. Por último, y en lo concerniente a la faceta organizativa, es oportuno reseñar que la adopción de medidas ablatorias sobre los animales por razones de salud colectiva acostumbra a ser acordada por los órganos pertenecientes al ramo de la agricultura. Al menos, en primera

109 Es evidente que la imposición por la fuerza de una hospitalización obligatoria a una persona a fin de que sea tratada de una determinada enfermedad transmisible supone una lesión muy grave a sus derechos a la libertad y a la integridad física. Pero no lo es menos que la imposición de un sacrificio sistemático de animales en el marco de la lucha contra una determinada zoonosis puede resultar también una medida de carácter traumático en ciertas personas o en determinados ámbitos rurales.

instancia. Porque, adoptadas las medidas, se prevé luego, según el esquema que viene siendo común en nuestra legislación, la intervención de los órganos competentes en materia de sanidad. Habrá que ponderar no pocas veces, por tanto, la adecuada compenetración de las distintas instancias intervinientes.

Expuestos estos cuatro rasgos básicos, es momento, ahora sí, de dar un repaso a las distintas medidas ablatorias que cabrá poner en práctica para combatir las zoonosis¹¹⁰.

3. Las distintas medidas

A. Limitaciones a la circulación del ganado

En este primer grupo de medidas se agrupan aquellas que tienen en común la producción de alguna limitación a la circulación del ganado en tanto que mercancía. La finalidad fundamental que se pretende con las mismas no es otra que evitar que el riesgo de zoonosis pueda introducirse en España o, ya en nuestro país, que pueda propagarse con facilidad. En esta senda transitan en concreto las prohibiciones o restricciones a la importación de animales, la inmovilización y la fijación de períodos de observación o cuarentena. Veámoslas por separado a continuación.

a) Prohibiciones o restricciones vinculadas a la importación de animales

A fin de proteger a los ciudadanos de un Estado de contraer enfermedades de origen animal provenientes de otros Estados, ha venido siendo habitual, y además desde muy antiguo, que la importación de animales o de productos de origen animal estuviese condicionada por una serie de requisitos sanitarios objeto de inspección y control en los puestos fronterizos. El incumplimiento de estos requisitos o la aparición de sospechas sobre el estado de salud de los animales podía dar lugar a la adopción de diferentes medidas preventivas (inmovilización del animal, fijación de un período de observación, etc.) que, llegado el caso, podían llegar incluso a la prohibición de su introducción en España¹¹¹. Esta prohibición podía acor-

110 Para un estudio detenido de las distintas medidas que integran, en general, la actividad de policía de la Administración en el campo de la sanidad animal puede acudir al libro de Tomás Quintana López, *Derecho veterinario: epizootias y sanidad animal*, Marcial Pons, Madrid, 1993; y al trabajo de Manuel Rebollo Puig, «Sanidad animal», en *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 241 a 271. Últimamente, hay que añadir también el completo estudio realizado por Isabel González Ríos, *Sanidad animal y seguridad alimentaria en los productos de origen animal*, Comares, Granada, 2004.

111 Tómanse como ejemplo las prohibiciones adoptadas en el contexto de la lucha contra la encefalopatía esponjiforme bovina y la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob. Es el caso de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 30 de abril de 1997, por la que se adoptan medidas cautelares

darse igualmente cuando se tuviese constancia de la aparición de un algún brote en un determinado país o zona geográfica. El cierre de las fronteras constituía en este sentido una medida de prevención de la población ante la irrupción de enfermedades foráneas.

En la actualidad, esta prohibición de importación de animales continúa gozando de una plaza propia en el catálogo de medidas sanitarias. El art. 8.1, *h*) de la LSA hace alusión dentro de las medidas sanitarias de salvaguarda a «la prohibición o limitaciones de la importación o entrada en España, o de salida o exportación del territorio nacional, de animales, productos de origen animal, productos zoonosanitarios y productos para la alimentación animal»¹¹². Sin embargo, la inteligencia de esta medida no puede realizarse a estas alturas sin tomar en consideración las disposiciones comunitarias en la materia.

En efecto, la prohibición de importación de animales, a pesar de su connotación enérgica y de su clara incidencia en las relaciones comerciales internacionales, había venido siendo utilizada de manera frecuente en España y en otros Estados europeos. Y lo que resulta más problemático, en ocasiones arbitrariamente, pues no siempre era la protección de la salubridad colectiva el motivo decisivo para ordenar una prohibición de este signo, ocultándose detrás otros móviles económicos de talante proteccionista.

Lógicamente, es ésta una de las razones que llevaron a la Unión Europea a tratar de limitar en lo posible la adopción de estas prohibiciones de importación en aras de garantizar la paulatina consecución del espacio sin fronteras interiores en que consiste el mercado interior, uno de cuyos pilares se cifra, precisamente, en la libre circulación

en las importaciones de animales vivos y productos bovinos procedentes de Suiza; o de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 24 de septiembre de 1998, por la que se adoptan medidas cautelares en las importaciones de productos bovinos procedentes de Portugal.

Más recientemente, aunque esta vez a escala europea, se ha recurrido también a la prohibición de importación como medida de protección frente a la expansión de la «gripe aviar». Así, la Unión Europea, tan pronto fue confirmado el brote de esta enfermedad, decidió suspender la importación de aves de corral —y, como medida de precaución, de otros productos asociados, como los preparados a base de carne de ave de corral— provenientes de diversos países asiáticos afectados por el brote. Véase hoy la Decisión de la Comisión 2004/122/CE, de 6 de febrero, relacionada con las medidas de protección frente a la gripe aviar en determinados países asiáticos

¹¹² Conviene precisar que esta medida sólo puede ser adoptada por la Administración General del Estado. Corolario lógico de la competencia plena del Estado en materia de sanidad exterior (art. 149.1.16ª de la CE).

de mercancías¹¹³. Limitación, ya que no anulación radical de esta capacidad. Porque los Estados miembros debían conservar como reducto de su soberanía estatal el poder de ordenar el cierre de sus fronteras a la entrada de animales provenientes de otros Estados miembros allí donde estuviese en peligro la salud de sus respectivas poblaciones — una renuncia a un componente tan primario del orden público nacional como es el de la salubridad pública resultaba, y resulta aún, difícilmente imaginable—. Es por ello que el art. 30 (antiguo art. 36) del TCE contempla todavía hoy la posibilidad de los Estados de acordar, con carácter extraordinario, medidas restrictivas de la importación —en contra, adviértase, de la prohibición general de restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, así como de cualquier medida de efecto equivalente— siempre que sea con el ánimo de proteger la salud de sus ciudadanos.

La posibilidad de acordar esta prohibición de importación se mantiene, pues, en pie. Pero el legislador comunitario ha tratado en cierto modo de sujetarla a través de una serie de mecanismos que en lo sustancial pasan por limitar su vigencia hasta la adopción de una decisión común a escala comunitaria. En esta senda transita la *Directiva relativa a los controles veterinarios*¹¹⁴ y, por derivación, en nuestro país, el RD 1316/1992. Así, con arreglo a esta normativa, los Estados miembros no podrán prohibir la entrada de animales más que como medida provisional, es decir, únicamente de forma transitoria, a la espera de que la Comisión Europea adopte las medidas que estime oportunas y ofrezca garantías sanitarias suficientes. Desde ese preciso instante, las restricciones a la importación acordadas de forma unilateral dejarán de tener cabida.

Siguiendo esta estela, el art. 8 de la LSA, tras reconocer la capacidad de cerrar las fronteras como medida sanitaria para evitar la penetración de zoonosis, se cuida de precisar que, en tales casos, la vigencia de la prohibición tendrá carácter provisional, en tanto la Comisión Europea no adopte las medidas necesarias¹¹⁵.

¹¹³ La libertad de circulación de mercancías aparece recogida en la Tercera Parte del TCE (Políticas de la Comunidad), concretamente en el Título I (Libre circulación de mercancías, arts. 23 a 31).

¹¹⁴ Acúdase al art. 10 de la Directiva núm. 425/90. En este precepto aflora una cláusula de salvaguarda en cuya virtud los Estados de destino o de tránsito que, con ocasión de un control de animales importados de otro Estado, constaten la presencia de una zoonosis que ponga en grave peligro la salud pública podrán adoptar las medidas de prevención que estimen convenientes comunicándolo de inmediato a los restantes Estados miembros y a la Comisión.

¹¹⁵ Como establece el art. 8.2 de la LSA:

Por otra parte, es importante destacar también que la normativa comunitaria ha motivado una profunda transformación de la vigilancia veterinaria que tradicionalmente se llevaba a cabo en los puestos fronterizos. No en vano, la referida *Directiva relativa a los controles veterinarios* supuso, entre otros extremos, la supresión de los controles veterinarios en frontera y la correlativa confianza depositada en las garantías o controles de origen¹¹⁶.

b) La inmovilización de animales

Juntamente con las prohibiciones vinculadas a la importación, la Administración cuenta también con la posibilidad de ordenar la inmovilización de una partida de animales cuando, a raíz de un control o de una investigación, detecte o sospeche de la existencia de algún riesgo de zoonosis. Esta decisión de inmovilización puede hacerse extensiva a la explotación en la que tales animales se encuentren, prohibiendo la entrada y salida de reses en la misma, salvo para su sacrificio inmediato u otros destinos admitidos. E incluso cabe ampliar la medida al conjunto de explotaciones o granjas de una concreta área geográfica, suspendiendo la expedición de documentos de transporte con origen o destino a dicha área. El fundamento normativo para este tipo de decisiones ablatorias se encuentra, con carácter general, en el art. 8.1, a) de la LSA¹¹⁷. Y también la normativa comunitaria autoriza este tipo de medidas¹¹⁸.

«En caso de que dichas medidas afecten o se refieran a un Estado miembro de la Unión Europea y, en su caso, a terceros países, en especial la prohibición de la entrada en España de determinados animales o productos de origen animal, se solicitará previamente a la Comisión Europea la adopción de las medidas que fueran necesarias. Hasta que se adopten por la Comisión Europea las medidas o decisión correspondientes, podrán establecerse provisionalmente las que se consideren imprescindibles».

116 Se mantienen, eso sí, estos controles para el caso de comercio con países terceros. Al respecto véanse las previsiones contenidas en el Capítulo II (Intercambio con terceros países, arts. 12 a 15) del Título II de la LSA.

117 En dicho precepto se contempla la «prohibición cautelar del movimiento y transporte de animales y productos de origen animal o subproductos de explotación, en una zona o territorio determinados o en todo el territorio nacional, prohibición cautelar de la entrada o salida de aquéllos en explotaciones, o su inmovilización cautelar en lugares o instalaciones determinados».

118 Así, art. 8.1, a) de la Directiva núm. 425/1990. Según previene el mismo:

«Si al efectuar un control en el lugar de destino del envío o durante el transporte, las autoridades competentes de un Estado miembro constatan la presencia de agentes causantes de una enfermedad contemplada por la Directiva 82/894/CEE, modificada en último término por la Decisión 90/134/CEE de la Comisión, de una zoonosis, de una enfermedad o de cualquier causa que pueda constituir un peligro grave para los animales o para el hombre, o que los productos proceden de una región contaminada por una enfermedad epizootica, ordenarán la cuarentena del animal o de

c) La fijación de períodos de observación o cuarentena

El establecimiento de períodos de observación en un centro de cuarentena a fin de analizar la evolución de una determinada afección detectada en una partida de ganado constituye, en fin, otra de las medidas de que puede servirse la Administración para proteger la salud colectiva restringiendo la circulación de mercancías. La apoyatura normativa de esta decisión de cuarentena puede encontrarse nuevamente con carácter general en el art. 8.1, a) de la LSA, así como en la Directiva europea relativa a los controles veterinarios¹¹⁹.

B. El sacrificio de animales por razones de salud colectiva

a) La utilización del sacrificio como medio para atajar riesgos para la salud colectiva: sus rasgos característicos

En ciertos supuestos, el riesgo que representa el animal en términos de salud colectiva puede hacer aconsejable la decisión de proceder a su sacrificio como medida para evitar el contagio o la propagación de la enfermedad. En el marco de la crisis de las «vacas locas», por ejemplo, se decidió acudir al sacrificio de los animales sospechosos —y posterior destrucción de los restos— como medida para combatir la progresión de la encefalopatía espongi-forme bovina y, a su través, la transmisión, vía alimentaria, de la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob a la población. Idéntico remedio se ha dispuesto en otros casos recientes (neumonía asiática, gripe aviar, dioxina de los pollos, etc.) a los que nos referiremos más adelante.

Pero no se piense en modo alguno que el sacrificio obligatorio es una medida nueva. Esta medida de sacrificio aparecía ya prevista en la vieja Ley de Epizootias de 1952 para aquellos supuestos relativos a «enfermedades infectocontagiosas de carácter exótico y de acusada gravedad o gran poder difusivo»¹²⁰; previsión que sería luego desarrollada, en 1955, por el Reglamento de Epizootias, el cual se encargó de concretar algunas de las enfermedades que podían ser erradicadas mediante el sacrificio (entre ellas, la rabia, el muermo, la durina o la brucelosis), así

la partida de animales en el centro de cuarentena más cercano o su sacrificio y/o su destrucción»

119 Acúdase al art. 8.1, a) de la Directiva núm. 425/1990, transcrito en la nota anterior.

120 El art. 9 de la Ley de Epizootias de 20 de diciembre de 1952 rezaba así: «serán objeto de medidas sanitarias radicales y urgentes, con sacrificio obligatorio de los animales atacados, aquellas enfermedades infectocontagiosas de carácter exótico y de acusada gravedad o gran poder difusivo».

como de fijar algunas normas de desarrollo acerca del modo de llevar a cabo dicho sacrificio y sobre las autoridades que habrían de intervenir¹²¹.

En la actualidad, el sacrificio de animales continúa ocupando una plaza propia y destacada en el inventario de medidas que se recoge tanto en la normativa europea como nacional. En cuanto hace a la primera, la Directiva que ordena los controles veterinarios (Directiva núm. 425/90, anteriormente reseñada) previene que si un Estado, con ocasión de un control en el lugar de origen o durante el transporte, detecta animales atacados por ciertas enfermedades podrá ordenar, entre otras medidas, su sacrificio. Entre tales enfermedades se incluyen las zoonosis y, en general, cualquier enfermedad o causa «que pueda constituir un peligro grave para el hombre»¹²². Esta facultad de ordenar el sacrificio ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quien, además, se ha encargado de precisar que corresponderá al Estado no sólo la decisión de ordenar el sacrificio, sino aun el concreto desarrollo de las operaciones a través de las cuales el mismo se haga efectivo¹²³.

De igual forma, nuestra normativa interna recoge también el sacrificio como medida característica de la lucha contra las epizootias y las zoonosis ligadas a la cabaña ganadera. Es más, la actual LSA, supuesta la importancia de esta medida, no se limita a enunciar su aplicabilidad como medida sanitaria de salvaguarda (art. 8.1, b), sino que, sobre ello, incorpora una regulación específica al respecto en sus arts. 20 y 21.

Por lo demás, estas previsiones generales se completan en ocasiones con normas de carácter sectorial, referidas a alguna zoonosis en particular o a la aparición puntual de algún riesgo sanitario, que facultan a la Administración, cuando no se lo imponen de modo tajante, el sacrificio de animales como medida de protección de la salud colectiva. Pienso ahora, por ejemplo, en el caso de las encefalopatías espongiformes transmisibles¹²⁴.

¹²¹ En términos generales, el sacrificio forzoso estaba regulado en el Capítulo XIV (Sacrificio obligatorio, arts. 146 a 156), integrado en el Título II (Lucha contra las epizootias. Medidas sanitarias de carácter general). Estas previsiones tenían carácter general y debían completarse para cada enfermedad con las disposiciones particulares del Título V (Medidas sanitarias especiales aplicables a cada enfermedad).

¹²² Art. 8.1, a) de la Directiva núm. 425/1990.

¹²³ Así lo tiene establecido en su sentencia de 8 de enero de 2002, Denkvit Nederland, C-507/99, apartados 37 y 38.

¹²⁴ Véase el art. 12 del Reglamento (CE) núm. 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, por el que se establecen

Hay, pues, como se ve, un sostén normativo sólido que da cobertura legal a la puesta en práctica de esta medida de sacrificio. Esto sentado, es momento de tratar de perfilar cuáles son los rasgos característicos de esta medida; rasgos que, a mi modo de ver, pueden reconducirse a los cuatro aspectos que siguen:

a) Se trata, en primer término, de una medida de contenido drástico pues supone, ni más ni menos, la liquidación de un animal. A pesar de la gravedad de tal medida, ello no ha supuesto por lo común un obstáculo para su puesta en práctica ni dentro ni fuera de nuestras fronteras. A la vista están episodios cercanos en el tiempo como el masivo sacrificio impuesto para combatir la progresión de la encefalopatía espongiforme bovina y, por ende, de la enfermedad Creutzfeldt-Jacob, especialmente en el Reino Unido; el sacrificio, también masivo, de civetas en orden a frenar la expansión de la «neumonía asiática» en el sudeste asiático, principalmente en China; o de millones de aves (pollos y patos, en particular) como medida para combatir el avance de la «gripe del pollo» en Vietnam y Tailandia. La explicación de esta razón puede obtenerse en primer lugar si se repara en la circunstancia de que, si bien es una medida drástica, es también una medida altamente eficaz en el sentido de que elimina de raíz el riesgo de transmisión. Algo que recobra especial importancia en el caso, que es el aquí interesa, de que esté en juego la salud humana.

b) En perfecta sintonía con lo anterior, la actual normativa admite la utilización del sacrificio obligatorio con un supuesto de hecho decididamente amplio. El art. 20.1 de la LSA señala así que «tanto en fase de sospecha, como una vez confirmado el diagnóstico de la enfermedad, por la autoridad competente de que se trate podrá establecerse el sacrificio obligatorio de los animales sospechosos, enfermos, que corran el riesgo de ser afectados, o respecto de los que así sea preciso como resultado de encuestas epidemiológicas, como medida para preservar de la enfermedad y cuando se trate de una enfermedad de alta difusión y de difícil control, o cuando así se estime necesario». Como se ve, el tenor literal de este precepto — ciertamente alambicado por otra parte— no expresa, o no acierta a expresar a mi juicio, el carácter excepcional de esta medida de sacrificio. Antes al contrario, legitima su procedencia no sólo a la hora de hacer frente a enferme-

disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles, con arreglo al cual deberán sacrificarse los animales sospechosos cuando la autoridad competente no pueda descartar la posibilidad de su infección por encefalopatía espongiforme transmisible.

dades de alta difusión y difícil control, sino también «cuando así se estime necesario», sin más. Ni que decir tiene que esta última coletilla presta a la norma una hecchura muy amplia en cuanto a su aplicación. Es más, la activación de la medida de sacrificio podrá tener lugar cuando el riesgo de zoonosis se haya concretado («una vez confirmado el diagnóstico de la enfermedad») y, también, en línea directa con los postulados del principio de precaución, cuando se den simplemente sospechas fundadas del mismo («en fase de sospecha»).

Juntamente a esta notable amplitud del supuesto de hecho que da cobertura a la orden de sacrificio, hay que notar que también el objeto sobre el que podrá recaer este sacrificio se define en términos muy abiertos. En efecto, cabrá imponerlo no sólo sobre los animales enfermos, sino también sobre los que sean sospechosos o corran el riesgo de estar afectados.

El sacrificio obligatorio es, en resolución, un instrumento cuya utilización cede el legislador a la Administración en términos muy generosos¹²⁵. Lo cual no deja de ser chocante habida cuenta de la naturaleza tan drástica de este mecanismo.

c) Por otra parte, es de notar que la LSA no descende a regular, como es lógico, los pormenores que atañen al

125 En esta misma línea de «generosidad» se mueven muchos pronunciamientos judiciales a la hora de fiscalizar la legalidad de las órdenes de sacrificio dictadas por la Administración. En realidad, si se analiza el grueso de la jurisprudencia que versa sobre los sacrificios forzados de animales, no tardará en constatarse cómo la preocupación central de los órganos jurisdiccionales no se contrae tanto a fiscalizar si concurrían los presupuestos necesarios para ordenar una medida de este signo —extremo en el que se aprecia una amplia elasticidad—, sino más bien a dilucidar los problemas relativos a la indemnización del particular afectado.

Para evidenciar esta laxitud en la apreciación de las circunstancias que motivan una medida de sacrificio, permítaseme referir una sentencia particularmente ilustrativa: la STSJ de Extremadura núm. 232/2000, de 17 de febrero (RJCA 2000, 375). Se dilucidaba en este caso la demanda presentada por un particular a quien se habían sacrificado cuatro terneros de su explotación por sospechar la Administración que los mismos podían estar atacados de una encefalopatía espongiforme bovina. El dato chocante es, no obstante, que esta sospecha no derivaba de síntomas fisiológicos, sino del hecho de que dichos terneros carecían de su crotal identificativo y de que existía una denuncia que apuntaba su posible procedencia de Portugal —país de riesgo en aquel entonces—. El Tribunal Superior de Justicia consideró que la decisión de la Administración estaba por ello ajustada a Derecho —dando entrada en su argumentación, por cierto, al principio de precaución— y, además, rechazó la pretensión resarcitoria del propietario al entender que había incumplido las normas sanitarias, razón por la cual el sacrificio dejaba de ser indemnizable. Un supuesto muy similar fue objeto de la STSJ de Extremadura núm. 1796/2000, de 13 de diciembre (JUR 2001, 70127).

También el Tribunal Superior de Cataluña avaló la legalidad de las decisiones de sacrificio de reses bovinas de origen desconocido como «cautela» para combatir la encefalopatía espongiforme bovina. Véanse las SSTSJ de Cataluña núm. 1462/2002, de 31 de octubre (JUR 2003, 61309) y núm. 1715/2002, de 5 de diciembre (JUR 2003, 101411).

desarrollo del sacrificio (lugar, momento y modo¹²⁶), por lo que para resolver estas cuestiones habrá que estar a lo dispuesto reglamentariamente. Sí conviene, en todo caso, significar aquí que el sacrificio no debe confundirse con la destrucción del animal. La orden de sacrificio supone, únicamente, la muerte del animal. Habrá que concretar después el posterior destino del animal sacrificado¹²⁷.

La reunión de los tres aspectos que acaban de ser descritos permite hacerse una idea de los rasgos más destacados que posee el sacrificio de animales como fórmula de protección de la salud colectiva. Sin embargo, a los mentados es preciso unir un último extremo que, por su relevancia y complejidad, merece una atención singular. Me refiero al régimen de indemnización que acompaña al sacrificio de animales, esto es, a la necesidad de elucidar si existe o no una obligación a cargo de la Administración y, en su caso, bajo qué concepto, de indemnizar al ciudadano afectado por la medida de sacrificio de sus animales.

b) En particular, la compleja inteligencia de la indemnización al particular por el sacrificio de animales

La indemnización que sigue al sacrificio de animales por razones sanitarias o, en su caso, de protección de la cabaña ganadera, constituye, en efecto, uno de los rasgos más sobresalientes de esta medida y, también, hay que decirlo, uno de los puntos que ha generado mayor conflictividad en su aplicación¹²⁸.

126 Sólo con respecto al lugar señala el art. 20.2 de la LSA la necesidad de que el sacrificio se lleve cabo en mataderos o instalaciones autorizadas, aunque deja abierta la posibilidad de que se practique in situ cuando exista riesgo de difusión de la enfermedad.

127 A este respecto, acúdase al RD 2224/1993, de 17 de diciembre, sobre normas sanitarias de eliminación y transformación de animales muertos y desperdicios de origen animal y protección frente a agentes patógenos en piensos de origen animal.

128 Como se verá, no son pocas las sentencias que han tenido que ocuparse de las demandas interpuestas contra las órdenes de sacrificio obligatorio de animales y, en particular, contra la negativa a indemnizar las reses sacrificadas o a hacerlo a unos precios mínimos. Esta circunstancia, aparte de denotar el impacto que esta medida posee en el sector ganadero, especialmente cuando se adopta con carácter masivo, sirve en ocasiones para evidenciar también la picaresca de los ganaderos a la hora de cumplir las órdenes de sacrificio forzoso. Así me lo pareció, por ejemplo, el supuesto fallado en la STJCE de 8 de enero de 2002, Denavit Nederland, C-507/99. Se cuestionaba en este pleito la competencia del propietario para determinar el momento del sacrificio ordenado sobre sus reses. La razón es simple si se tiene en cuenta que la indemnización a obtener por dicho sacrificio se calculaba sobre la base del peso del animal: a mayor peso, mayor indemnización. Por esta razón, el demandante reclamaba poder escoger el momento del sacrificio para cebar al máximo su ganado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estimó, sin embargo, que debía ser la Administración quien determinase este extremo a la luz de las exigencias de salud pública que condujeron a la medida de sacrificio.

Por otra parte, observará el lector que a la hora de exponer el estado de la jurisprudencia en esta materia se entremezclarán sentencias prove-

La anterior Ley de Epizootias de 1952 establecía a estos efectos que «cuando se disponga el sacrificio de animales atacados de enfermedades infectocontagiosas se indemnizará al dueño de los mismos con arreglo a las normas reglamentarias dictadas al efecto». La redacción dada al tenor de la norma no dejaba lugar a dudas, al menos según una interpretación literal, de que la indemnización constituía una consecuencia obligada —y no potestativa— para la Administración («indemnizará» rezaba el dictado del art. 19). El Reglamento de Epizootias de 1955 se encargó de desarrollar esta previsión en el sentido no tanto de aclarar si la indemnización debía considerarse obligatoria o no —aspecto que parece asumirse, salvo para algunas enfermedades como la rabia en las que se negaba expresamente cualquier indemnización—, sino más bien de fijar el modo a través del cual habría de hacerse efectiva la misma. En concreto, el sistema adoptado pasaba por efectuar una tasación de los animales —a la que concurrían el veterinario, el dueño de los animales y un representante del Servicio Provincial de Ganadería— y por aplicar un porcentaje, en función de una serie de criterios, al valor establecido para así calcular el montante de la indemnización¹²⁹.

La vigente LSA es en buena medida tributaria de esta misma concepción. El art. 21 establece que el sacrificio forzoso de animales vendrá seguido de la «correspondiente indemnización»; indemnización que, eso sí, quedará en función de los baremos que se aprueben oficialmente y de la forma y condiciones fijados reglamentariamente¹³⁰. *Prima facie*, el tenor del precepto da a entender que la indemnización se concibe como una consecuencia obligada del sacrificio, aunque su montante penda después de una serie de variantes establecidas reglamentariamente.

nientes tanto del Tribunal Supremo como de los Tribunales Superiores de Justicia —dejando aparte al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— y que son estas últimas las de fecha más reciente. La razón viene dada por el hecho de que, como ya se indicó más arriba, las medidas ablatorias impuestas sobre los animales —entre ellas el sacrificio obligatorio— acostumbran a ser adoptadas por las autoridades competentes en materia de agricultura y, siendo ésta una materia que en términos ejecutivos compete a las CCAA, su enjuiciamiento queda residenciado en los Tribunales Superiores de Justicia respectivos.

¹²⁹ Véase el capítulo XIV (Sacrificio obligatorio, arts. 146 a 156) del Reglamento de Epizootias, aprobado por Decreto de 4 de febrero de 1955.

¹³⁰ Literalmente, el art. 21.1 de la LSA dice así: «el sacrificio obligatorio de los animales y, en su caso, la destrucción de los medios de producción que se consideren contaminados dará lugar a la correspondiente indemnización por la autoridad competente, en función de los baremos aprobados oficialmente y en la forma y condiciones establecidos reglamentariamente».

Esto sentado, son diversas las cuestiones que plantea la adecuada inteligencia del régimen indemnizatorio vinculado al sacrificio obligatorio de animales. Pero sobre todo hay que llamar la atención acerca de dos interrogantes: ¿es obligatorio que el sacrificio de animales por razones de salud colectiva vaya acompañado de una indemnización? y, esclarecido lo anterior, ¿cuál debe ser el alcance preciso de la indemnización? Ninguna de estas preguntas posee, como se verá, una respuesta fácil.

A mi modo de ver, la clave que esconde la respuesta a estas cuestiones pasa, más que por el ejercicio hermenéutico de lo dispuesto en los preceptos mentados (o sea, por la discusión acerca de la interpretación de los términos en que se formula el citado art. 21 de la LSA —puesto en conexión con el Reglamento de Epizootias de 1955, todavía vigente, como se recordará—), por elucidar antes que nada cuál es la *naturaleza* real de esta indemnización. Sólo a partir de esta premisa será posible luego dar una respuesta, y darla de manera coherente, a las distintas problemáticas planteadas y aun a otras que pueden presentarse.

A este propósito, hay que comenzar por señalar que el sacrificio constituye, en abstracto, un perjuicio irrogado por la Administración a un particular por razones de interés público —en nuestro caso de salvaguarda de la salud colectiva—. El *quid* estriba en subsumir este supuesto dentro de los márgenes de alguna de las instituciones que operan en el ámbito de los daños provocados por la Administración a los patrimonios de los particulares en nuestro ordenamiento jurídico. Las opciones son muchas. Y, a día de hoy, ni la doctrina científica ni la jurisprudencia han ofrecido una respuesta unánime¹³¹. Veámoslo más detenidamente.

¹³¹ Para comenzar, son escasos los trabajos que se han dedicado *ex professo* a esta temática. Sólo destacan en este sentido las aportaciones de Tomás Quintana López, *Derecho veterinario: epizootias y sanidad animal*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 151 a 159 y de Manuel Rebollo Puig, «Sanidad animal», en *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 241 a 271. Dejando éstas a un lado, el estudio de la naturaleza jurídica del sacrificio forzoso de animales aparece también en los estudios más generales sobre la expropiación forzosa y su deslinde con otras categorías. Pero lo hace aquí sólo de manera muy tangencial, normalmente como un ejemplo añadido, por lo que resulta difícil imputar al autor una posición definitiva sobre el problema que aquí se aborda.

En lo que toca a la jurisprudencia, es cierto que hay en torno al sacrificio forzoso de animales un cuerpo de sentencias voluminoso. La aplicación de esta medida ha sido una fuente constante de conflicto, motivada por las resistencias de los ganaderos, reacios a la liquidación de sus reses a cambio de una compensación económica considerada de ordinario insuficiente. Sin embargo, no se detecta en el grueso de la jurisprudencia una preocupación por determinar la naturaleza jurídica del sacrificio forzoso: o no se alude a este problema o, si se alude, se abor-

De entrada, parece claro que el sacrificio no es una suerte de *sanción*. No lo es en la medida en que no se parte aquí de la comisión de un ilícito administrativo por parte del propietario o responsable del ganado¹³². El sacrificio no es la reacción pública represiva a una infracción del particular. Si así fuese, es evidente que la destrucción del ganado no sería indemnizable.

Descartada esta primera opción, cabe avanzar por *dos* sendas bien distintas en atención a la postura que pretenda defenderse: si se aspira a postular la obligatoriedad de la indemnización a fin de preservar mejor la posición jurídica del propietario que va a verse afectado, nada mejor que acudir a los institutos de la responsabilidad patrimonial o de la expropiación forzosa pues ambos comulgan no sólo en la absoluta necesidad de un resarcimiento del quebranto patrimonial irrogado, sino aun en la indemnidad a que debe orientarse dicho resarcimiento. Por el contrario, si lo pretendido es decantarse por el carácter más bien facultativo de la indemnización, es posible considerar que en estos casos la indemnización no pasa de ser una técnica de fomento que la Administración no tiene que activar por fuerza y que, lógicamente, tampoco debe dirigirse necesariamente a mantener la indemnidad del patrimonio del particular afectado.

A. El primer camino apuntado viene animado, como se dijo, por la voluntad de proteger el patrimonio del propietario del ganado sacrificado. Objetivo que puede ser cubierto mediante el recurso a dos instituciones centrales de nuestra disciplina: la *responsabilidad patrimonial* y la *expropiación forzosa*. Examinemos, pues, el posible encaje conceptual del supuesto que nos ocupa en ambas instituciones.

a) La responsabilidad patrimonial de la Administración constituye, como es bien sabido, un instituto enderezado a proteger a los particulares frente a cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento, sea éste normal o anormal, de los servicios públicos. Es evidente que el sacrificio de un animal supone un detrimento patrimonial y es claro, también, que dicho detrimento viene ocasionado por los servicios propios de la Administración que son quienes ordenan la medida y, en la mayor parte de los casos, quienes se

da de pasada, sin una reflexión detenida y sesuda. La tónica general es, en definitiva, la aceptación, sin mayores resistencias y sin entretenerse en su categorización dogmática, del sistema de baremación establecido en la vieja Ley de Epizootias y en el RE.

¹³² Ello no quiere decir que ante determinadas infracciones se pueda establecer como sanción o como medida accesoria a la misma el comiso y la destrucción de los animales. Pero es éste un supuesto distinto al que ahora nos ocupa.

encargan de su ejecución. Aparentemente, pues, podría reconducirse el sacrificio al esquema de la responsabilidad patrimonial *ex art.* 106.2 de la CE y arts. 139 y sigs. de la LRJAP¹³³.

Ocurre, sin embargo, que la viabilidad de esta propuesta tropieza de entrada con un fuerte obstáculo. Porque la responsabilidad patrimonial ofrece cobertura a los daños ocasionados por la Administración a los particulares en el marco del funcionamiento de los servicios públicos. Pero, eso sí, cuando tales daños tengan su origen en una conducta de la Administración que no venga orientada a producir el daño, es decir, la lesión del particular debe ser una consecuencia accidental, accesoria o incidental con respecto al servicio público en cuestión. Se ha fijado de esta suerte una línea divisoria entre los «daños queridos» que, en principio, caerían en la órbita de la expropiación forzosa, y los «daños no queridos» que sí serían residenciables en cambio en sede de responsabilidad patrimonial. Ciertamente, si se aplica este guión a los supuestos relativos al sacrificio de animales por motivos de salud pública, parece obvio que el daño que supone la muerte del animal no es un daño involuntario, «no querido» por la Administración, sino todo lo contrario¹³⁴.

¹³³ En esta línea avanza el planteamiento defendido por QUINTANA LÓPEZ para quien «el encuadramiento institucional más seguro de la indemnización subsiguiente al sacrificio obligatorio del ganado atacado por ciertas enfermedades lo sitúa en un episodio más de la responsabilidad objetiva de la Administración por los daños derivados del funcionamiento de un servicio público» (Tomás QUINTANA LÓPEZ, Derecho veterinario: epizootias y sanidad animal, *cit.*, págs. 155 et passim).

En cuanto a la jurisprudencia, es cierto que en algunas sentencias se sitúa el problema relativo al sacrificio de animales en el marco general de la responsabilidad patrimonial (la STS de 18 de febrero de 1982 -RJ 1982, 1457- podría ser un ejemplo) pero sin un razonamiento de fondo al respecto y sin cuestionar por ello el sistema de tasación utilizado por la Administración a la hora de indemnizar el sacrificio. En otros pronunciamientos, en cambio, se descarta abiertamente que el sacrificio tenga encaje en la órbita de la responsabilidad patrimonial (es el caso de la STSJ de Navarra núm. 923/2003, de 11 de septiembre -JUR 2004, 3123-).

¹³⁴ Tampoco en opinión de Manuel Rebollo Puig, Sanidad animal, *cit.*, págs. 261 a 270, el régimen indemnizatorio aplicable en los sacrificios de animales tiene encaje en el sistema general de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, la razón que mueve a esta conclusión en el discurso de Rebollo Puig no viene dada por esta diferenciación entre los daños queridos y no queridos, sino por la consideración de que el particular tiene la obligación de soportar los daños que derivan del sacrificio forzoso, lo que impide que pueda hablarse en propiedad de la existencia de una lesión. Como afirma en su trabajo:

«el propietario de animales con enfermedades infecciosas tiene el deber jurídico de soportar la lesión patrimonial que el sacrificio del animal —u otra medida orientada a evitar epidemias— representa para él. En realidad, con el sacrificio de sus animales contagiosos sólo se le impone aquello a lo que ya estaba obligado porque, de antemano, existe un deber general y abstracto de no perjudicar la salud pública ni causar daño a los bienes, incluidos los animales de otras personas. La orden de sacrificar el animal que propaga la enfermedad es sólo la concreción, ante una situa-

b) Esta consideración nos conduce derechamente al terreno de la expropiación forzosa. Este instituto, en su vertiente garantista, protege al particular frente a cualquier privación singular de un derecho o interés legítimo patrimonial que venga acordada de manera imperativa por la Administración con vistas a satisfacer una utilidad pública o un interés social. Desde luego, el sacrificio constituye un detrimento patrimonial que es impuesto, de manera imperativa, por la Administración. El problema puede venir dado por el hecho de que el sacrificio forzoso de animales escapa al modelo «clásico» de expropiación, en el que la privación del bien tiene un carácter instrumental: se produce una traslación de la titularidad dominical como instrumento para llevar a cabo una posterior actividad sobre el bien afectado (para la construcción de una obra pública, sería el ejemplo por antonomasia). Por el contrario, al abatir los animales, la privación del bien se agota con la destrucción del mismo: el animal no se destina a una posterior finalidad, simplemente se elimina. Ello no obstante, hay que concluir que si bien el sacrificio no es desde luego el paradigma de lo que, en línea de principio, se entiende por expropiación, la fórmula utilizada por el art. 1.1 de la LEF («*cualquier forma de privación singular...*»)¹³⁵ para definir su contenido permite dar cabida sin esfuerzos interpretativos al caso que nos ocupa. Así lo ha entendido una parte de la doctrina mejor concedora de la institución expropiatoria y también alguna jurisprudencia¹³⁶.

ción determinada, de ese deber general que fluye del ordenamiento y encuentra su reflejo en muchos preceptos» (idem, pág. 264).

Coincido plenamente con estas afirmaciones y, en general, con el excelente análisis que de esta cuestión realiza REBOLLO PUIG. Sin embargo, en la actualidad, aprobada la LSA, no es preciso acudir ya a ese deber general y abstracto a que alude el autor —cuyo anclaje siempre resulta arriesgado—, pues como se verá existe un precepto legal encargado de sentar de forma expresa este postulado.

¹³⁵ *Según la célebre fórmula que aparece en el art. 1.1 de la LEF, el contenido de la expropiación forzosa queda integrado por «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio».*

¹³⁶ *En este sentido se manifiestan Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, v. II, cit., págs. 238 a 240. Como explican estos autores, la fórmula introducida por el art. 1.1 de la LEF para definir el contenido de la expropiación superó la tradicional configuración de la misma como la enajenación plena de un bien inmueble para dar cabida, supuesta su amplitud, remarcada después por el art. 1.2 del Reglamento de Expropiación Forzosa de 1957 («la enumeración de los supuestos de privación singular de la propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos que hace el artículo primero de la Ley, tiene carácter enunciativo y no excluye la posibilidad de otros distintos, a los fines de la calificación del*

El sacrificio obligatorio de un animal por razones de salud colectiva supondría, pues, una manifestación más de la potestad de expropiación forzosa de que dispone la Administración. De donde se seguirían importantes derivaciones. Entre ellas, la indemnización pasaría a ser, desde luego, correlato necesario del sacrificio. No en vano, por imperativo constitucional, la expropiación está condicionada al pago —sea previo o no— de la «correspondiente indemnización» (según prevé el art. 33.3 de la CE), del llamado justiprecio. Además, ésta deberá ajustarse al principio de reparación integral o indemnidad patrimonial y, en consecuencia, habrá de incorporar el valor real de los animales, así como los perjuicios directos que de su sacrificio se sigan para el particular.

A mi entender, es, en efecto, la expropiación forzosa el marco idóneo donde encaja con naturalidad el sacrificio forzoso de animales. Sin embargo, este acomodo natural se ha visto desplazado por designio expreso del propio legislador. Pero no en el sentido de convertir la indemnización en potestativa o en desligarla de la búsqueda de la reparación integral, algo que chocaría de manera frontal con el texto constitucional. El legislador, y más concretamente, la LSA ha creado un título jurídico habilitante para poder exigir el sacrificio al particular sin necesidad de indemnizarle. Y lo ha hecho liquidando el carácter antijurídico que el daño causado por el sacrificio provoca en el particular. En otras palabras, el propietario de los animales está obligado a asumir ese sacrificio como elemento inherente, consustancial, a su derecho de propiedad sobre el ganado o, si se prefiere, como riesgo implícito a su disfrute. El sacrificio se convierte de esta guisa en un daño legítimo que en cuanto tal debe soportar el propio propietario. Así lo previene, de forma clara, el art. 7.1, i) al incluir entre sus obligaciones la de «asumir los costes derivados de la custodia, transporte, almacenamiento, alimentación, sacrificio, destrucción y, en general, de todo tipo, en relación con sus animales, productos de origen animal, productos zoonosanitarios y productos para la alimentación animales, que tengan bajo su responsabilidad y se deriven de las medidas sanitarias, incluidas las de sal-

párrafo anterior», la cursiva es mía, a otras hipótesis de privaciones coactivas recogidas en leyes especiales. Una de estas hipótesis se cifra en la posibilidad de que la privación singular consista, lisa y llanamente, en la destrucción de la cosa, sin que se produzca el efecto translativo de la propiedad. Tal es el caso, apuntan los autores, del sacrificio forzoso de animales recogido en la vieja Ley de Epizootias de 1952.

Por lo que hace a la jurisprudencia, cabe encontrar, en efecto, algunos pronunciamientos en los que el sacrificio forzoso es calificado como una forma especial de expropiación. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 3 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3294), aunque no se aporta en ella una argumentación de sostén a esta inteligencia.

vaguardia y las cautelares que puedan adoptar las autoridades competentes».

Podrá convenirse o no en la oportunidad de esta previsión, pero su significación es a mi modo de ver muy clara. El legislador ha modelado el derecho de propiedad en el ámbito de la cabaña ganadera supeditándolo a las exigencias de protección de la salud colectiva —como manifestación de la subordinación de la propiedad a su *función social* (ex art. 33.2 de la CE)— y desplazando las consecuencias del riesgo que en sí mismo representan los animales para la salud humana al propietario de los mismos.

Significa lo anterior, ni más ni menos, que la inteligencia del sacrificio no puede hacerse ya desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial ni tampoco de la expropiación forzosa. En cuanto a la primera, porque no puede hablarse de lesión desde el momento en que la Administración cuenta con una causa de justificación para irrogar el daño. Y en lo que se refiere a la expropiación, por cuanto que, en rigor, más que de una privación coactiva de un bien se está en presencia de la simple concreción de una delimitación normativa del derecho de propiedad.

B. El legislador, en resolución, ha reconducido el sacrificio forzoso al ámbito de la *delimitación del contenido de un derecho*¹³⁷. Si la propiedad del ganado encuentra como límite inmanente la protección de la salud colectiva, se sigue que, apreciada una situación de riesgo sanitario, el sacrificio forzoso no representa un ataque externo (una privación que adviene *ad extra*), sino una consecuencia normal e interna, extraída de la misma configuración legislativa del derecho de propiedad. En cuanto tal, es, además, una delimitación general, un elemento que atañe y afecta a todos los propietarios de ganado, y no en cambio una reacción singular frente a uno de ellos. En resumidas cuentas, la Administración, al ordenar el sacrificio, no viene a «mutilar» el derecho, sino a ejecutar simplemente la delimitación prevista por la ley. Por esta misma razón, el sacrificio no necesita ser indemnizado.

Lo anterior no obsta, empero, a que el legislador o, en su caso, la Administración consideren oportuno establecer algún tipo de compensación o ayuda destinada a

137 En torno a la compleja y debatida caracterización de las limitaciones legales —y la delimitación de sus confines con respecto a otras figuras afines como es el caso señalado de la expropiación forzosa—, véase la célebre exposición de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, cit., págs. 240 a 249. A esta temática se ha asomado últimamente Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 71 a 130, donde se contienen algunas reflexiones muy lúcidas.

paliar los efectos producidos por la medida de sacrificio¹³⁸. Para avalar esta decisión militan a su favor, por lo demás, poderosas razones. Entre otras, la conveniencia de estimular la colaboración del ganadero en la lucha contra el riesgo sanitario. Es éste un elemento fundamental que siempre ha estado muy presente: el sacrificio no es, por lo común, una medida de agrado para el ganadero, de modo que si no se estableciese alguna suerte de compensación por el sacrificio podrían buscarse todo tipo de subterfugios para sortearlo, con lo que la lucha contra el riesgo sanitario se vería debilitada. Juntamente con esta razón de conveniencia, cabe apuntar a otros motivos como la necesidad de evitar que el sector se resienta por campañas de sacrificio masivo o, incluso, por qué no, razones de solidaridad con los ganaderos afectados, tanto más si se tiene presente que el origen de muchas enfermedades animales nada tiene que ver con la gestión del propietario del animal.

Sea por la razón que fuere, es en cualquier caso claro que la indemnización se articula en términos de fomento y no como la consecuencia necesaria de una privación singular impuesta por la Administración. Esta inteligencia del sacrificio forzoso de animales y de la indemnización del mismo se corresponde, por lo demás, con la que está presente en la normativa comunitaria. Como ya se dijo, la normativa comunitaria y más concretamente la Directiva relativa a los controles veterinarios prevé el sacrificio como medida de salvaguarda de la salud pública ante posibles zoonosis. Pero no contempla al respecto ningún tipo de indemnización. Antes al contrario, según dispone el art. 8.2 de la citada Directiva, «los gastos derivados de las medidas a que se refiere el párrafo primero correrán a cargo del expedidor, de su representante o de la persona encargada de los productos o animales». Por tanto, el perjuicio derivado del sacrificio correrá a cuenta del propio propietario de los animales.

A pesar de la rotundidad de esta previsión, se ha consentido la posibilidad de que los Estados establezcan, cuando así lo juzguen adecuado, compensaciones económicas por el sacrificio obligatorio de animales. Este reconocimiento tuvo lugar con ocasión de la crisis de las «vacas locas». Sucedió entonces que algunos Estados afectados por esta crisis decidieron conceder indemnizaciones para compensar a los propietarios afectados por los sacrificios masivos ordenados para frenar la progresión de esta enfermedad. Tales decisiones fueron llevadas ante el Tri-

138 Aunque Rebollo Puig no acude en su análisis a la dogmática de la delimitación legal de los derechos, su conclusión es también la de que únicamente razones de oportunidad o de conveniencia son las que sustentan el régimen indemnizatorio fijado para los sacrificios obligatorios de animales (Manuel Rebollo Puig, *Sanidad animal*, cit., pág. 267).

bunal de Justicia, quien tuvo oportunidad de señalar que, no obstante el tenor de la normativa comunitaria aludida, era plausible que los Estados dispusieran este tipo de ayudas. Es más, resultaba hacedero que las propias Instituciones comunitarias contribuyesen a tal objetivo con el fin de evitar un deterioro irreversible de las estructuras económicas del sector¹³⁹.

Cabe concluir, a la vista de cuanto aquí se ha dicho, que el sacrificio obligatorio de animales por razones de salud colectiva no da origen al nacimiento de un derecho de indemnización a favor del propietario: ni en concepto de responsabilidad patrimonial ni tampoco en calidad de expropiación forzosa. El motivo estriba, a mi modo de ver, en que el sacrificio constituye el resultado de la supeditación de la propiedad del ganado a la protección de la salud pública y de la voluntad expresa del legislador de que los daños ocasionados por las medidas de salvaguarda deba soportarlos el propietario a modo de riesgo inherente a su actividad ganadera. Ello no impide, claro es, que la Administración arbitre fórmulas para rebajar el perjuicio patrimonial que comporta el sacrificio.

Desde esta óptica ha de analizarse lo dispuesto en el art. 21 de la LSA. Siendo así, la indemnización que allí se contempla no puede considerarse como una respuesta obligatoria, necesaria en todo caso. Como tampoco cabe entender que deba orientarse a reparar de modo integral la situación patrimonial del particular afectado¹⁴⁰.

139 Sobre el particular, véase la STJCE de 8 de enero de 2002, *H. van der Bor BV*, C-428/99. El Tribunal de Luxemburgo fue interpelado en esta ocasión acerca de la competencia de los Estados miembros para indemnizar a los ganaderos por el sacrificio de terneros en el marco de la crisis de las «vacas locas» y su posible colisión con la prohibición de principio de las ayudas estatales.

Según se razona en ella, los Estados miembros gozan sin falta de esta facultad ya que constituye una medida accesoria a la orden de sacrificio: si pueden ordenar el sacrificio, pueden, a fortiori, fijar una indemnización por el mismo. Aparte de ese argumento —que no me parece especialmente elaborado—, parecen haber influido en esta decisión las razones de conveniencia antes aludidas. Al menos, así se desprende de alguna afirmación que el Tribunal de Justicia no tiene empacho en formular como cuando señala que «podían existir razones serias para creer que, a falta de una indemnización equitativa, dichos ganaderos podrían ocultar el origen de los animales que poseían con el fin de evitar su sacrificio y la consiguiente pérdida financiera» (apartados 41 y 49).

140 Se ha criticado insistentemente por parte de los ganaderos que el sistema de baremación aplicado por la Administración para fijar las indemnizaciones por los animales sacrificados raramente refleja el valor de mercado de los mismos. Sin embargo, aparte de que la Administración, por las razones que acaban de ser expuestas, no debe guiarse necesariamente por la restitución de la integridad patrimonial del ganadero, no hay que olvidar que, tratándose de animales aquejados de una enfermedad, su valor no puede equipararse al de un animal sano. A esta idea se arriman precisamente algunas sentencias con vistas a remarcar la legitimidad del sistema de baremación frente a las reticen-

c) Algunas precisiones añadidas sobre la indemnización que acompaña al sacrificio de animales por razones de salud colectiva

Precisada, según acaba de verse, la naturaleza jurídica de la indemnización por el sacrificio forzoso de animales, resta ahora tan solo realizar algunas consideraciones finales tendentes a afinar más el contorno de esta medida ablativa y destacar algunas singularidades.

a) En primer término, parece necesario precisar que el hecho de que el particular deba sopesar el quebranto patrimonial asociado a la medida de sacrificio no significa que su posición deba ser la misma frente a cualquier orden de sacrificio. Por supuesto no lo será cuando dicha orden sea declarada ilegal. En tal caso, es claro que cesará este deber de soportar el daño y entrará en juego el régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero, junto a ello, no hay que perder de vista que la medida de sacrificio puede acordarse con una notable «facilidad», supuesta la amplitud del supuesto de hecho y del objeto sobre el que puede recaer el sacrificio. En particular, recuérdese que dicho sacrificio podrá adoptarse cuando se disponga únicamente de una sospecha de riesgo de zoonosis; sospecha que, en ocasiones, puede no confirmarse con posterioridad. En tales casos, es claro que no cabe cuestionar la validez intrínseca de la decisión de sacrificio pues es perfectamente dable que la misma se active en situaciones de simple sospecha, pero sí parece excesivo hacer cargar al interesado con el detrimento patrimonial de esta actuación anticipada o cauta de la Administración. Otro tanto cabría significar con respecto al sacrificio de animales sanos por riesgo de propagación de la enfermedad. Quiere significarse con ello, en suma, que no parece justo ofrecer el mismo tratamiento a los sacrificios que recaigan sobre animales enfermos, que sí constituyen un riesgo sanitario cierto, respecto de los que comprometan a animales sanos. Para estas últimas situaciones, la LSA no contempla ninguna matización. Sí lo hace, en cambio, el Reglamento de Epizootias, estableciendo que el particular tendrá derecho a obtener el cien por cien del valor de tasación¹⁴¹. Línea en la que también

cias de los demandantes por su estrechez. Ilustrativas resultan, entre otras, la STS de 27 de marzo de 1984 (RJ 1984, 3928) y la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 551/2001, de 25 de julio (JUR 2001, 273391).

141 Con arreglo al art. 149 del RE, «el sacrificio obligatorio de animales enfermos de muermo, durina, perineumonía bovina o brucelosis caprina, efectuado en las condiciones previstas por el artículo anterior, lleva consigo una indemnización equivalente al 50 % del valor de tasación del animal, si la autopsia o pruebas del laboratorio confirman que padecía la enfermedad que motivó el sacrificio u otra de carácter contagioso; un 75 %, si se tratase de enfermedad común no mortal de necesi-

transitan algunas sentencias al reconducir estos supuestos al terreno de la responsabilidad patrimonial¹⁴².

b) Por otro lado, es de notar que el cobro de la indemnización está supeditado, con carácter general, a la conducta previa mantenida por el propietario del ganado que es objeto de sacrificio en razón de que si éste ha contribuido a crear el riesgo sanitario o a facilitar su propagación no podrá en modo alguno reclamar la indemnización fijada. La propia LSA se cuida de señalarlo al afirmar, en su art. 21.3, que «para tener derecho a la indemnización, deberá haberse cumplido por el propietario de los animales o medios de producción la normativa de sanidad animal aplicable en cada caso». Es éste, por lo demás, un postulado que ya se encontraba presente en la antigua Ley de Epizootias de 1952¹⁴³ y que también recogió el Reglamento de 1955¹⁴⁴. Asimismo, está perfectamente instalado en la doctrina jurisprudencial. Son muchas en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo que han denegado la

dad, y el valor total de tasación si resultase el animal sano» (la cursiva es mía). La lógica de esta norma me parece aplastante, aunque sólo sea porque nunca puede ser el mismo el valor de un animal sano al valor de un animal enfermo.

142 La STSJ de Cataluña núm. 560/2003, de 12 de junio (JUR 2004, 35080) aborda un supuesto que puede ser clarificador. Se impugnaba en esta litis la orden de sacrificio de unas reses de ganado porcino a raíz de un control efectuado en el camión que las transportaba. En dicho control se apreció que existían numerosas bajas y que la temperatura de algunos animales era demasiado alta. Datos que, unidos a su procedencia holandesa, hicieron sospechar que estaban infectados de una grave enfermedad contagiosa, ordenándose por ello su sacrificio. Sucedió, sin embargo, que con posterioridad al sacrificio los análisis practicados no confirmaron estas sospechas. Ante esta circunstancia, el Tribunal Superior de Justicia consideró que los animales fueron sacrificados injustificadamente, concediendo al propietario una indemnización por todos los daños y perjuicios sufridos.

Este planteamiento fue ya avanzado por Manuel Rebollo Puig, Sanidad animal, cit., pág. 269. En el entender de este autor, no es posible exigir al propietario de los animales el deber jurídico de soportar su sacrificio cuando quede contrastado que el riesgo de que se sospechaba no afecta a su rebaño. Aunque la orden de la Administración hubiese sido correcta en términos de policía sanitaria, se produciría aquí un supuesto de lesión causada por el normal funcionamiento de un servicio público y, por tanto, el sacrificio debería ser indemnizado en su totalidad con arreglo a las reglas generales de la responsabilidad patrimonial.

143 El art. 153 del RE dispone en su párrafo primero que

«No serán indemnizables los animales que mueran antes de la fecha en que se ordena su sacrificio, ni tampoco podrán percibir indemnización por sacrificio obligatorio los propietarios de ganado que hubieren ocultado la enfermedad o no la hubieren notificado hasta período avanzado de la misma; los que no se encuentren en posesión de la cartilla ganadera en regla, no hubieren sometido a aislamiento riguroso los animales enfermos y sospechosos o hubieran infringido alguno de los preceptos de este Reglamento, los que hubieran adquirido los animales ya enfermos o procedentes de zonas infectadas y los de los presentados a la importación en puertos y fronteras».

144 Así, el art. 19.2 de esta Ley establecía que «no tendrán derecho a estas indemnizaciones los propietarios que no hubieren dado parte de la existencia de la enfermedad o hubieren infringido las disposiciones legales».

indemnización ante la conducta obstruccionista o de ocultación de la enfermedad del propietario de las reses, en particular por incumplimiento de la obligación de dar parte de la existencia de la enfermedad, o de las posibles sospechas, de manera tempestiva a las autoridades competentes¹⁴⁵.

Esa misma jurisprudencia se ha encargado, no obstante, de delimitar el alcance de esta causa de pérdida del derecho a la indemnización en aras de impedir una aplicación excesivamente rigurosa de la misma por parte de la Administración. Por lo pronto, el Tribunal Supremo ha dejado establecido la necesidad de interpretar de manera restrictiva esta previsión: «la indemnización como regla supone la contraprestación obligada y sólo puede, por ello, ser negada en los supuestos excepcionales que la Ley señala con cabal acreditamiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos para que “la no indemnización” sea jurídicamente posible»¹⁴⁶. Transitando en esta misma línea, alguna jurisprudencia llegó a considerar que la negativa a indemnizar al particular por su conducta constituía una suerte de sanción y en consecuencia no sólo debía sujetarse a una interpretación restrictiva¹⁴⁷, sino que, además, debían respetarse las garantías de defensa necesarias para que el particular pudiese dar a conocer su punto de vista¹⁴⁸.

Por lo demás, el Tribunal Supremo se ha cuidado también de precisar que no cualquier infracción de la normativa sanitaria animal resulta suficiente para anular la indemnización. Debe tratarse de una infracción que guarde algún tipo de vinculación con el problema que ha motivado el sacrificio: la conducta del particular debe hallarse referida, en palabras del Alto Tribunal, a «infracciones

145 SSTS de 28 de noviembre de 1979 (RJ 1979, 4070); 26 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4717); 9 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1680); 30 de junio de 1982 (RJ 1982, 4862); 17 de junio de 1986 (RJ 1986, 4732); 12 de julio de 1989 (RJ 1989, 5354); y 12 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9211). Más recientemente, cabe citar, entre tantas, las SSTSJ de Extremadura núm. 232/2000, de 17 de febrero (RJCA 2000, 375) y núm. 1796/2000, de 13 de diciembre (JUR 2001, 70127).

146 Afirmación extraída de la STS de 3 de octubre de 1979 (RJ 1979, 3294).

147 Tal y como indica la STS de 22 de octubre de 1964 (RJ 1964, 4723) con respecto al art. 153 del Reglamento de Epizootias de 1955, se trata de un «precepto que por su evidente carácter sancionador requiere interpretación restrictiva y prueba categórica del hecho justificativo de su aplicación» (en la misma línea, SSTS de 22 de abril de 1965 –RJ 1965, 2121–; 3 de febrero de 1968 –RJ 1968, 764–; y 20 de octubre de 1981 –RJ 1981, 4493–).

148 Véanse en este sentido las SSTS de 22 de abril de 1965 (RJ 1965, 2121) y 3 de febrero de 1968 (RJ 1968, 764), en las que se anula la resolución denegatoria de la Administración por omisión del trámite de audiencia al interesado.

reglamentarias que de algún modo, directo o indirecto, guarden relación causal, o quepa asignarle calificación de concausas, respecto a la necesidad de sacrificar ganado determinante de la indemnización»¹⁴⁹.

c) Finalmente, importa remarcar que la indemnización no estará informada en estos casos por el principio de indemnidad. Dicho en otras palabras, su montante podrá ser inferior al precio real del animal y al conjunto de perjuicios que su sacrificio pueda ocasionar al particular —es más, lo normal es que así sea—. Es perfectamente plausible, por ello, la utilización de un sistema de baremación aplicado a partir de precios fijados de forma unilateral por la Administración.

C. Otras medidas

A fin de cerrar este recorrido por las medidas ablatorias que cabe imponer sobre los animales, resulta obligado, habida cuenta de la pluralidad de mecanismos que conviven en este ámbito, dejar espacio a un último apartado que, a modo de cajón de sastre, haga referencia a otras medidas de contenido ablatorio que también pueden adoptarse y respecto de las cuales únicamente haremos aquí mención, sin abundar en su contenido.

a) Una de estas medidas viene dada por la posible imposición de *tratamientos sanitarios obligatorios* utilizados por lo general como método profiláctico —aunque también los hay de naturaleza curativa— a los efectos de prevenir ciertas enfermedades. Son numerosas en este sentido las campañas de vacunación que vienen desarrollándose de forma más o menos periódica (como es el caso de la rabia o de la triquinosis)¹⁵⁰.

b) Cabe hacer mención, también, a las medidas proyectadas sobre animales que pueden actuar como vectores en la transmisión de ciertas enfermedades. Es bien sabido así que algunos animales, señaladamente los artrópodos (es el caso de insectos como los piojos, los chinches, los mosquitos o las pulgas, y de arácnidos como las garrapatas), pueden servir como «vehículo» para albergar un agente patógeno preparado para transmitirse al hombre.

¹⁴⁹ Fragmento que puede leerse en la STS de 18 de febrero de 1982 (RJ 1982, 1457). En la misma línea, véase la STS de 31 de julio de 1986 (RJ 1986, 7061).

¹⁵⁰ En cuanto al sostén normativo de estos tratamientos sanitarios forzosos, puede acudirse al art. 8.1, g) de la LSA, en el que se prevé la realización de programas obligatorios de vacunaciones como medida sanitaria de salvaguardia y, de forma más específica, al art. 19 (Tratamientos y vacunaciones), donde se establecen algunas precisiones sobre la autoridad competente para ordenar este tipo de tratamientos y los casos en que podrá llevarse a cabo.

Enfermedades tan peligrosas como la peste, el paludismo o la fiebre amarilla son ilustrativas de ello. A fin de combatir este riesgo sanitario, se prevén las medidas de desinsectación, así como las de desratización. Estas últimas dirigidas de manera específica contra los roedores, reservorios típicos de muchas enfermedades¹⁵¹.

IV. Las medidas ablatorias que se proyectan sobre bienes, productos o procesos productivos

1. Consideraciones generales

La tercera y última categoría de medidas ablatorias hace referencia a aquellas privaciones que recaen sobre los bienes, los productos o, en su caso, sobre los procesos productivos. Porque es evidente que no sólo las personas y los animales constituyen determinantes de la salud de la colectividad. También los productos en general pueden revelarse como fuentes de riesgo sanitario de extrema gravedad: ahí están los alimentos e ingredientes alimenticios, los cosméticos, los medicamentos y así una larga lista de productos que han dado y dan origen a actuaciones ablatorias destinadas a combatir el riesgo sanitario que, en ocasiones, traen éstos consigo.

En efecto, a fin de hacer frente a los riesgos sanitarios que para la colectividad puedan derivarse de la utilización o comercialización de ciertos productos o de la puesta en práctica de ciertas actividades, cuenta la Administración en su haber instrumental con una serie de medidas ablatorias que van a proyectarse sobre tales productos (como la orden de incautarlos o inmovilizarlos, o la fijación de prohibiciones o condiciones a su importación, etc.) o sobre la actividad en cuestión (a través de la orden de suspensión o cierre del centro o establecimiento).

El respaldo legal de este conjunto de medidas se encuentra muy disperso en el vasto horizonte que abarca la normativa sobre salud colectiva y resulta por ello difícil reconducirlo a un único texto de referencia —al estilo de la LOMESP con respecto a las medidas ablatorias personales o de la LSA en lo que hace a las que se proyectan sobre los animales—. Ciertamente, la propia LGS, con carácter general, alude a algunas de estas órdenes ablatorias al enumerar las posibles medidas preventivas que la Administración podrá activar en situaciones de riesgo

¹⁵¹ Registros típicos de estas medidas pueden hallarse en abundancia, por ejemplo, en el Reglamento Sanitario Internacional (desinfección de barcos, aeronaves, equipajes...). Véase, con carácter general, su art. 26.

sanitario grave e inminente. Según previene el art. 26.1 de la LGS, las autoridades competentes podrán ordenar en tales casos «las medidas preventivas que estimen pertinentes, *tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones*, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas» (la cursiva es mía). Bien se ve, no obstante, que se trata de una previsión muy genérica que agradece precisiones añadidas.

Por esta razón, habrá que estar a las regulaciones particulares para los distintos productos o actividades; regulaciones donde, por cierto, resulta frecuente que se apodere a la Administración con poderes ablatorios sobre tales productos o actividades cuando esté en peligro la salud de la población. Es el caso, por citar los ejemplos más relevantes, de la procelosa normativa de consumo, con la *Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios* a la cabeza, seguida del importante *Reglamento de seguridad general de los productos*. Gracias a estas normas, la Administración cuenta con una base suficiente para imponer medidas como la prohibición de suministro o de puesta en el mercado de un producto, su orden de retirada o, incluso, su destrucción¹⁵².

Una mención expresa merece también la *Ley del Medicamento* (1990), en la que se contemplan medidas como la puesta en cuarentena, la retirada del mercado, la clausura de establecimientos, la suspensión de actividades y de publicidad, entre otras; todas con el objetivo de atajar la aparición de un riesgo para la salud de la comunidad afecto a algún medicamento¹⁵³.

Resulta, pues, que la combinación de la previsión general del art. 26.1 de la LGS con las normas sectoriales más precisas ofrece como resultado una gama muy varia-

¹⁵²

Todas estas medidas aparecen previstas en el art. 10 (Medidas administrativas de reacción para garantizar el deber general de seguridad de los productos) del RD 1801/2003, de 26 de diciembre.

¹⁵³

Tal y como señala el art. 106.1, a) (Medidas cautelares) de la Ley del Medicamento: «En el caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y grave para la salud, las autoridades sanitarias podrán adoptar las siguientes medidas cautelares en el ámbito de esta Ley: a) La puesta en cuarentena, la retirada del mercado y la prohibición de utilización de especialidades farmacéuticas, los medicamentos prefabricados, fórmulas magistrales y preparados oficinales, así como la suspensión de actividades, publicidad y la clausura provisional de establecimientos, centros o servicios».

Por cierto que el art. 4 de la LOMESP, como se recordará, contempla la posibilidad de acordar el suministro centralizado por la Administración de un medicamento o producto sanitario cuya distribución plantee excepcionales dificultades. Asimismo, podrá en tal situación condicionar su prescripción a ciertos grupos de riesgo o a la realización de pruebas analíticas y diagnósticas.

da de medidas ablatorias cuyos exponentes más destacados pasamos a comentar de forma resumida.

2. Las distintas medidas

A fin de agrupar y ordenar de algún modo las diferentes medidas ablatorias que podrían ser reconducidas a este apartado, es posible a mi modo de ver establecer tres grupos: en primer lugar, las limitaciones y prohibiciones relacionadas con la circulación de mercancías, tendentes a localizar con precisión el producto que porta el riesgo y a evitar que su tránsito extienda su órbita de influencia; en segundo término, hay que referirse a la incautación y destrucción de los productos, medida más drástica orientada a separar el producto del mercado y, en su caso, destruirlo; y, por último, la suspensión y cierre de actividades, medida ésta relacionada con el ciclo de producción del producto con vistas a que no se incorporen al tráfico nuevas partidas. Pasaré a referirme a cada una de ellas, aun de manera breve pues resultan aquí válidas, como se verá, muchas de las indicaciones ya realizadas con respecto a las medidas ablatorias que inciden sobre los animales.

a) *Medidas que afectan a la circulación de mercancías*. En este grupo tienen cabida, de entrada, aquellas medidas adoptadas en el marco de la sanidad exterior con el objetivo de evitar la importación de enfermedades —o, en su caso, la exportación de las mismas— que puedan poner en peligro la salud nacional. La regulación de este tipo de medidas se contiene en el viejo *Reglamento Orgánico de Sanidad Exterior*¹⁵⁴, así como en el *Reglamento Sanitario Internacional*¹⁵⁵. Se contemplan en estas normas

¹⁵⁴ Véase en particular el Capítulo XV (arts. 137 a 152), rotulado *Mercancías, equipajes, desinfección, importación y tránsito*.

Habida cuenta de la longevidad de este Reglamento —que data de 1934—, algunas de sus normas resultan hoy muy chocantes. En particular, llama la atención el tratamiento que reciben las substancias de tipo alimenticio —que, cuando resulten impropias para el consumo, «serán destruidas o arrojadas al mar»—, así como los «trapos viejos» —rodeados de un conjunto de garantías específicas—. De todas formas, interesa destacar que estas previsiones conservan intacta en nuestros días su virtualidad. Así, en el marco de la reciente alarma sanitaria por el síndrome respiratorio agudo severo o «neumonía atípica», se hizo uso de estos preceptos para ordenar que todas las partidas de materias contumaces (trapos, cordeles, ropa o cualquier materia textil usados) procedentes de los países afectados viniesen acompañadas del oportuno certificado de desinfección y desinsectación (véase el art. 1 de la Resolución de la Dirección General de Salud Pública de 4 de abril de 2003, por la que se adoptan medidas especiales de protección sanitaria en relación con la importación de ciertas mercancías procedentes de las zonas de países terceros afectados por el Síndrome Respiratorio Agudo Severo, publicada en el BOE de 5 de abril de 2003).

¹⁵⁵

Acúdase al Capítulo V (Medidas relativas al transporte internacional de cargamentos, mercancías, equipajes y correos, arts. 47 a 50) del Título IV del Reglamento Sanitario Internacional. Estas previsiones generales deberán después ser completadas con el régimen específico

las distintas acciones que con ocasión de los controles sanitarios fronterizos podrán adoptarse con respecto a los equipajes, cartas y correspondencia, impresos, libros, substancias de tipo alimenticio, trapos y material textil, etc., así como las limitaciones y restricciones a la importación o exportación de los productos.

Conviene tener presente, no obstante, que la puesta en práctica de prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito de productos, al igual que en el caso comentado de los animales, no puede entenderse hoy si no es a partir del contexto comunitario. También aquí, claro es, cobra plena vigencia la meta esencial del mercado interior y la libre circulación de mercancías y, en consecuencia, las prescripciones del Título I (*Libre circulación de mercancías*, arts. 23 a 31) del TCE.

Por otra parte, caso de que los productos se encuentren ya en circulación en el mercado nacional en el momento de detección del riesgo, la Administración, con arreglo a las habilitaciones previstas en la LGS y demás normas sectoriales aplicables, podrá ordenar la interceptación de las mercancías y su posterior retención o inmovilización. De suerte que los productos en cuestión no puedan llegar al consumo humano en tanto no se despeje el destino de los mismos en términos de cuarentena o, en el peor de los casos, de inutilización o destrucción.

b) *Incautación y destrucción del producto.* Para hacer frente al riesgo que para la salud comporta un determinado producto, es posible que la Administración ordene la intervención y retirada del producto del mercado. Según previene el ya mentado art. 26.1 de la LGS, entre las medidas preventivas aplicables se encuentra «la incautación o inmovilización de productos». Es más, cabe incluso que la sola intervención se estime insuficiente para garantizar la salud pública y, como medida extrema —tendente a evitar que de uno u otro modo el producto pueda reintegrarse en el circuito del consumo—, se decida su destrucción. Aunque el art. 26.1 de la LGS no alude de forma expresa a esta medida de destrucción, la jurisprudencia no ha dudado en admitir su viabilidad sobre la base de este precepto, siempre, eso sí, que se den razones de salud pública que así lo justifiquen¹⁵⁶.

dispuesto para cada enfermedad cuarentenable en particular (Título V, arts. 51 a 88).

¹⁵⁶ Así lo sostiene, por ejemplo, la STS de 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7903), en la que se discutía la legalidad de la orden de destrucción de una partida de jamones y pancetas en cuya elaboración se había empleado ácido bórico. Según razona el Tribunal Supremo: «los poderes públicos no sólo están habilitados para el ejercicio de las potestades que el ordenamiento expresamente les atribuye, sino también, implícitamente,

c) *Suspensión y cierre de actividades.* Una tercera medida de gran importancia en este ámbito es la orden que obliga a cesar una determinada actividad desarrollada por una empresa o establecimiento o, incluso, llegado el caso, a cerrarlo o clausurarlos. El sostén de esta medida puede situarse nuevamente en el art. 26.1 de la LGS. Pero, junto a él, cabe que la suspensión de la actividad o el cierre de la instalación se acuerden como medida cautelar derivada de una previa inspección administrativa de las condiciones higiénicas y sanitarias. Si es así, el art. 31.2 de la LGS ofrece una cobertura específica al señalar que «como consecuencia de las actuaciones de inspección y control, las autoridades sanitarias competentes podrán ordenar la suspensión provisional, prohibición de las actividades y clausura definitiva de los Centros y establecimientos, por requerirlo la salud colectiva o por incumplimiento de los requisitos exigidos para su instalación y funcionamiento»¹⁵⁷.

te, para el de las facultades necesarias para la efectividad de aquéllas. En los casos en que la medida de retirada o intervención tiene por objeto un producto peligroso para la salud humana que no puede tener otro destino útil que el derivado de su consumo, la autorización para la retirada o intervención del producto comporta implícitamente la habilitación a la Administración para que pueda adoptar medidas de destrucción, si éstas son necesarias para proteger la salud pública». Aplicando este razonamiento, el Alto Tribunal concluye que: «la correcta interpretación de este precepto legal [se refiere al art. 26 de la LGS] lleva a la conclusión de que la destrucción de productos nocivos es una de las medidas que puede acordar la autoridad sanitaria cuando concurren los presupuestos previstos de riesgo inminente y extraordinario para la salud».

¹⁵⁷ En la jurisprudencia pueden encontrarse numerosos ejemplos prácticos de la adopción de esta medida. A título meramente ilustrativo, véanse, entre tantas, las siguientes: STS de 4 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4980): cierre de instalaciones de cocedero de mariscos por carecer de las debidas condiciones higiénico-sanitarias; STSJ de Madrid de 19 de septiembre de 1995 (RJCA 958, 1995): clausura y precinto de un establecimiento dedicado a la actividad de casa de huéspedes; STSJ de Cataluña núm. 651/1997, de 18 de julio (RJCA 1997, 1668): cese de la actividad de un matadero frigorífico al verificar la presencia de escombros, residuos y graves defectos en la depuradora de aguas; STSJ de Andalucía de 4 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 183859): suspensión de la actividad de un establecimiento obrador de panadería por su falta de registro sanitario y por deficiencias como la vestimenta del personal; STS de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 181): suspensión de la actividad de estampación textil por aerografía de una empresa como consecuencia de la aparición de varios trabajadores afectados de enfermedad pulmonar intersticial por exposición a tóxicos —el llamado síndrome «Ardystil»—; o, en fin, STSJ de Andalucía núm. 1917/2002, de 10 de diciembre (JUR 2003, 64392): suspensión de la actividad de una empresa alimenticia por irregularidades tales como el almacenamiento de alimentos en los servicios o la presencia de productos de limpieza como detergentes en envases abiertos al lado de los alimentos.

Esta misma jurisprudencia se encarga de recordar que este tipo de medidas no son sanciones de carácter administrativo, sino medidas cautelares adoptadas en el marco de una inspección, sin perjuicio de que, posteriormente, tal inspección derive en el correspondiente expediente sancionador. Extremo éste que, en cualquier caso, queda claro a la vista de cuanto dispone el art. 37 de la LGS: «no tendrán carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servi-

Estos tres grupos acogen, a mi entender, el grueso de las medidas ablatorias más importantes que pueden proyectarse sobre los productos. De todas formas, una vez más conviene dejar abierto el listado toda vez que existen otras muchas medidas tendentes a preservar la salubridad de la colectividad del riesgo asociado a ciertos productos. Es el caso, se me ocurre, de las medidas de desinfección, descontaminación y desinsectación que también cabe aplicar sobre las cosas (medios de transporte, equipajes, etcétera).

V. Las prestaciones forzosas por exigencias de salud colectiva

En el cuadro de las técnicas de policía o de limitación administrativa tiene un espacio propio la posibilidad de imponer a los particulares la realización de prestaciones forzosas con el objetivo de hacer frente a situaciones urgentes o de emergencia que precisan de su «colaboración», siquiera sea impuesta. El contenido de tales prestaciones puede ser muy diverso: puede tratarse de la realización de un servicio profesional o personal, de la utilización de una determinada fábrica o empresa, o bien de la entrega de una determinada cosa. Se distinguen de esta guisa las prestaciones forzosas *personales*, las prestaciones forzosas de *empresa* y las prestaciones forzosas *reales*, aunque en torno a esta división no existe un acuerdo unánime en la doctrina científica patria¹⁵⁸.

Sí es claro, en cualquier caso, que uno de los campos donde tradicionalmente ha encontrado mayor virtualidad este mecanismo de las prestaciones forzosas ha sido, sin duda, el de la protección de la salud colectiva, especialmente a la hora de hacer frente a las epidemias. Así, un breve recorrido por la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944 —y, antes, por la Instrucción general de Sanidad pública de 1904— permite aislar una ristra de previsiones en las que se fundamenta el poder de la Administración para exigir prestaciones forzosas. En concreto, la base

cios que no cuenten con las previas autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad».

¹⁵⁸ En el texto recojo la partición de las prestaciones forzosas que suele manejarse en la doctrina francesa, en la que se diferencian las réquisitions de personnes, las réquisitions d'entreprises y las réquisitions de biens. En cuanto al estudio de las prestaciones forzosas en Francia, son de destacar los siguientes trabajos: Robert DUCOS-ADER, *Le droit de réquisition. Théorie générale et régime juridique*, LGDJ, París, 1956; Jean-Paul DORLY, *Les réquisitions personnelles*, LGDJ, París, 1965; y Jean SALOMON, *Les réquisitions de police, Librairies techniques*, París, 1960. Últimamente, vid. Rémy WECLAWIAK, *Sécurité civile et réquisition*, en «*Revue de Droit Public*», núm. 4/2003, págs. 1023 a 1072.

cuarta de la LBSN, dedicada como ya nos consta a la lucha contra las enfermedades infecciosas, acumula un buen rosario de ellas: desde la incautación de todo tipo de bienes o la ocupación temporal de locales hasta la posibilidad de exigir los servicios profesionales del personal sanitario, sin olvidar el uso eventual de empresas privadas —obligándoles a fabricar los productos necesarios para la campaña sanitaria— y así una larga lista¹⁵⁹. Todas estas prestaciones fueron luego desarrolladas y concretadas por el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas de 1945¹⁶⁰.

En la actualidad, la LGS no aporta un respaldo tan extenso a estas prestaciones forzosas. Sólo el art. 26.1 alude de manera muy genérica a la «intervención de medios materiales y personales» como posible medida preventiva a adoptar en casos de riesgo extraordinario e inminente para la salud pública. De todas formas, esta parquedad de nuestra ley de cabecera en materia sanitaria puede ser suplida, aparte naturalmente de por la aplicación de las referidas normas (LBSN y Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, formalmente en vigor), acudiendo al sostén normativo que para situaciones extraordinarias proporcionan tanto la legislación sobre protección civil como, llegado el caso, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los *Estados de Alarma, Excepción y Sitio*. No hay que olvidar en este sentido que las situaciones de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria a las que sirve el servicio público de protección civil pueden venir motivadas por razones de tipo sanitario¹⁶¹. Y otro tanto cabe decir con

¹⁵⁹ Véanse en especial los párrafos sexto y séptimo de la base cuarta de la LBSN. Téngase en cuenta, en todo caso, que las prestaciones forzosas se conciben en esta Ley con una cierta «naturalidad». Así, ya en la base única del Título Preliminar se afirma con carácter general que para el logro de la salud de los ciudadanos podrá ordenarse «la incautación de medicamentos y otros medios de acción sanitaria, la requisa temporal de locales y elementos de transporte, la utilización de servicios y prestaciones, la imposición de obras y trabajos en terrenos insalubres y la adscripción de actividades industriales y mercantiles a fines sanitarios».

¹⁶⁰ Así, para el caso de que se declare un estado epidémico, este Reglamento habilita, entre otras medidas, la «incautación de locales, medicamentos, utensilios y materiales que sean necesarios para la lucha», así como la «utilización y prestación de los servicios profesionales del personal sanitario y de todo género con carácter forzoso y remunerado», también con el fin de combatir la epidemia (art. 32).

¹⁶¹ La Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil, encuentra uno de sus ejes fundamentales en el deber de colaboración de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública que viene consignado expresamente por la propia CE en su art. 30.4. En coherencia con este postulado, el Capítulo II de esta Ley recoge los distintos deberes y obligaciones que pesan sobre todos los ciudadanos en orden a la protección civil. Se sienta así la obligación de colaborar a requerimiento de las autoridades en la protección civil, tanto personal como materialmente (art. 4.1). De esta suerte, la Administración queda facultada para exigir tanto prestaciones personales («en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, todos los residentes en territorio

respecto al estado de alarma, uno de cuyos desencadenantes puede venir dado, como ya nos es familiar, por la existencia de una crisis sanitaria¹⁶².

Esto supuesto, resulta oportuno dejar constancia de los trazos característicos que estas prestaciones forzosas sanitarias presentan y que, en lo esencial, no difieren de los que son propios de la generalidad de las prestaciones forzosas civiles.

a) Importa remarcar, antes que nada, que la imposición de estas prestaciones, así sea por razones sanitarias, está supeditada a la previa existencia de una habilitación de carácter legislativo. Así lo impone de manera tajante el art. 31.3 de la CE: «sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley». Será preciso, por tanto, que toda prestación forzosa sanitaria esté apoyada en una norma con rango de Ley en la que se definan su contenido y perfiles básicos, bien que luego sean desarrollados por vía reglamentaria.

b) De igual forma, hay que subrayar su carácter extraordinario o excepcional. Por su propia naturaleza, las prestaciones forzosas están llamadas a operar únicamente en escenarios de emergencia, allí donde la salud pública corra un peligro inminente ante el que la Administración, por sí sola, no pueda reaccionar de manera eficaz, bien porque los medios propios de los que disponga sean insuficientes —y precise, por tanto, de los que tienen en sus manos los particulares— o bien porque, siendo suficientes, no cuente con el tiempo necesario para ponerlos en marcha. Son precisamente estas circunstancias las que justifican la ausencia de todo tipo de formalismos, incluso procedimentales, en su imposición.

c) En lo que hace al contenido de las prestaciones forzosas sanitarias, cabe decir que, como antes quedó apuntado, será posible exigir la colaboración de los particulares en un triple sentido: primero, se podrá requerir sus

nacional estarán obligados a la realización de las prestaciones personales que exija la autoridad competente, sin derecho a indemnización por esta causa», art. 4.4) como prestaciones reales («cuando la naturaleza de la emergencia lo haga necesario, las autoridades competentes en materia de protección civil podrán proceder a la requisita temporal de todo tipo de bienes, así como a la intervención y ocupación transitoria de los que sean necesarios. Quienes, como consecuencia de estas actuaciones sufran perjuicios en sus bienes tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes», art. 4.7).

¹⁶²

Vid. el art. 4, b) de la Ley Orgánica 4/1981. Para el caso de los estados de alarma, se prevé la posibilidad de acordar, entre otras medidas, las requisas temporales de todo tipo de bienes, la imposición de prestaciones personales forzosas, así como la intervención y ocupación transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza (art. 11, letras b y c).

servicios personales, especialmente en atención a su capacidad profesional o a sus conocimientos especializados como es el caso destacado del personal sanitario (prestaciones personales); asimismo, si el riesgo sanitario precisa de la producción de algún tipo de bien (medicamentos, material de tipo quirúrgico, vacunas, etc.), la Administración dispondrá de la capacidad para intervenir de forma transitoria las empresas que sea menester con el fin de destinar su producción a la satisfacción del interés general prioritario (prestaciones de empresa); y, por último, es también posible que la Administración confisque todo tipo de bienes muebles o que proceda a la ocupación temporal de bienes inmuebles (prestaciones reales).

d) Por último, no puede dejar de significarse que las prestaciones forzosas sanitarias deben ser indemnizadas. Sea cual fuere el contenido de dicha prestación, es llano que sus efectos participan de la naturaleza expropiatoria y que, por consiguiente, el detrimento patrimonial ocasionado al particular deberá ser resarcido en su integridad. Así se desprende, con carácter general, de lo dispuesto en el art. 120 de la LEP¹⁶³.

¹⁶³

Con arreglo al cual: «cuando por consecuencia de graves razones de orden o de seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas».

Acerca de la significación de este precepto y su ámbito de aplicación, puede acudir a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, v. II, cit., págs. 124; 238-240.

En la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, también se prevé que «quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptados durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes» (art. 3.2). Una previsión muy similar aparece también en la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil, aunque en este último caso la garantía indemnizatoria se predica sólo de las prestaciones forzosas de carácter real y, en cambio, se niega, de forma expresa además, para las prestaciones forzosas personales (cotéjense los arts. 4.4 y 4.7 de la Ley 2/1985, transcritos anteriormente).

LOS RETOS JURIDICOS QUE PLANTEA LA BIOTECNOLOGIA*

Eugenio Moure González

Abogado

1.- Introducción.

Un sitio web abría su portada no hace mucho tiempo con el siguiente anuncio: “Bienvenido a la única empresa que la proporciona la oportunidad única de pujar por los ovarios de mujeres bellas, saludables e inteligentes”. Se adornaba el mensaje con una panoplia de fotografías que pretendían, por lo menos, acreditar el primer atributo prometido. El precio del óvulo oscila en la puja entre 15.000 y 90.000 dólares. La oferta de este tipo de servicios coincidía en el tiempo con la demanda, a modo de reclamos aparecidos en alguno de los periódicos de las más prestigiosas universidades norteamericanas, en los que se ofrecían cincuenta mil dólares por una donante de óvulos que fuera atlética, que hubiera puntuado muy alto en las pruebas de aptitud escolares y que midiera al menos 1,75 m.

Anuncios como éstos pretenden dotar de la adecuada materia prima a la industria de la biotecnología –entendida como el conjunto de técnicas y procesos que emplean microorganismos para desarrollar productos y servicios útiles-, cuya apuesta por la genómica parece remontar la lucha contra la enfermedad a etapas anteriores al momento de la propia concepción, como pretendiendo con ello inmunizar a las nuevas generaciones frente a cualquier riesgo de enfermedad ¿Se busca construir un mundo idílico que permita a los descendientes de Adán y Eva volver al paraíso, o como titula Dworkin en un reciente trabajo, estamos intentado “jugar a ser Dios”?

En este trabajo ofreceremos nuestro posicionamiento ante tales cuestiones, sin la pretensión de dar respuestas categóricas -nada más lejos de nuestra intención-, sino en establecer un marco de referencia adecuado para el abordaje jurídico de su planteamiento. Al estar cuestionándonos los propios límites de la vida humana, toda vez que

parece que nos aproximamos a pasos agigantados al descubrimiento de las claves de la biología, es necesario recurrir a un análisis jurídico que indague en la esencia de la norma positiva, tanto de “lege data” como de “lege ferenda”, remontándonos para ello a las reflexiones y criterios de interpretación que aporta el Derecho Natural en su búsqueda de los principios radicales del Derecho.

El impacto de “iusnaturalismo” sobre las instituciones jurídicas positivas deviene insoslayable en virtud de diversos cauces de intervención. El ciclo histórico que hoy nos toca vivir, con una fecundidad científica y tecnológica asombrosa, nos obliga repensar determinadas instituciones para que puedan dar respuesta adecuada a los interrogantes provocados por el temor de que el hombre quede reducido al objeto de una investigación, sin más límites que los de la técnica y el saber en cada momento. Las posibilidades de intervención en el genoma humano hacen surgir situaciones desconocidas donde se entremezclan aspiraciones individuales y colectivas contradictorias, y donde pueden anidar por ello nuevas formas de libertad y nuevos límites a la responsabilidad.

Asumir los retos jurídicos que plantea la biotecnología implica un esfuerzo multidisciplinar en esa tónica relacional entre el mundo de los principios y el de las Leyes, o dicho de otro modo, entre la Moral y el Derecho. No basta con legislar, sino con alcanzar un determinado nivel de consenso social sobre la propia definición del hombre. De ahí que el abordaje a tales retos nos obligue primero por referirnos a ciertos límites a la ciencia -objeto del capítulo 2 de este trabajo-, para luego hacer análisis en ese punto de las aportaciones de la reflexión bioética – capítulo 3-, continuar con la configuración en clave jurídica del principio de responsabilidad que ordena esta materia –en el capítulo 4- y concluir con la apelación a una especie de globalización jurídica –cuestión analizada en el capítulo 5-.

Sin querer anticipar conclusiones quizás sea el momento de traer a colación nuestra propia herencia cultural,

* Trabajo premiado con *Accesit* en el Primer Premio Derecho y Salud

nacida del imaginario de las civilizaciones greco-latinas allá por los siglos VII y VI antes de Cristo. Indagando en su mitología nos fijamos en Dédalo, que escapó del laberinto volando con unas alas de cera, acompañado de su hijo Icaro, el cual se precipitó al mar porque haciendo caso omiso al consejo de su padre se acercó demasiado al sol y sus alas se derritieron. En éste y en otros relatos legendarios subsiste una concepción fundamental del pensamiento griego: la ambivalencia de la “techné” en su temible poder de creación, dispensadora de vida y muerte. Quizás esa herencia adquiere hoy en día una renovada vigencia bajo la formulación de principios y normas que eviten que atraídos por el fulgor de la ciencia nos precipitemos a un desafortunado desarrollo tecnológico sin barreras morales y jurídicas.

2-. Límites morales de la ciencia médica.

En 1986 un hasta entonces desconocido sociólogo alemán, Beck, publicaba un libro de sugestivo título: “La sociedad del riesgo”¹. Su tesis básica era que el nuevo elemento definidor de las sociedades tecnológicamente avanzadas es su constante sometimiento a peligros y amenazas, y precisamente el desarrollo científico y sus aplicaciones –también en el campo médico y farmacéutico-, es el que produce esos efectos perniciosos. El debate subsiguiente ha tenido desde importantes adhesiones –como la de Giddens que denomina a ese proceso “incertidumbre fabricada”-, hasta furibundos detractores que aluden a una epidemiología del alarmismo o incluso a una heurística del terror –acuñada como “tecnopocalipsis”² -, en la línea de la hipótesis de Webber de la “jaula de hierro”, al concebir que un exceso de racionalismo y modernización sólo conduciría a un infierno inhumano. Tanto se trate de un miedo racionalmente concebido o deducido sin más del imaginario colectivo –siguiendo a Hobbes según el cual la naturaleza humana en todo tiempo se asocia al miedo-, la reacción a posibles peligros alimenta el subconsciente general hasta el extremo de que, como señala D’Agostino, “la persona percibe el crecimiento bajo sus propios ojos de un nuevo, terrible y, por lo tanto, temible poder sanitario, un poder indisolublemente benéfico y maléfico”³.

La cuestión que se plantea a los efectos de delimitar el origen de ese riesgo que parece caracterizar, especialmente, a la sociedad de nuestro tiempo es si la ciencia y la tecnología son malas “per se” o intrínsecamente buenas. En principio existe consenso en sostener la llamada “neutralidad valorativa”, según la cual el carácter positivo o negativo, desde un punto de vista moral, dependerá de cómo se usen los conocimientos, las técnicas y los instrumentos que ofrecen. Según Olivé “la concepción de la neutralidad valorativa de la ciencia se basa principalmente en la distinción entre hechos y valores (lo que) supone que las teorías científicas tengan el fin de describir y explicar hechos y que no sea su papel el hacer juicios de valor sobre esos hechos”⁴. Partiendo de esa concepción puede ser moralmente admisible que determinados sistemas técnicos puedan causar daños a las personas, especialmente al tratarse de innovaciones tecnológicas, pues no es posible predecir todas sus consecuencias para las personas (de ahí el concepto jurídico de <los riesgos del desarrollo>)⁵. Se acude en estos casos, como salvaguarda moral, al principio de precaución, formulado bajo la idea de “no esperar al elemento de prueba absoluta de una relación de causa a efecto cuando elementos suficientemente serios incitan a pensar que una sustancia o una actividad cualquiera podrían tener consecuencias dañinas irreversibles para la salud o para el medio ambiente y, por lo tanto, no son sostenibles”⁶.

Ni que decir tiene que esa dialéctica entre la búsqueda del conocimiento y la garantía de una seguridad, incluso para el propio investigador, impone, como apunta Rescher, “tanto la solidez cognitiva –la búsqueda inteligente- como la finalidad normativa –los fines apropiados-, de modo que esos dos componentes son, por igual, esenciales para un racionalidad plenamente desarrollada”⁷, lo que implica “invocar también los valores adecuados de modo

⁴ Olive, L., “El bien, el mal y la razón. Facetas de la ciencia y la tecnología”. Paidós, México, 2000, p. 86.

⁵ Tal concepto aparece recogido en la Directiva 85/374/CEE, de 25 de Julio, artículo 7.e), al contemplarlo como posible causa de excepción de la responsabilidad del fabricante. También lo encontramos en el artículo 141.1 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, al excluir de la indemnización por responsabilidad patrimonial “los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”.

⁶ Cortina, A., *op. cit.*, p. 82.

⁷ Rescher, N., “Razón y valores en la Era científico – tecnológica”, Paidós, Barcelona 1999, p. 85.

¹ Publicado en España por la editorial Paidós, Barcelona, 1998.

² Vallespin, F., “Bienvenidos a la sociedad del riesgo”, *El País*, 25- Noviembre-2000, p. 30.

³ D’Agostino, F., “La bioética como problema jurídico. Breve análisis de carácter sistemático”, *Cuadernos de bioética*, nº 28, 4º 96, p. 470.

universal”⁸. De ahí que este autor concluya que “los valores desempeñan un papel central en la ciencia y que ese cometido [...] es inherente a la estructura de fines que es definitiva en la ciencia como búsqueda racional, [de forma] que no hay cabida para el intento de separar la ciencia respecto de cuestiones de evaluación y de ética”⁹. Se concluye, por tanto, que efectivamente debe haber límites éticos a la investigación, a fin de eludir que se pongan en situación de riesgo otros bienes vitales. Bien es cierto que de ahí surge la idea de “conocimiento prohibido” tan presente en nuestras raíces históricas (pensemos en el mito griego de la “caja de Pandora” o en el pasaje bíblico que relata la expulsión de paraíso por comer del fruto del árbol prohibido) y que, a su vez, tanta curiosidad suscita.

Han sido muchas las teorías de la ética que han logrado una cierta vigencia. Ahora bien, si algo las caracteriza en el siglo pasado y lo que llevamos del actual es en ser “éticas de la responsabilidad”. De ahí la vigencia actual de la alusión de Wiecker hace más de 50 años a la responsabilidad como configuradora del “ethos” del siglo XX. Ello es debido a que la evolución de la ciencia y la tecnología les otorga un poder y una presencia en la sociedad del momento que ha convertido en un tópico el tema de la responsabilidad del científico. A diferencia del actual el científico clásico no tenía conciencia de su responsabilidad moral, pues “se veía a sí mismo como sacerdote de la naturaleza [...] de la verdad, el develador de lo oculto. Y como la verdad no puede ser nunca mala, resulta que su actividad era, por definición, buena”¹⁰. Esta concepción cambia fundamentalmente a partir de la segunda guerra mundial por el exterminio practicado en los campos de Dachau y Auschwitz y los bombardeos de Hiroshima y Nahasaki.

Con ese antecedente Hans Jonas busca sacar de la conexión sustantiva el contenido para la elaboración de un principio formal. Así, según este autor la responsabilidad no es la categoría central de la teoría ética previa debido al estrecho ámbito del conocimiento, sin embargo, “todo esto ha cambiado decisivamente. La moderna tecnología ha introducido acciones nuevas de tal magnitud, objetos y consecuencias, que el marco de la ética anterior ya no puede contener [...]. Ninguna ética del pasado tuvo que considerar la condición global de la vida humana y el futuro lejano, inclusive, de la raza humana. Esta cuestión

exige [...] una nueva concepción de los deberes y los derechos, para lo cual, las éticas y metafísicas precedentes no ofrecen ni siquiera los principios y, mucho menos, una doctrina acabada”¹¹. La tesis de este autor es que el enorme despliegue actual de la ciencia moderna exige el incremento de la responsabilidad moral, de ahí que el saber de la ciencia y el poder de la técnica deban ir acompañados del deber moral, para culminar que “sin valores vinculantes, tal vez quepa lamentar el recelo a la responsabilidad, pero no condenarlo”¹².

Ese escenario social conduce a Jonas invocar un imperativo ético nuevo, que fundamenta ontológicamente y que puede ser formulado tanto negativamente (“obra de tal manera que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de una vida humana auténtica”), como de forma positiva (“incluye en tu elección actual, como objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre”). El principio de responsabilidad así formulado implica para la ciencia y el arte médicos una superación de su “ethos” tradicional, que constriñe el papel del médico a mero ayudante de la naturaleza (“*medicus curat, natura sanat*”), situación a la que abocan los nuevos medios tecnológicos capaces de modificar el propio curso natural de la vida humana. Distingue de esa forma Jones entre responsabilidad y deontología, entendiendo que con la primera se supera la segunda –realmente lo que hace es enriquecerla aportándole un valor nuevo-, y que obliga a actuar siempre con un género de cautela aun a costa de cierto quietismo.

Partiendo de ese principio Mitcham alude a que el concepto de rol social, entendido como un conjunto de normas que guían la conducta de una persona que desempeña alguna función social (supuesto paradigmático del ejercicio tradicional de la profesión de médico), implica aceptar ciertos modelos de comportamiento, “pero cuando estos roles constituyen profesiones estrechamente vinculadas a los poderes de la moderna tecnología adoptan un carácter nuevo, por no decir transformado”¹³. De ahí que Ladd al analizar la situación actual de los médicos argumente que la enorme expansión de la tecnología biomédica ha incrementado la dependencia de los servicios técnicos y ha socavado su autonomía profesional, lo que trae consigo que los problemas en esa esfera de actuación ya no se vinculen a una ética de roles, sino a una ética del

⁸ Rescher, N., *op. cit.*, p. 88.

⁹ Rescher, N., *op. cit.*, p. 95-96.

¹⁰ “La responsabilidad del científico”, editorial del n.º 4 de “Eidón”, *Revista de la Fundación de las Ciencias de la Salud*, Junio – Septiembre, 2000, Madrid, p. 5.

¹¹ Jonas, H., “El principio de responsabilidad”, Herder, Barcelona, 1995, p.123.

¹² Jonas, H., *op. cit.*, p. 163.

¹³ Mitcham, C., “¿Qué es la Filosofía de la tecnología?”, *Anthropos*, Barcelona, 1989, p. 113.

poder, cuyo lado ético es la responsabilidad, noción que expresada en sentido virtuoso, sostiene este autor, requiere que una persona “reconozca sus habilidades para elegir e influir en la situación en la cual se encuentra [y] que esté preparado para tomar en cuenta en su totalidad las consecuencias de su acción o inacción”¹⁴. De ahí que necesariamente en la responsabilidad moral del médico y del científico estén implícitas las cautelas inherentes a la aplicación de unas medidas de protección directamente proporcionales a la peligrosidad del entorno tecnológico, tanto en lo que atañe a la limitación del punto de vista del médico por estar su experiencia limitada por la novedad de los medios utilizados, como respecto de los riesgos del desarrollo inherentes a toda innovación terapéutica (y cuya más ilustrativo ejemplo lo tenemos en la actualidad con determinadas terapias génicas).

En cualquier caso, ese recurso a determinadas cautelas que la reflexión ética aporta nos conduce al vacilante mundo de las relaciones entre la moral y el Derecho, a fin de determinar de qué manera los límites morales a la ciencia puede dotarse del elemento de coacción propio de normas jurídicas específicas para este peculiar entorno. Ya en las postrimerías del siglo XIX el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes puso de manifiesto que “el Derecho está lleno de fraseología tomada a préstamo de la Moral, y por la simple fuerza del lenguaje nos invita continuamente a pasar de un dominio a otro sin percibirlo, invitación que no sabremos resistir a menos que tengamos permanentemente en cuenta la línea fronteriza entre ambos conceptos”¹⁵. Esa línea representa una encrucijada que ha sido definida como el “cabo de las tormentas” de la Filosofía Jurídica, generando un debate doctrinal sobre si estamos ante una frontera abierta que tolera una influencia recíproca entre la Moral y el Derecho, o si por el contrario separa dos realidades de forma insoluble. La simple proximidad genera una influencia mutua que puede tener su efecto únicamente en cierta ambivalencia conceptual –a la que se refería el juez Holmes-, o por el contrario afectar al contenido esencial de ambas disciplinas. De ahí que la preocupación por la existencia de normas jurídicas “inmorales” o por una moral dominante que dirija al Derecho hacia caminos interesados se torna en un desafío para el filósofo del

Derecho, lo que ha dado lugar a disquisiciones enfrentadas a lo largo del último siglo.

Para Kelsen “la validez de las normas jurídicas no depende de su correspondencia con el orden moral”¹⁶. Este aserto resume en pocas palabras su “teoría pura del Derecho”, con la que pretende sostener que su validez –entendida como obligatoriedad o fuerza vinculante- está más allá de su efectiva aplicación o acatamiento. Esa vinculación debemos asumirla o presuponerla al amparo de la propia existencia de una “Norma Hipotética Fundamental”, que expresa un deber ser. Kelsen hace una construcción del derecho de modo axiomático, recurriendo para justificar esa primacía de la norma al componente de fuerza o coacción que lleva implícito. De los postulados de Kelsen surge la escuela del “realismo jurídico contemporáneo”, que si bien sigue abogando por el principio de utilidad como criterio moral por excelencia, se pone cierta distancia al carácter imperativo de su formulación, pues constriñe el derecho al conjunto de mandatos del soberano, al margen de cualquier conexión necesaria con la Moral, relativizada en todo caso porque la simple utilidad de la norma ya la justificaba moralmente. Esta cuestión en tanto supone la identificación del Derecho con su origen estatal no resulta ajena a la proyección histórica de la eclosión de los totalitarismos en la primera mitad del siglo XX, los cuales vienen a producir normas revestidas de una evidente inmoralidad, lo que es germen de una reacción en el pensamiento filosófico jurídico contra el positivismo reinante. Radbruch se postula al respecto afirmando que el derecho nacionalsocialista carece totalmente de naturaleza jurídica, no es derecho en absoluto, de modo que para él el positivismo no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes. Se pretende con ello separar el valor de la ley del valor moral que debe llevar implícito, lo que conlleva el riesgo de confundir el enfoque científico que permite definir qué es la ley, con lo que realmente debe ser.

Surge por ello la necesidad de separar conceptualmente el derecho que es y el derecho que debe ser. Hart afirmaba que si no distinguimos el Derecho de la Moral corremos el riesgo de que la ley positiva suplante a la moralidad, de ahí que pueda haber leyes moralmente admirables y leyes moralmente controvertibles, pero su condición de derecho no podía depender en absoluto de tal eventualidad. Intenta por ello mantener la separación ~~sobre la base de encontrar para lo~~ jurídico una señal de

¹⁴ Ladd, J., “Physicians and Society”, 1981, p. 43, cfr. Mitcham, C., *op. cit.*, p. 170.

¹⁵ Holmes, O.W., “La senda del derecho”, Buenos Aires, 1897, s.f., cfr. Laporta, F.J. “Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo” en “Historia de la ética (3) La ética Contemporánea”, Crítica, Barcelona, 2000, p. 221.

¹⁶ Kelsen, H., “Teoría pura del Derecho”, México, 1960, s.f., cfr. Laporta, F.J., *op. cit.*, p.224.

identidad predominantemente empírica. Distingue así el Derecho de la Moral por el aspecto estructural del primero, caracterizado por la unión de varios tipos de normas, mientras que la segunda se basa en un conjunto de normas y principios carentes de esa estructura de coordinación típica del derecho. Reduce pues Hart las conexiones entre ambas disciplinas a interinfluencias que puede ser históricas y empíricas, pero que no son ni lógicas ni conceptualmente necesarias. Dworkin entra en contradicción con Hart al afirmar que el Derecho no sólo es un conjunto más o menos coherente de normas, sino que también incorpora un componente fundamental que son los principios. Según este autor “el principio se define como un estándar que ha de ser observado por una exigencia de justicia, de equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”¹⁷, de ahí que estemos ante principios morales en un sentido amplio aunque subyacentes y vinculados a un sistema jurídico determinado. Ahora bien, como aclara Laporta, “cuando Dworkin habla de principios es preciso recordar que no parece estar hablando de lo que en la jurisprudencia continental se llaman tradicionalmente <principios generales del derecho> [pues] tienen un origen que descansa [...] (citando al autor) <en un sentido de conveniencia desarrollado por los profesionales y el público a lo largo del tiempo> [...] Viven en la comunidad y en la profesión, están ahí. Y además tienen otra peculiaridad (de nuevo citando al autor): <son proposiciones que describen derechos>”¹⁸. Estamos, pues, ante principios que pertenecen a la moralidad de una determinada comunidad.

Con esos antecedentes el debate en nuestro derecho, tal y como señala Desdentado Bonete, está centrado en si el artículo 1.4 del Código Civil al proclamar como fuente del Derecho a los principios generales “se limita a los principios del ordenamiento jurídico (tesis positivista de la <autointegración>) o si se extiende a los principios clásicos del Derecho natural, a los que se denominan valores jurídico-éticos de la comunidad, lo que supone una relativa <heterointegración>, una salida limitada del Derecho hacia la Moral”¹⁹. Díaz Picazo se inclina, siguiendo la opinión mayoritaria, por la aceptación en este marco de integración de las convicciones morales básicas al incluir dentro del mencionado artículo 1.4 también “los criterios o juicios de valor que [...] profesan en un determinado

¹⁷ Dworkin, R., “Los derechos en serio”, Ariel, Madrid, p.72. cfr. Desdentado Bonete, A., “La extraña fascinación de las Máximas Jurídicas. A propósito de “Tópica” de Gerardo Pereira-Menant” en “Revista semanal Repertorio de Jurisprudencia”, nº45, Marzo 2003, Navarra, p.19.

¹⁸ Laporta, F.J., op. cit., pp. 250-251.

¹⁹ Desdentado Bonete, A., op. cit., p. 22.

momento histórico una determinada sociedad”²⁰. Ello nos conduce como referencia inexorable a la Constitución, aun cuando sea arriesgado sostener, como advierte Garrido Falla, que “como el Derecho Natural ha entrado en bloque en nuestro ordenamiento a través de los <valores superiores> proclamados en la Constitución, las lagunas del ordenamiento tengan que ser suplidas por el Derecho Natural”²¹. Realmente esos valores se tornan en exigencia moral elevada a norma jurídica con su formulación como derechos fundamentales.

Tales derechos, que con vocación universal aparecen plasmados en 1948 con la Declaración de Derechos Humanos, dice Bobbio que es la mayor prueba histórica del “consensos omnium gentium” acerca de un determinado sistema de valores. Como apunta Rodríguez Paniagua “el acierto de Bobbio consiste en haberse fijado en los valores que se pueden presuponer en la base de estos derechos, porque, de acuerdo con los más destacados teóricos de la axiología, Scheler y Hartmann, los valores permiten una fundamentación de la actuación práctica al margen de las concepciones religiosas y metafísicas”²². Estamos ante lo que Peces Barba denomina un “prius”, los valores, que supone el núcleo de la moralidad. De ahí que la importancia de la moral social para el Derecho resida en que la legitimación de éste dependerá de su coincidencia, en orientación y contenidos, con aquélla. Se revela en este punto fundamental el papel de los máximos intérpretes de las normas fundamentales (en el caso español y respecto de nuestra Carta Magna el Tribunal Constitucional), siempre abierto, como señala Andrés Ollero, a una <dinámica de decantación social de lo jurídico> para “lograr que las convencidas propuestas personales de moral social se conviertan de hecho en moral positiva”²³.

En esa dinámica es importante resaltar el papel que se le otorga al concepto de dignidad en tanto “fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1 de la Constitución de 1978), pues aunque no se trata de un derecho fundamental nominalmente considerado, es más que eso, dado que estamos, como apunta Romeo Casabona, ante “el principio informador y la raíz de los derechos

²⁰ Díez-Picazo, L., “Comentario al artículo 1 del CC”, (LEG 1889, 27) en AA.VV., Paz Ares (coord.), cfr. Desdentado Bonete, A., op. cit., p. 22.

²¹ Garrido Falla, F., “La Constitución española como fuente del Derecho”, AA.VV., DGCE / Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 43-44, cfr. Desdentado Bonete, A., op. cit., p. 22.

²² Rodríguez Paniagua, J. M., “Moralidad, derechos, valores”, Cuadernos Civitas. Madrid, 2003. p 69.

²³ Ollero, A., “Deontología jurídica y Derechos Humanos” en “Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología”. Vol. I, op. cit., p. 71.

básicos del hombre reconocidos como fundamentales por la Constitución española, sobre lo que se proyecta, y constituye su filtro interpretativo, integrador y valorativo de aquéllos para los poderes públicos”²⁴. En esa línea se ha pronunciado la sentencia del citado Tribunal, de fecha 11 de Abril de 1985, cuando establece que “la Constitución [...] ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Quizás sea en la dignidad, así considerada, donde la relación entre la Moral y el Derecho se hace más patente y al mismo tiempo más dificultosa su delimitación, precisamente por la tradicional distinción filosófica entre una dignidad moral y otra dignidad ontológica, la primera referida al obrar, o como explica Martínez Morán cuando afirma que “el hombre se hace él mismo digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que es considerado moralmente bueno”²⁵, y la segunda entendida como la dignidad intrínseca del propio hombre por el mero hecho de serlo, siendo la misma para todos los seres humanos. En la dimensión ontológica del concepto de dignidad reside su valor jurídico fundamental al venir expresado en tales términos en el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, mientras que en la dimensión moral hallamos su valor de referencia para el ordenamiento jurídico en cuanto reflejo de la convicción social de lo bueno en cada momento histórico.

3-La reflexión bioética.

En la obra de Aldous Huxley traducida al español como “Un mundo feliz” (1931) se dibujaba una sociedad presuntamente feliz, gracias a un medido bienestar científicamente obtenido, pero carente de libertad, un mundo que podría considerarse posthumano, teniendo en cuenta que la libertad es un rasgo decisivo de la humanidad. La pregunta es si realmente pueden considerarse todavía humanos unos seres que como los Alfa, Beta, Delta, Gamma y Epsilon, personajes de la citada obra, carecen de

los rasgos que históricamente hemos considerados propios de los seres humanos, o más bien el salvaje de la misma novela, contrapunto de los anteriores seres, es la imagen de lo propiamente humano, de la libertad que a su vez supone una vida intercalada de sufrimiento, amor, felicidad momentánea ¿Estamos realmente ante una novela profética que anticipa con visionaria antelación el futuro de la naturaleza humana, o simplemente hemos de considerarlo un ejercicio de fabulación que aprovecha la sugestión que produce la posibilidad de trascender las limitaciones que al hombre le son inherentes?

Quizás debamos tomarnos el mensaje que lleva implícita la obra de Huxley como un aviso de que el peligro no reside tanto en poner fin a la esencialidad de nuestra condición de seres humanos -núcleo de la ya aludida libertad, pero también de la dignidad-, como que lo que está en juego sea la ética misma, esto es, la capacidad del hombre de reflexionar conjuntamente, de elaborar líneas de pensamiento, que tanto converjan como se mantengan paralelas, nos permitan juzgar sobre la corrección de las técnicas de manipulación genética con un espíritu autocrítico. Esto supone que el análisis debe interiorizarse desde la propia raíz científica de las técnicas de reproducción asistida, del diagnóstico preimplantatorio, de la eugenesia positiva y negativa, de la clonación humana y no humana, de la investigación con cédulas troncales o los transgénicos. Las reglas éticas sobre las cuales se cimiente toda la investigación científica debe nacer del dialogo interdisciplinar, pues es la única forma que cale en la conciencia del propio investigador, dado el secular rechazo a las injerencias externas que pretende poner bridas a la capacidad de experimentar para descubrir, pues al final la verdad científica termina imponiéndose para bien o para mal, tal y como Galileo masculló a los pies de una hoguera: “y sin embargo se mueve”.

En el año 1970 el oncólogo americano Van Rensselaer Potter daba nombre a un nuevo saber, denominado desde entonces Bioética, con el que se pretende tender puentes entre la cultura de la ciencia y de las humanidades, entre los hechos biológicos y los valores éticos, ello con el propósito de mejorar la calidad de vida sin riesgo para la supervivencia de la especie humana. Como recuerda Alela Cortina, desde la perspectiva de Potter “esta forma de saber se presenta como la reflexión y acción ética sobre la vida biológica en sus diversas manifestaciones (humana, animal y vegetal) y cobra una configuración diferente a la de las éticas tradicionales, a fin de cuentas antropocéntricas, una configuración que sitúa a la vida – no sólo al ser humano- en el centro de la reflexión y de la

²⁴ Romero Casabona, C.M., “Los desafíos jurídicos de las biotecnologías en el umbral del siglo XXI” en “Biotecnología, Derecho y dignidad humana” (coord. Martínez Moran, N.), Comares, Granada, 2003, p. 55.

²⁵ Martínez Morán, N., “Persona, dignidad humana e investigación médica” en “Biotecnología, Derecho y dignidad humana”, op. cit., p. 24.

acción”²⁶. Posteriormente surgen dos tendencias en el seno de la bioética, la original de Potter y la de Hellegers, que crea en Georgetown (EE.UU.) un centro de estudio de ética médica, imprimiendo a la nueva disciplina un sesgo sanitario, resultando de este modo dos dimensiones del mismo saber: la macrobioética, que se ocupa del conjunto de la vida amenazada, que podíamos considerar como una ética ecológica, y la microética, centrada en los fenómenos de que tratan la ciencias de la salud y la biotecnología.

Esta segunda dimensión de la bioética trabaja a su vez en dos escenarios distintos: la atención socio-sanitaria, dando lugar a una ética asistencial, y los laboratorios de investigación genética, lo que permite hablar ya de una “Gen-Ética”. Las respuestas en la que hoy en día se ufana la reflexión bioética acerca de este segundo campo de trabajo parten al menos de dos de las siguientes preguntas: “cuándo podemos hablar de vida personal, porque es a las personas a las que no se debe instrumentalizar y, en segundo lugar, cuáles son los límites de la investigación biotecnológica, dado que no es lícito hacer todo lo que se puede hacer”²⁷. La respuesta a esta última pregunta pretende afrontarse bajo las premisas del denominado “principio de precaución”, que sólo se aplica cuando la situación de riesgo reúne las siguientes características: “tiene como presupuesto un contexto de incertidumbre científica, y los daños evaluados serían graves e irreversibles”²⁸. Ahora bien, tal y como señala la autora citada, dado que es imposible prever todas las consecuencias de nuestras intervenciones “la precaución no implica abstención, no se opone al progreso científico ni se mueve por la “heurística del temor”: precaver significa emplear todos los medios razonables para proseguir con la investigación de las posibles consecuencias de lo que puede proporcionar un beneficio a la humanidad”²⁹.

El contrapeso ético a una desmesura en la investigación biomédica que llegue justificar cualquier medio tecnológico en favor de sus fines lo hallamos en el principio kantiano de la doctrina de la virtud, según el cual ha de obrarse según una máxima de fines tales que proponérseles pueda ser para cada uno una ley universal. “Según este principio el hombre es fin tanto para sí mismo como para los demás, y no basta con que no esté autorizado a usarse a sí mismo como medio ni a usar a los demás (con lo que

se puede ser también indiferente frente a ellos), sino que es en sí mismo un deber del hombre proponerse como fin al hombre en general”³⁰. Ahora bien, ¿dónde debemos, de una forma práctica, situar los límites que permitan tolerar la investigación hasta un punto en que se sirva como único fin al hombre en general sin poner a su vez en peligro su propia esencia? Habermas desde la ética del discurso ofrece la respuesta sobre una idea regulativa que permite trazar la frontera entre la eugenesia negativa y la positiva, que es “la idea de un consenso con el posible afectado, supuesto al menos contrafácticamente”³¹, de modo que la frontera se hallará entre dos actitudes: la del terapeuta, que actúa con el consenso, por lo menos entendido de manera contrafáctica pues el embrión no puede manifestar su decisión, la cual hemos de anticipar en pos de la idea general del deseo a obtener la curación de cualquier enfermedad, y la del “diseñador” que adopta frente al embrión una actitud instrumentalizadora, entendiendo que en este caso se le trata como un objeto en el que se quiere plasmar los rasgos que se consideran deseables según las particulares preferencias del investigador, lo que supone no poder contar con el consenso virtual del sujeto que en potencia encarna el embrión intervenido.

Conviene en cualquier caso detenernos en los distintos niveles de intervención en el embrión. Al respecto Jonas distingue “entre arte genético conservador, mejorador y creador... una clasificación que responde a la osadía de las metas y sin duda también de los métodos. Sólo el tercer objetivo, el “creador”, está reservado a la tecnología genética futurista”³². Se habla así en primer lugar de una eugenesia negativa o preventiva, que intenta evitar la transmisión de genes patógenos de los padres a su futura descendencia. En este sentido la eugenesia negativa está “orientada a la conservación y no a la mejora de la herencia biológica ... parece más una extensión de la medicina preventiva que el comienzo de la manipulación biológica proyectiva”³³. Sería el caso, por ejemplo, del diabético congénito, para quienes los padres pretenden evitar una vida dependiente de la insulina. La finalidad motivadora es humanitaria o compasiva, en cuanto se pretende evitar el sufrimiento de un ser que está por nacer, si bien indirectamente se producen finalidades evolucionistas, por cuanto se están seleccionando rasgos concretos de la espe-

²⁶ Cortina, A., “Ética de las biotecnologías”, *Isegoría*, nº 27, p. 76, CSIC, 2002.

²⁷ Cortina A., *op. cit.*, p. 80.

²⁸ Cortina A., *op. cit.*, pp. 82-83.

²⁹ Cortina A., *op. cit.*, p. 83.

³⁰ Kant I, “*Metaphisik der Sitten*”, pp. 249-250, trad. cat. Tecnos, 1989.

³¹ Habermas, J., *op. cit.*, p. 118.

³² Jonas, H., “*Técnica, medicina y ética*”, p. 115, Paidós, 1996.

³³ Jonas, H., *op. cit.*, p. 116.

cie humana para hacerla inmune a determinados padecimientos.

Cobra, en este punto, especial relevancia la determinación previa del conjunto de patologías que permiten la intervención selectiva. En principio cualquier criterio de clasificación distinto del estrictamente médico sería rechazable, so pena de producir la filtración y reestructuración del catálogo genético de la población a través de políticas de exclusión. En este sentido conviene tener presente los mecanismos de selección prenatal que a través de pruebas como la amniocentesis permite a los padres desechar el embrión portador del síndrome de Down. La línea que separa la descendencia considerada sana de la que no lo es resulta hartamente peligrosa, pues puede llegar a delimitarse el concepto de salud en base a determinados niveles de "perfección", consensuados socialmente en función de unos determinables objetivos, de modo que sólo a través de ellos se considere garantizada socialmente la felicidad individual. "Las barreras entre lo patológico y lo anómalo o no deseable por la razón que sea no son estáticas, sino que cambian con los tiempos y de acuerdo con las necesidades, las preferencias subjetivas, los intereses económicos o el nivel de bienestar social alcanzado. Las enfermedades aumentan a medida que lo hace la capacidad humana de curarlas"³⁴.

Frente a la eugenesia negativa se encuentra la positiva, cuyo fin radica, dicho sucintamente, en mejorar la especie mediante la intervención en su ADN. Con la eugenesia positiva, a diferencia de la negativa, de lo que se trata no es de suprimir caracteres hereditarios indeseables, sino de optimizar los deseables. "En un caso, pues, lo que se busca es reparar el error genético; en el otro mejorarlo... Tal mejora no tiene por qué hacernos pensar sólo en la procreación de niños superiores (supermanes o mujeres maravillosas, por utilizar el título de un libro de John Harris), sino en insertar o suprimir genes que permitan combatir las infecciones, destruir los agentes cancerígenos o retrasar el envejecimiento"³⁵. El peligro, sin embargo, de incurrir en la idea del "superhombre", concepto acuñado por Nietzsche, e interpretado de forma desviada por el régimen nazi del III Reich, nos lleva a interrogarnos, siguiendo a Harris, si no "podríamos cometer una injusticia con la humanidad en general al crear una nueva subespecie de superseres, o incluso si llegásemos a cambiar la

humanidad al por completo por algo que creyésemos mejor"³⁶.

El problema de la eugenesia positiva reside precisamente en distinguir el temor infundado a lo novedoso del riesgo que se oculta bajo el fulgor de las posibilidades científicas que se abren, especialmente ante la irreversibilidad –discutible– del cambio producido por la manipulación genética. Al margen de la incertidumbre que produce la definición del canon de lo bueno o perfecto a los efectos de considerar los límites de la intervención eugenésica, el riesgo mayor reside en la estandarización de la especie humana con la consiguiente reducción de la variabilidad del fondo genético colectivo "que con su amplia reserva de propiedades actualmente "inútiles" mantiene abierta la futura adaptación a nuevas condiciones de selección"³⁷. Surge de ahí la antigua cuestión de la legitimidad del hombre para cambiar el curso de lo natural. Frente a la pregunta de si puede el hombre intervenir en los genes hasta llegar a alterar el patrimonio genético, nuestro ordenamiento jurídico, a través del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, firmado en Oviedo el 19 de Noviembre de 1996, proclama que "únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia" (artículo 13).

Sin embargo, no toda intervención perfeccionadora lleva implícita una cosificación del genoma hasta el punto de atentar contra la libertad y la dignidad del ser humano. La mejora de ciertos rasgos físicos, desde los que impone el propio sexo, hasta otros menos aparentes como la altura o el color de los ojos no restan un ápice de autonomía de la futura persona ni menoscaba su dignidad. Extraer del bombo de la lotería natural ciertas bolas no debe suponer un atentado contra el ser humano. El problema reside en introducir nuevas bolas que permita a unos cuanto jugar la partida de la vida con ciertas cartas marcadas. En las consecuencias de alterar las reglas del juego reside un riesgo que difumina el ideal regulativo de la precaución. No obstante, una consecuencia ya se atisba al generarse nuevos motivos para la desigualdad por los beneficios de una

³⁴ Camps, V., "¿Qué hay de malo en la eugenesia?", *Isegoría*, nº 27, p. 59, CSIC, 2002.

³⁵ Camps V., *op. Cit.*, p. 57.

³⁶ Harris, J., "Superman y la mujer maravillosa", pp. 198-199, Tecnos, 1998.

³⁷ Jonas, H., *op. cit.*, p. 118.

herencia genética mejor, que a la postre resulta mucho más importante y decisiva que la herencia patrimonial. La valoración de esta consecuencia nos lleva a la necesidad de averiguar si realmente existe un determinismo genético, o si por el contrario son mucho más importantes los factores ambientales en la conformación de la personalidad.

No cabe la menor duda, siguiendo a Martha C. Nussbaum, que “la igualdad de oportunidades es un concepto desconcertante incluso en las mejores circunstancias, pero deviene todavía más desconcertante cuando tenemos la capacidad de modificar la persona”³⁸. La relativa indefinición de este concepto parte de la existencia de dos conocidas concepciones al respecto: una, relacionada con la tradición ética kantiana, sostiene que la igualdad de oportunidades se cumple cuando todos los aspectos sociopolíticos relativos al entorno se orientan en pro de la dignidad de todas las personas, sin que ello impliquen una necesaria redistribución de las aptitudes valiosas, pues todas las personas se consideran fundamentalmente iguales en dignidad debido a la existencia de unas capacidades morales básicas; otra concepción más radical afirma que las aptitudes, por sí solas, son sencillamente recursos, de modo que las personas no tiene derecho a poseerlos especialmente cuando contribuyen a generar ventajas sociales o de clase. Frente a tal concepto nos hacemos con Nussbaum la siguiente pregunta: “¿esa misma igualdad de oportunidades exigiría una ingeniería genética masiva para crear una nación formada por personas igualmente capaces?”³⁹. La respuesta que nos ofrece esta autora es que “un plan sanitario justo debería ofrecer a todos los ciudadanos un tratamiento de todos los defectos genéticos que conlleven una reducción significativa del funcionamiento normal de la especie, tal y como se especifica en el enfoque de las capacidades básicas ... Es mucho más problemático ofrecer mejoramientos ... dado que constituirían maneras en que los privilegiados crearían niños mejores que los del resto, violando así el espíritu mismo de la igualdad de oportunidades”⁴⁰. Los padres pueden sentir la obligación de evitar aflicciones futuras accediendo a realizar esas intervenciones que doten al hijo de mejores condiciones físicas o intelectuales, pero “probablemente los padres son jueces inadecuados para decidir qué entra en ese conjunto básico de lo humanamente normal; y también podrían ser

excesivamente celosos de la normalidad a expensas de muchas cosas buenas de la vida humana”⁴¹.

El problema es que dedicamos tanto esfuerzo a moldear adecuadamente el entorno de nuestros hijos a fin de garantizarles el medio más adecuado para su desarrollo, que una vez se consiga la capacidad para seleccionar sus genes difícilmente vamos a renunciar a ellas. El planteamiento de esa posibilidad se nos ofrece especialmente llamativo cuando Peter Singer alude a que efectivamente “muchos consideran que aceptarían la selección frente a enfermedades o discapacidades, pero no para mejorar lo que es normal. De cualquier modo, no hay una línea clara entre la selección ante las discapacidades y la selección de características positivas. No hay una gran distancia entre seleccionar contra la enfermedad de Huntington y seleccionar contra los genes que portan un riesgo significativamente alto de cáncer de colon o de mama; y desde aquí es fácil pasar a proporcionar a nuestro hijo de un perfil de salud por encima de la media”⁴². El riesgo de este terreno de arenas movedizas es que el éxito de la ciencia borre algo más que la imperfección o la enfermedad, sino que termine haciendo desaparecer sobre la superficie de nuestra existencia los sentimientos que dan sentido a la condición humana, como es amar a nuestros hijos no por lo que son, sino en cuanto representan el objeto de un pedido de acuerdo con determinadas especificaciones. Nos hallamos ya ante el “supermercado genético” a que se refiere Robert Nozick⁴³.

Las consecuencias adversas que supone la mercantilización de determinadas intervenciones genéticas –al mejor postor, tal que así se publicita en el sitio web al que antes hacíamos referencia– son varias. La primera es que los rasgos que se pretendiera seleccionar fueran beneficiosos en términos absolutos y no sólo comparativos. El mejor ejemplo a colación sería el de la altura del hijo; sería lícita la intervención para evitar el enanismo procurando aproximar la altura a la media, a fin de evitar cierta exclusión social, más no procurar una altura muy superior con la intención de garantizar mejores opciones para un futuro deportivo o simplemente para entrar en una especie de elite social cuyo rasgo inequívoco fuese una altura significativamente superior a la media –algo que no nos resultaría extraño si pensamos en las modelos que desfilan por las pasarelas de la moda–. La segunda consecuencia

³⁸ Nussbaum, M., “Genética y justicia: tratar la enfermedad, respetar la diferencia”, *Isegoría*, nº 27, p. 13, CSIC, 2002.

³⁹ Nussbaum, M., *op. cit.*, p. 13.

⁴⁰ Nussbaum, M., *op. cit.*, p. 14.

⁴¹ Nussbaum, M., *op. cit.*, p. 17.

⁴² Singer P., “De compras por el supermercado genético”, *Isegoría*, nº 27, p. 34, CSIC, 2002.

⁴³ Nozick R., “Anarquía, estado y utopía”, p. 302, FCE, 1988.

adversa es el temor a que se viese limitada la diversidad entre los seres humanos, bajo el reclamo de unos ciertos patrones físicos y de comportamiento como cánones de la normalidad, de forma que se desechase a quien por razones genéticas se aparta de esos criterios. La tercera, y quizás más relevante adversidad que supone este fenómeno es la amenaza de generar un nuevo motivo para la discriminación, de forma que quienes poseen recursos económicos suficientes puedan acceder a estas intervenciones, mientras que los pobres se vean abocados a permanecer excluidos con una merma más en sus opciones por encontrar salidas a su situación. Esa exclusión puede parecer que no nace de la investigación biomédica sin más, sino de la patrimonialización de sus descubrimientos. La situación así planteada nos conduce al terreno del enfrentamiento que aun siendo antiguo todavía perdura; la confrontación de la lógica del mercado como garante de la pervivencia de la sociedad capitalista, según las teorías de Adan Smith, o la lógica de un Estado benefactor como equilibrio necesario para evitar los excesos de un capitalismo desbocado, de acuerdo con las aportaciones de Kelsen. Según esa ambivalencia de teorías, ¿debe la terapia génica estar financiada por el Estado, o empero debe permanecer como una prestación exclusiva del seguro privado? Ronald Dworkin opina que “el seguro básico de salud debe de estar cubierto por todos y financiado por los impuestos calculados al modelar un mercado de seguro hipotético que ofrezca cobertura para cada uno y a un “justiprecio comunitario”, esto es, a precios calculados bajo el supuesto de que cada candidato presente el riesgo promedio”⁴⁴, lo que inevitablemente exige conocer determinada información genética. Pero la cuestión es si estas técnicas novedosas pueden estar al alcance de todos, pues que deban estarlo parece que es una cuestión indiscutible de acuerdo con los límites ya aludidos; ¿socialmente podemos asumir ese coste sin que el equilibrio presupuestario –tan dogmatizado en los últimos tiempos- se resienta? ¿Cuánto debe gastarse una nación en atención sanitaria y como deber ser distribuido ese gasto?

Las dos lógicas enfrentadas a las que antes aludíamos tienen su proyección en esta materia en las aportaciones de H. T. Engelhardt y J. Rawls. Engelhardt por su parte afirma que “la imposición de un sistema sanitario de un solo nivel y global es moralmente injustificable, ya que supone un acto coercitivo de fervor ideológico totalitario ... Constituye un acto de inmoralidad secular. No existe

⁴⁴ Dworkin, R., “Jugar a ser Dios: genes, clones y suerte”, p. 8, *Claves* n° 135, 2003.

ningún derecho moral secular fundamental humano a recibir asistencia sanitaria, ni tan siquiera como mínimo decoroso”⁴⁵. Según este autor “nadie puede cargar con la responsabilidad de restablecer la salud de quienes pierden en la lotería natural”, de forma que “las personas acaudaladas siempre son moral y secularmente libres de adquirir más y mejor asistencia sanitaria”⁴⁶, de lo contrario, si se aceptase que las desventajas causadas por la lotería natural o social crean derechos a la asistencia sanitaria, entiende este autor que se agotarían los recursos sociales. Por el contrario Rawls discrepa partiendo del principio kantiano de la igualdad de los seres humanos en tanto que personas morales, para construir sobre él su particular principio de la justicia. Para este autor “todos los bienes sociales primarios –libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y bases del respeto común- han de ser distribuidos de un modo igual a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados”⁴⁷. Es por ello que las desigualdades económicas o sociales deben cumplir el principio de diferencia, según el cual la distribución desigual de esos bienes sólo es justa si obedece al criterio de “maximin” –que pretende minimizar el perjuicio de las situaciones más desfavorables-, es decir, si ninguna otra forma de articular las instituciones sociales es capaz de mejorar las expectativas del grupo menos favorecido. Bajo esa premisa Dworkin considera que “no deberíamos ... buscar el aumento de la igualdad mediante una nivelación hacia abajo y, como es el caso de la medicina genética más ortodoxa, las técnicas que solamente estén disponibles para los ricos durante un tiempo, con frecuencia generan descubrimientos de un valor más general para todos. El remedio para la injusticia es la redistribución, y no negar beneficios para alguno sin una ganancia correspondiente para otros”⁴⁸. Sobre las aportaciones de Rawls construye Fried la teoría del “decent minimum”, del mínimo decoroso, según el cual debe procurarse una asistencia sanitaria decorosa estándar a todos los que no sean capaces de conseguirla por sí mismos. Ese criterio de intervención estatal se remonta a una época de sanidad de beneficencia, ya superada, en tanto en cuanto ha sido transformada por los sistemas nacionales de salud como construcción sociosanitaria del Estado de Bienestar. Ahora la pregunta reside en saber hasta

⁴⁵ Engelhardt, H.T., *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶ Engelhardt, H.T., *op. cit.*, p. 19.

⁴⁷ Rawls, J., “Las libertades humanas y su prioridad” en “*Libertad, igualdad y derecho*”, p. 13, Ariel, 1988.

⁴⁸ Dworkin, R., *op. cit.*, p. 10.

dónde alcanza esa actividad asistencial subvencionada estatalmente.

El derecho a la protección de la salud aparece recogido en el artículo 43 de la Constitución española de 1978, dentro del capítulo III del título I, dedicado a los principios rectores de la política social y económica. A pesar de la formulación normativa como derecho su ubicación sistemática en la carta magna omite cualquier consideración de derecho fundamental, cuestión que ya ha sido resuelta en tal sentido en varios autos del Tribunal Constitucional⁴⁹. Estamos hablando de un “derecho de carácter económico”⁵⁰ que obliga al Estado a instrumentalizar medios para su salvaguarda en base a lo dispuesto en el artículo 53.3, en tanto en cuanto tales principios han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Sin embargo, es innegable que el derecho a la protección de la salud tiene un engarce necesario en auténticos derechos fundamentales, pues estamos ante una aspiración –la salud- cuya garantía resulta de la consecución del fin común que la Constitución legitima en su artículo 10 al aludir a la “paz social”. Como señala Parejo Alfonso “la salud, individual y colectiva, privada y pública, es sin duda la condición y presupuesto de la dignidad y la calidad de vida -en la doble dimensión física y psíquica- y social, por tanto, también de la libertad. Pues sin salud, individual y colectiva, no hay posibilidad de verdadero desarrollo de la personalidad en sociedad, mediante la participación plena, real y efectiva, en la vida política, económica, cultural y social del que habla el artículo 9.2 de la Constitución, fundamentalmente a través de la actividad productiva (trabajo, profesión y oficio) que proporciona el soporte material de la vida”⁵¹.

La propia remisión que hace el segundo párrafo del artículo 10 de la Constitución a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales nos obliga a integrar esta materia con las aportaciones en ellos recogidos. Merece la pena traer a colación, a fin de acreditar el carácter poliédrico de la salud, la definición que de la misma dio en el año 1946 la Organización Mundial de la

Salud como “el estado completo de bienestar corporal, mental y social”. Se supera de esta manera la concepción clásica expresada en sentido negativo como ausencia de la enfermedad, de modo que como señala Borrajo Lacruz esta concepción “rebaso el nivel de simple conservación de un determinado estado psicofísico que se identifica sin más con la integridad corporal y mental de la persona y lo trasciende hasta alcanzar un nivel de holgura o plenitud vital”⁵². Esto supone que estamos ante un concepto estático sino que evoluciona al mismo ritmo que la propia realidad social en la cual se arraigan constantemente valores nuevos que determinan el acervo común de las necesidades y pretensiones personales y colectivas. Este aspecto cobra especial importancia en la satisfacción que de la demanda de una concreta asistencia sanitaria el Estado debe tutelar.

La plena efectividad del derecho de la persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental a que obliga el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por España en 1977, precisa de una labor del Estado que principia por determinar los contenidos de este derecho. Según Muñoz Machado “comprende un aspecto negativo, en cuanto que es un derecho del individuo a que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar su salud, y un aspecto positivo, que se concreta en el conjunto de medidas que los poderes públicos deben establecer para conseguir la prevención de las enfermedades o la mejora de las condiciones sanitarias generales”⁵³. El aspecto positivo tiene su desarrollo legal en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad que es reflejo de esa conexión a la que antes hacíamos referencia entre este derecho y otros de carácter fundamental y que substancialmente son el derecho a la personalidad, a la vida, a la dignidad humana, a la integridad física y a la intimidad, que obligan por ejemplo a ofrecer información sobre los procedimientos de diagnóstico y tratamiento, a tener constancia en cada momento del estado de salud, o a imponer con carácter general la exigencia de un consentimiento previo en relación con las intervenciones corporales con fines sanitarios.

El ejercicio del derecho a la protección de la salud en el marco de los servicios públicos está remitida por la Constitución al legislador, de forma coherente con su carácter de derecho de determinación legal o, si se prefiere, de principio inspirador de la legislación positiva y de la

⁴⁹ Autos de inadmisión 519/1884 y 564/1984 mediante los que se rechazan sendos recursos de amparo cuya única invocación consistía en el artículo 43 de la Constitución.

⁵⁰ Gómez Ferrer, R., “Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º. 150, p. 200, 1999.

⁵¹ Parejo Alfonso, L., “Algunas reflexiones generales y salud sobre la sanidad y la salud a modo de prólogo” en “Manual Jurídico de la Profesión Médica”, p. 21, Dyckinson, 1998.

⁵² Borrajo Lacruz, E., “Artículo 43” en “Comentarios a la Leyes Políticas”, p. 154, Edersa, 1996.

⁵³ Muñoz Machado, S., “La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos”, p. 95, Alianza Editorial, 1995.

intervención de los poderes públicos. Dada esa remisión cobra especial relevancia en esta materia la cuestión de la irreversibilidad de las regulaciones que supongan un concreto abanico de prestaciones en materia de salud, de forma tal que se permita a la ciudadanos mantener intangibles las conquistas sociales que vayan acaparando de resultas de la legislación que paulatinamente va perfilando este derecho. La mayoría de los autores, siguiendo a la doctrina constitucionalista alemana, especialmente a la obra de O. Bachof, concluyen que es imposible considerar por vía de la interpretación constitucional que el Estado tenga que soportar cargas que su sistema de financiación es incapaz de asumir, de modo tal que como señala Muñoz Machado “de las circunstancias económicas derivan el derecho y el deber legislativo de usar su poder de gasto de modo consecuente (y así) la libertad del legislador en materia económica no puede quedar vinculada a compromisos prestacionales contraídos en épocas en que los recursos disponibles eran mayores”⁵⁴, cuestión que se traduce en clave de la propia letra de nuestra Constitución en un equilibrio entre el principio de eficacia en el funcionamiento de las Administraciones Públicas (artículo 103) y en el de eficiencia.

La Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, viene a interiorizar el Real Decreto 63/1995, sobre ordenación de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, al cual en su día se le había hecho la crítica de que su carácter reglamentario era insuficiente para acoger la delimitación legal del derecho a la protección de la salud, pues “correspondería al legislador ordinario la determinación del alcance y contenido de los derechos de los usuarios”⁵⁵, en tanto en cuanto representa la concreción del mandato constitucional, precedentemente analizado, mediante el establecimiento de los límites prestacionales a donde alcanza la satisfacción pública de las aspiraciones individuales, ello mediante la determinación de un catálogo de prestaciones financiadas públicamente. La Ley de Cohesión y Calidad satisface esa necesaria concreción legal del derecho a la protección de la salud, estableciendo una serie de principios inspiradores: la universalización de este derecho; la garantía de la igualdad substancial de acceso de toda la población; la eficacia, economía, racionalización, organización, coordinación e integración de los recursos públicos; la determinación de fines y objetivos mínimos comunes; y la ho-

mologación de las atenciones y prestaciones. La delimitación de las prestaciones financiadas se hace tanto en clave positiva como negativa. A este respecto se excluyen de una forma implícita todas aquellas terapias sobre las que no existe suficiente evidencia científica, que no esté suficientemente probada su contribución a la prevención o curación, y que se traten de meras actividades de ocio o descanso. Por otro lado la exclusión explícita alcanza a la expedición de informes distintos de los expresamente contemplados, los reconocimientos realizados por interés de terceros, la cirugía estética que no guarde relación con un accidente, enfermedad o malformación genética, los tratamientos en balnearios y curas de reposo, la cirugía de cambio de sexo, salvo la reparadora de estados intersexuales patológicos y, por último, el psicoanálisis y la hipnosis. Con la idea de perfilar más aún los recursos del sistema de cara al ciudadano, se crea en la Ley 16/2003 el concepto de cartera de servicios, definido como “el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos entendiéndose por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias” (artículo 20). La novedad es que la cartera de servicios, partiendo de un común denominador para todo el Sistema Nacional de Salud, puede variar de una Comunidad Autónoma con respecto de otras, pues así lo posibilita la Ley.

Al ser la gestión una competencia transferida a las Comunidades Autónomas, la uniformidad en la cartera de servicios es imposible, porque la eficacia y la eficiencia de un servicio sanitario dependen tanto de la financiación que se disponga como de la capacidad de gestionar el presupuesto. También influye, no cabe duda, el sesgo que en materia de políticas sociales el gobernante autonómico de turno quiera dar a sus presupuestos. Incluso cabe que se establezcan con el fin de incrementar la financiación impuestos nuevos, como por ejemplo el que se ha planteado en alguna Comunidades sobre los hidrocarburos para financiar la sanidad. De este modo, no debe sorprendernos la existencia de prestaciones varias que cada comunidad ha considerado oportuno crear o ampliar en la asistencia sanitaria que ofertan. Por un lado se encuentran las prestaciones de tipo cuantitativo, que hacen referencia a aquellos elementos de salud tangibles, como son los fármacos. Así por ejemplo Navarra o Andalucía han establecido la prestación adicional de determinados medicamentos con cargo a fondos propios. En el otro tipo de prestaciones, las cualitativas, se encuentra la referente a las listas de espera. Diversas autonomías han regulado los tiempos máximos

⁵⁴ Muñoz Machado, S., *op. cit.*, p. 149.

⁵⁵ Cueto Pérez, M., “Responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria”, *Tirant Monografías*, 1997, p. 123.

de espera, como la Comunidad Valenciana, que establece un máximo de 90 días. Esta comunidad, así como la de Madrid, tienen establecido el pago de la intervención quirúrgica en una clínica privada para cualquier paciente que tenga que esperar más de los meses establecidos para ser operado en un hospital público. Cataluña, Andalucía y Navarra también poseen regulación a este respecto, con un tiempo límite fijado de 180 días. Las soluciones a este desequilibrio prestacional son varias. Beltrán Aguirre, al explicar la “discriminación” sufrida por algunas comunidades en relación a determinados servicios, entiende que la solución pasa por una financiación añadida por parte del Estado “que permita en un plazo razonable la equiparación en medios técnicos y humanos de las autonomías infradotadas con las mejor dotadas, equiparación que no debe ser materialmente idéntica, aunque sí con unos ágiles y eficaces sistemas de referencia”⁵⁶. Ahora bien, si los desequilibrios territoriales son una consecuencia histórica de un desarrollo desigual de las diferentes Comunidades Autónomas y la misión de Estado es garantizar la solidaridad, en cumplimiento de la Constitución española, de los territorios ricos para con los pobres, ¿puede ponerse un techo a las prestaciones, evitando con ello diferencias en el contenido del derecho a la protección de la salud? Con carácter absoluto no, pues a los anteriores datos sobre las diferencias existentes hemos de remitirnos, pero esa proclamada equidad que es garantía a su vez garantía del derecho a la igualdad se cumple con el primer bloque de prestaciones al que antes hacíamos referencia, esto es, mediante un mínimo común denominador para todo el Estado. Por encima de ese nivel básico de prestaciones cada Comunidad Autónoma podrá aumentar su oferta asistencial mediante mejoras cualitativas o cuantitativas. Es la consecuencia ineludible de la descentralización que proclama nuestra Carta Magna.

Hay otra vertiente del derecho a la salud, de corte negativo, que consiste en determinar los límites del abuso de la misma, y que como señala Muñoz Machado trata de dilucidar hasta que punto estamos ante “un derecho subjetivo absoluto, que permite a su titular disponer del mismo hasta el término de la propia extinción del derecho, es decir, a disponer de la propia muerte”⁵⁷. La delimitación de este derecho así entendido tiene manifestaciones de muy importante relevancia social e individual en cuestiones como la imposición de tratamiento médicos obligato-

⁵⁶ Opinión recogida en el artículo de Gallardo, L., y Rodríguez, C., ¿Peligra la equidad en el SNS?, en “Revista Española de Economía de la Salud”, Vol. I, n.º 3, sep-oct., 2002.

⁵⁷ Muñoz Machado, S., “La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos”, p. 95, Alianza Editorial, 1995.

rios, el suicidio, la eutanasia y la propia eugenesia, particular objeto de este trabajo en cuanto encarna el objetivo principal de la biotecnología. Casos como el de la alimentación de los presos del GRAPO en huelga de hambre, la transfusión de sangre en los hijos menores de los testigos de Jehová, el llamado caso “Ramón Sampedro”⁵⁸ o la virtualidad jurídica de las técnicas de reproducción asistida suponen un importante esfuerzo de delimitación de las intervenciones en esta materia, a cargo en última instancia del principal interprete de nuestra carta magna que es el Tribunal Constitucional.

Los criterios para el desarrollo de las políticas sanitarias tienden a fluctuar entre los de carácter exclusivamente utilitario en términos económicos y los que atiende a principios de equidad y solidaridad. Lo que parece no discutirse es que la restricción de los servicios sanitarios puede ser éticamente justificable. En cualquier caso las políticas de racionamiento deben diseñarse de acuerdo con un debate multidisciplinar que nos ayude a reconocer los límites naturales de la vida, de modo que se alcance un consenso social sobre lo que es esencial y lo es fútil o superfluo para la persona. Hablamos de la persona lo que no obliga a concretar también el alcance de este término. Boecio en siglo VI la definió como sustancia individual de naturaleza racional y más recientemente Mounier sostiene que estrictamente hablando la persona no es definible, ya que sólo se puede definir lo que integra un género, y no lo que es único y singular, pues “si ella fuera una suma de cualidades sería inventariable, pero resulta que es el lugar de lo no inventariable”⁵⁹, indeterminación conceptual que da paso a dos tendencias contrapuestas doctrinalmente en la descripción –que no definición– del concepto de persona. La tendencia unitaria defiende la sacralidad de la vida humana partiendo de una identidad entre los conceptos de persona, ser humano y vida humana, de forma que todo ser humano vivo, por ser persona, posee una dignidad intrínseca. Para la otra tendencia, denominada reduccionista, no cabe esa equiparación entre persona y ser vivo de la especie humana porque “las personas en sentido estricto son seres autoconscientes, racionales, libres en sus elec-

⁵⁸ Ramón Sampedro, tetrapléjico a consecuencia de un accidente de tráfico, inició en el año 1995 una acción de jurisdicción voluntaria ante el Juez de su localidad de residencia (Noya-A Coruña) solicitando la autorización para que una tercera persona le ayudara a morir. Denegada su petición en las instancias civiles acudió al Tribunal Constitucional en amparo, recurso que fue registrado el 16 de Diciembre de 1996, el cual ha sido continuado por su heredera al fallecer Sampedro el 12 de Enero de 1998 con la asistencia de una o varias personas anónimas.

⁵⁹ Mounier, E., “La personalidad”, PUF, p. 53, Paris, 1951.

ciones, capaces de juicio moral”⁶⁰, de esta forma ni un embrión humano ni un feto serían personas. En ese sentido se afirma que la dignidad, en tanto fundamento de los derechos y deberes fundamentales, es la cualidad intrínseca de la persona, sin que pueda otorgársele a quien todavía está por nacer. pero el embrión posee ya una individualidad que le convierte en una persona en potencia, pues al desarrollar la secuencia natural de su crecimiento tras la anidación en el útero, nacerá y por ende se convertirá en persona, lo que le hace merecedor de unos derechos superiores a cualquier otro ser vivo en tanto encierra una serie de cualidades inequívocamente humanas, de ahí que haya de definirse un determinado status que le proteja de agresiones externas, no tanto en la medida de imposibilitar su secuencia vital sino para evitar que se pueda distorsionar el libre desarrollo de la personalidad al limitarse antes del nacimiento las condiciones para una vida plena e independiente. Esa protección tiene su amparo en el artículo 15 de la Constitución, pues la utilización de la fórmula “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral” obedeció “a la voluntad mayoritaria de los constituyentes de que el nasciturus tuviera, al amparo de este precepto, su necesaria protección. En la redacción final de artículo 15 CE se eludió el término persona para permitir una interpretación extensiva a la vida en formación de la protección contemplada en este artículo”⁶¹. Bien es cierto que el Tribunal Constitucional en sentencia 53/1985 negó al nasciturus la titularidad del derecho a la vida, aunque sí merezca la protección de los poderes públicos, resolviendo con ello el problema de la despenalización del aborto en los tres supuestos previstos. Por lo tanto, la protección que la Constitución le otorga al embrión no está tanto en sí mismo considerado como en relación con la teoría de la ponderación de derechos, de modo que sólo éste podrá ser protegido en su integridad física en tanto en cuanto no exista un interés contrapuesto merecedor de mayor tutela.

En el contexto de la clonación terapéutica se produce la interacción de los derechos del embrión clonado, por un lado, y derecho a la libertad de investigación, por otro. La libertad de investigación, como corolario de la libertad de pensamiento, está expresamente reconocido en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en su vertiente activa –el derecho a la libertad de investigar- y en el artículo 27.1 en su vertiente pasiva –el derecho a participar de los beneficios del progreso científico-, te-

niendo su trasunto respectivo en el artículo 20.1 de la Constitución española. Las líneas de investigación abiertas en materia de clonación terapéutica ponen en contraposición ese derecho –en su doble vertiente, tanto del científico por un lado como de la colectividad que resulte agraciada con las bondades de sus descubrimientos, por otro lado-, con el derecho a la integridad física del individuo, entendiendo por tal al embrión. Ahora bien, uno de los caballos de batalla –en el terreno ético y jurídico- de la comunidad científica en los tiempos actuales del estado de la investigación con células madre es la determinación de momento en el cual al embrión se le puede considerar un ser individualizado. Para Lacadena “la individualización de un nuevo ser requiere que se den dos propiedades: la unicidad –cualidad de ser único- y la unidad, realidad positiva que se distingue de toda otra; es decir, ser uno solo”⁶²; según este autor, recogiendo cierto consenso de la comunidad científica al respecto, “estas dos propiedades no están definitivamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación del embrión en el útero en torno a los catorce días a partir de la fecundación”⁶³. Sin embargo, con la anidación se produce una etapa de desarrollo que concluye con el nacimiento, etapa durante la cual se actualiza su identidad o mismidad genética, circunstancia que tiene lugar “cuando los genes que contiene se expresen (transcripción) y se sinteticen (traducción) las proteínas correspondientes. En ese momento podría decirse que quedan fijadas las señas de identidad del individuo”⁶⁴. La fijación temporal de cuándo ocurre ese fenómeno todavía es una incerteza, pero se vienen estableciendo en torno a la octava semana de desarrollo, de modo que todo parece indicar que la realidad humana que representa aparece, según palabras de Diego Gracia, con “suficiencia constitucional” en ese momento. De ahí la distinción entre vida humana –que surge con la fecundación- e individuo humano –en torno a los 50/56 días posteriores-, que marca la diferencia entre dos niveles de protección constitucionalmente relevantes.

El embrión clonado con fines terapéuticos según las líneas de investigación actuales se refiere siempre a una fase anterior a la anidación, de ahí que estemos ante la manipulación de vida humana, no de un individuo en tanto portador de unos singulares caracteres físicos. Si el fin de este tipo de clonación es la obtención de células para el

⁶⁰ Engelhardt, H.T., “Los fundamentos de la bioética”, p. 15, Paidós, 1995.

⁶¹ Cortina A., *op. cit.*, p. 83.

⁶² Lacadena, J.R., “Individualización y mismidad genética en el desarrollo humano” en “Gen-Etica”, p. 116, Ariel, 2003.

⁶³ Lacadena, J.R., *op. cit.*, p. 116.

⁶⁴ Lacadena, J.R., *op. cit.*, p. 120.

desarrollo de terapias que permitan salvar la vida de personas, o mejorar positivamente su integridad física y moral, presa de los condicionantes objetivos y subjetivos de la enfermedad, es evidente que el derecho que se pretende salvaguardar con esa línea de investigación cuando menos goza de un fin digno en sí mismo y como tal loable. La técnica de clonación celular utilizada pretende obtener, en la fase de blastocisto, esto es, antes del comienzo de la anidación, células troncales para su utilización con el mismo paciente “clonado”. El objeto de su investigación proviene, por tanto, del propio paciente, del cual se obtendrá un embrión para obtener las células madre extraídas en tejidos trasplantables al mismo paciente. Actualmente existen líneas de investigación abiertas para el tratamiento de enfermedades como la diabetes tipo I, el parkinson o las lesiones medulares, por citar algunas de las más conocidas. En esa confrontación entre la vida humana en formación y la vida humana enferma la protección jurídica ha de inclinarse por la segunda, puesto que mientras en que el primer caso la vida anima a un ser que no se puede considerar individuo ni mucho menor persona, en el segundo estamos ante una persona que carece de la adecuada calidad de vida consecuencia de una salud maltrecha. Bien es cierto que existen líneas de investigación alternativas que tienen por objeto de estudio las denominadas células adultas, obtenidas del propio paciente, pero que tienen el inconveniente de que carecen de la capacidad de diferenciación de las células embrionarias. De la existencia de caminos tecnológicamente distintos, si bien paralelos y con el mismo fin curativo, no puede derivarse una incompatibilidad basada en el diferente método utilizado, esto es, que por el mero hecho de que una técnica produzca una vida humana de forma instrumental para salvar otra vida, mientras que la otra aproveche las posibilidades celulares del propio individuo enfermo, no supone que estemos ante una dicotomía insoslayable.

La contribución de la bioética en este debate se revela fundamental, en tanto las diversas disciplinas (médica, biológica, jurídica, filosófica...) tiene la misma autoridad y entre todas van generando el diálogo plural y abierto que caracteriza la deliberación bioética. El umbral histórico en el que nos encontramos, de transición hacia un mundo nuevo que se representa a través de la secuenciación completa del genoma humano, obliga a retomar y reavivar los problemas de la propia existencia humana en su sentido primigenio. Como apunta González Valenzuela “la situación presente exige una ética que, con un clara memoria de lo humano contribuya a que el proceso transformador preserve vivo en rostro de la “humanitas” ... Una ética que, conforme al verdadero espíritu científico y filosófico, promueva la permanente disposición de lucha

contra la ignorancia, y asuma a la vez, socráticamente, la incertidumbre y la perplejidad, promotoras perennes de la búsqueda. Una bioética en suma, que ejerza la virtud de la “phrónesis” o sapiencia, junto con las de asombro y la esperanza; virtudes ciertamente fundamentales en estos tiempos de cambios tan cruciales para la humanidad”⁶⁵.

4- La configuración jurídica de la responsabilidad ética.

Cierta indeterminación conceptual está conduciendo a un uso ambivalente de preceptos que no son sinónimos: bioética –a la que ya nos hemos referido-, deontología médica y bio-derecho o derecho médico. La bioética centra su objeto en el estudio de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, analizando las conductas que se producen en este ámbito a la luz de los principios y valores humanos. Por deontología médica se entiende la ética aplicada al ejercicio de esta profesión, lo que se traduce en nuestro entorno cultural (de la Europa mediterránea) y siguiendo a la tradición pandectista, en un conjunto de normas que los médicos se otorgan con el objetivo de orientar su ejercicio profesional de acuerdo con unos principios y valores comunes, alcanzando con ello un cierto estatuto de certeza. El denominado bio-derecho o derecho médico se define como “aquellas partes del ordenamiento jurídico que se ocupan del ejercicio de la medicina, esto es, de la profesión médica y, por asimilación, de otras profesiones sanitarias o no sanitarias vinculadas directamente con la salud”⁶⁶, incluso cierta expansión del concepto en la actualidad supone incluir también “las implicaciones jurídicas de la aplicación de las llamadas Ciencias Biomédicas sobre el ser humano”⁶⁷.

De acuerdo con lo expuesto de forma precedente, y aun cuando el objeto de las tres disciplinas incurra en un cierto solapamiento conceptual, cada una de ellas analiza su objeto con métodos y fines propios. Si la bioética pretende encontrar una serie de respuestas a los problemas que generan los nuevos avances de la medicina, que le permita establecer pautas morales en este concreto ámbito de las relaciones humanas, pero sin aspirar con ello a que exista un coercimiento externo que obligue socialmente a su observancia, la deontología médica sí que persigue ese

⁶⁵ González Valenzuela, J., “Ética y Bioética”, *Isegoría*, nº 27, p. 53, CSIC, 2002.

⁶⁶ Romeo Casabona, C.M., “El Derecho médico: su evolución en España” en “Derecho biomédico y bioética”, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁷ Romeo Casabona, C.M., *op. cit.*, p.2.

fin mediante unas reglas éticas a las que lleva asociada la compulsión propia de un sistema de sanciones para el caso de incumplimiento, mientras que el derecho médico con el mismo objetivo de acatamiento general que tiene toda norma jurídica lo que persigue es el ordenamiento de la actividad médica en sus más variadas relaciones (con el paciente, con el sistema sanitario y con el resto de profesionales de la salud).

En cualquier caso y a pesar de las diferencias puestas de manifiesto no se concibe la relación entre unas y otras únicamente por la similitud en su objeto de referencia (la medicina en particular y las ciencias de la salud en general), pues esa relativa aproximación las convertiría en simples compartimentos estancos y ajenos a posibles influencias recíprocas. La relación entre la bioética y la deontología médica viene siendo permanente y recíproca, pues aun cuando ambas surjan de tradiciones culturales distintas (la anglo-americana y la europea, respectivamente) no pueden entender el ejercicio de la medicina desde una visión localista, por esa vocación de universalidad que se predica de aquellas proposiciones morales y principios éticos que aspiran a convertirse en derechos fundamentales del hombre, como paciente y como ser humano. Tal aspiración pone a su vez a ambas disciplinas en relación con el Derecho, tanto por la pretensión negativa de evitar normas moralmente injustas, como por la positiva de arraigar en el espíritu de la norma ese componente ético que la hace socialmente plausible.

Pero la deontología –y también la bioética-, no sólo influye en la interpretación de la norma, en cuanto ésta debe ser puesta en relación con el contexto social de relaciones humanas a las que va referida, sino que ha de inspirar al legislador a la hora de acometer la correspondiente producción normativa, especialmente en aquellas materias sensibles por afectar a derechos fundamentales: la vida, la libertad, la igualdad y la integridad física y moral, principalmente. Esa necesidad se hace más acuciante en el contexto de la medicina y de las investigaciones biomédicas, pues su propia dinámica -fruto de un frenesí tecnológico que se traduce en un escenario cambiante-, da lugar a vacíos normativos, que se han de procurar integrar desde unos principios generales de indudable raigambre ética. Estamos, pues, ante una juridicidad de la norma ética que podríamos denominar de tipo formal, en la idea ya expresada de la necesidad de un arraigo del Derecho en la Moral. Realmente ya nuestro ordenamiento jurídico llega a interiorizar la norma deontológica desde el momento en los estatutos de los colegios profesionales –que a su vez se remiten a sus respectivos códigos-, son aprobados me-

dante Real Decreto (o Ley autonómica), de ahí su incorporación plena al mundo del Derecho.

Ahora bien, existe igualmente una juridicidad de tipo material cuando la propia norma legal se remite directa y expresamente a la Moral en determinadas relaciones interpersonales, como es el ejercicio de la medicina, hasta el punto de asumirse la integración de las pautas consensuadas de comportamiento ético –que los profesionales se dan a sí mismos pero con miras a la sociedad en su conjunto-, con un expreso reconocimiento a la hora de configurar el núcleo de los deberes que jurídicamente les son exigibles. Así comprobamos primero, y con carácter general, que el artículo 1.258 del Código Civil obliga a las partes de una relación contractual “no sólo a lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. En un segundo plano, ya de una forma particular referido al contexto de la medicina, esa asimilación se produce en el artículo 4 del Convenio de Oviedo⁶⁸, precepto que proclama que “toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la experimentación, deberá efectuarse dentro del respeto a la normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso”. Por último, esa juridicidad a la que aludimos está también presente en la propia norma reguladora del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud, y así el artículo 19, b) de la Ley 55/2003⁶⁹ les obliga a “ejercer la profesión [...] con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables”.

Tampoco la Jurisprudencia ha sido ajena a ese proceso de asunción de la norma deontológica como criterio ético de actuación para integrar el contenido del deber de cuidado exigible al profesional de la medicina. Aunque son muchas las referencias, nos quedamos con una sentencia de la que fue ponente Ruiz Vadillo siendo presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la cual establece que dicho deber “puede establecerse en un precepto jurídico o en la norma de la común, sabida expe-

⁶⁸ Así llamado al Convenio para la protección de los Derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de Noviembre de 1996. Entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el 1 de Marzo de 2001 mediante Protocolo de 12 de Enero de 1998 ratificado por Instrumento de 7 de Enero de 2000, BOE nº. 52 de 1 de Marzo de 2003.

⁶⁹ Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, de 16 de Diciembre, BOE nº. 301 de 17 de Diciembre de 2003.

riencia general tácitamente admitida y guardada en el ordinario y prudente desenvolvimiento de la actividad social”⁷⁰.

Esa interacción tiene su expresión más acusada en la elaboración del término “lex artis”, que hemos de traducir literalmente como “ley del arte” y conceptualmente concebimos como el conjunto de reglas de actuación de un profesional, que expresa el módulo de diligencia exigible en cada caso de acuerdo con el estado de la ciencia. La “lex artis” ha de englobar –según las tradicionales concepciones al uso- todas las normas y principios teóricos de actuación que garantizan el buen desenvolvimiento práctico de cualquier profesión. Si bien el concepto se aplica a todas las profesiones, suele reservarse para aquéllas que precisan de una técnica operativa y cuyos resultados son de naturaleza empírica, como es el caso de la ciencia médica.

El concepto de “lex artis” es reinterpretado con referencia al contexto sanitario por Martínez-Calcerrada al añadirle la expresión “ad hoc”, de lo cual resulta una definición que ha sido asumida jurisprudencialmente; se trataría así del “criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médico- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital de acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”⁷¹. Lo que con esta definición se ha pretendido es situar la pauta de actuación en un concreto contexto, influenciado tanto por factores internos al paciente (gravedad de su estado) y al médico (cualificación del mismo) como externos a ambos (medios y recursos sanitarios para afrontar la actividad asistencial).

Ese contexto, variable según las diversas circunstancias concurrentes en cada caso introduce un elemento de riesgo que necesariamente hay que modular para la imputación que se haga del resultado final. Esa influencia de factores que se escapan a comunes estándares de calidad asistencial obligan a considerar el acto médico como algo irreductible a un común y abstracto protocolo de actuación, pues son variados los factores que pueden condicio-

nar las opciones del galeno. Por muy desarrollados y casuísticos que sean los árboles de decisión que se plasman en los concretos estudios de cada patología, siempre habrá situaciones irreductibles que escapan a la compleja y rica realidad de supuestos; digamos que la literatura científica se nutre siempre “a posteriori” de los casos que son objeto de su estudio. De ahí que se haya recurrido como verdad apodíctica que en medicina a “cada acto, una ley”, en la idea de precisar para el correcto ajuste de corrección la ponderación de muchos y variados factores ya aludidos, incluso “se podría afirmar que es el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley”, con la que, indefectiblemente, habrá que enjuiciarlo”⁷².

Lo contrario, esto es, pretender llevar al absoluto los protocolos como pauta objetiva e invariable de actuación implicaría encorsetar la libertad de tratamiento cosustancial a toda intervención médica. A pesar de lo anterior es innegable que existe una tendencia a la “positivación” del arte médico con el loable fin de otorgarle certidumbre, cuestión que en cualquier caso pugna con el hecho de que estemos ante un ciencia axiológica relativa, lo que nos obliga a aceptar la discrecionalidad en la toma de decisiones como elemento inherente al propio ejercicio profesional de la medicina. Ello no significa que debamos renunciar a los protocolos médicos, más bien otorgarles la capacidad de integrar de una forma relativa la “lex artis” exigible, máxime cuando se parta de un importante grado de consenso (por ejemplo, cuando son elaborados por las propias sociedades científicas), e incluso que pueda atribuírseles el carácter de presunción “iuris tantum” de cumplimiento del deber objetivo de cuidado, debiendo probar el médico o el paciente, según cada caso, las circunstancias en virtud de las cuales esa pauta de actuación debió obviarse.

Pero sin duda alguna donde el protocolo está cumpliendo una indudable función de certeza de la actividad médica es en la determinación de los riesgos derivados de los tratamientos médicos, fundamentales en la confección de los documentos de consentimiento informado. El paciente a través de tales documentos puede tomar constancia de las consecuencias derivadas de toda intervención en el ámbito de su salud, siendo obligación del médico darle esa información de un modo que resulte comprensible, lo que en modo alguno supone abandonar al paciente a una interpretación libre de un documento redactado con tecnicismos indescifrables para el lego en medicina, sino en adaptar la información a un nivel de comprensión deter-

⁷⁰ Sentencia de 29 de octubre de 1994, recurso n°2009/93, *Actualidad de Derecho Sanitario*, n.º 7 y 8, Julio/Agosto 1995, pp. 435 y 55.

⁷¹ Martínez Calcerrada, L., “Derecho Médico”, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1986, p. 188.

⁷² Martínez Calcerrada, L., *op. cit.*, p. 189.

minado por la edad, la formación y también la extracción social. Con esas premisas finalmente se traslada al paciente la decisión de optar por la vía curativa que desea o simplemente renunciar a ella, porque será él quien, en definitiva, apreciará o sufrirá, respectivamente, las venturas y desventuras asociadas a cada acto médico, de ahí que esta obligación de información y consentimiento se convierta en un elemento integrador más de la “*lex artis*” tal y como lo viene exigiendo la doctrina judicial⁷³.

El principio de autonomía que asiste al paciente otorga a la información terapéutica un rol de suma importancia en esta materia. Se ha destacado por numerosos tratadistas (entre ellos Bercovitz y Gómez Segade) el valor de la información incluso como requisito para el ejercicio de los más elementales derechos fundamentales, principiando por el derecho a la integridad física y moral. De ese modo, el conocimiento de aquellos datos que influyen en la toma de decisiones de trascendencia vital para la persona es garantía de una correcta protección del consentimiento. Lo contrario, esto es, sesgar la información que fundamenta decisiones que son vitales para la persona atentaría contra su dignidad, considerada como valor informador de nuestro ordenamiento jurídico, y cuyo respeto es garantía de salvaguarda —como ya hemos visto— de derechos fundamentales que asisten a todo ser humano. Frente a una dimensión ontológica de la dignidad, que en palabras del Papa Leon XIII implica que “están llamados todos a la misma eminente dignidad de los hijos de Dios”⁷⁴, existe una dimensión moral, que no se refiere al ser sino al obrar, esto es, a la actuación de acuerdo con unos parámetros que la ética considera los correctos, de forma que toda actuación fuera de los mismos es moralmente reprochable por atentar a la dignidad así entendida, y jurídicamente perseguible por coartar los derechos fundamentales de los cuales es sustrato.

La confluencia de los dos planos —el de la moral y el de lo jurídico— no se produce en el terreno de la culpa ni en el de las consecuencias que se predicen para el ilícito; sí concurre, en cambio, en la valoración de la antijuricidad del acto médico, pues para conocer los niveles de diligencia exigibles al facultativo en su quehacer profesional es preciso poner en relación su actuación con ese entramado de derechos del paciente, que precisamente surgen fruto de la relación interdisciplinar ético-jurídica a la que antes

aludíamos. Sin ir más lejos la moderna figura normativa del consentimiento informado⁷⁵ es precisamente una contribución de la bioética a la sociedad a través del Derecho. Yendo más allá, la juridicidad de la regla ética primaria de no causar daño a nadie (“*naeminem laedere*”) estuvo presente en la construcción del instituto de la responsabilidad aquiliana del Derecho romano, de la cual es heredero el artículo 1.902 del Código Civil, donde se reside la responsabilidad extracontractual, incólume hasta nuestros días.

Precisamente ese es el criterio de imputación, haber causado un daño antijurídico al paciente, entendiendo como tal aquél que le reporta un perjuicio tanto físico como moral a consecuencia de la inobservancia de la diligencia debida, la cual vendrá concebida por el trato al paciente con máximo respeto por sus específicos derechos o, lo que es lo mismo, por la atención de los deberes deontológicos puestos en relación con el estado de la ciencia y de la organización sanitaria. En realidad derechos de uno y deberes del otro son las dos caras de la misma moneda o, si se prefiere, el componente activo y pasivo de una relación que necesariamente resulta complementaria, una vez olvidada aquella afirmación de que “no hay enfermos sino enfermedades”⁷⁶. El paciente ya no es el objeto de la intervención médica sino el sujeto de una relación de igual a igual, sin que la enfermedad sea óbice al respecto.

Esa relación se enriquece por la necesaria complicidad para alcanzar el mismo fin, que no es otro que el de vencer a la enfermedad, pero no sólo con las armas que la ciencia pone al alcance del facultativo, sino también bajo las pautas de conducta que la deontología impone al facultativo⁷⁷. En la medida en que la ignorancia de la regla técnica cause, por acción u omisión, un perjuicio al paciente podrá existir responsabilidad para con él, que en su caso obligará a indemnizar el daño causado, pues esa es la consecuencia jurídica que lleva aparejado nuestro ordenamiento jurídico civil. Sin embargo en aquellos supuestos en que el daño se causa a consecuencia de una conducta que denote ignorancia de la regla ética la obligación

⁷⁵ Contemplado en los artículos 9 a 13 de la Ley básica de autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁷⁶ Expresión acuñada como interpretación del propio Juramento Hipocrático.

⁷⁷ Esa sumisión a la norma deontológica deriva de lo dispuesto en el artículo 44 de los Estatutos de la Organización Médica Colegial, aprobados por Real Decreto 1018/1980, de 19 de Mayo (BOE, num. 128 de 28 de Mayo de 1980).

⁷³ Sentencias, entre otras, como la del Tribunal Supremo, Sala I, de 25 de abril de 1994, de la que fue ponente el señor Albacar López.

⁷⁴ Véase Encíclica “*Quod Apostolici numeris*”, n.º. 6.

indemnizatoria se relativiza, pues si bien la responsabilidad deontológica será evidente, ésta por sí misma no lleva aparejada obligación alguna de resarcir económicamente al paciente, pues a diferencia del procedimiento penal español donde se permite el ejercicio conjunto de la acción civil (resarcitoria) y de la acción penal (punitiva), en el sistema coercitivo de los colegios profesionales prevalece en exclusiva su carácter sancionador. Sólo la ignorancia de la regla ética obligará a indemnizar al paciente cuando convierta en antijurídica su conducta.

El incumplimiento de la regla ética podrá fundamentar, en su caso, el reproche jurídico y la reacción del ordenamiento procesal cuando sea la causa de un daño que no existía el deber jurídico de soportar, pues la antijuricidad no surge exclusivamente por contradicción a la norma escrita sino por significar un atentado contra los propios valores en los cuales se cimenta nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo las buenas costumbres⁷⁸, entendiendo por tales también aquellas que incumben en particular al profesional de la medicina. Si el paciente ve limitadas sus expectativas curativas por el incumplimiento del médico de su deber de informar con pormenor de la opciones terapéuticas, evidentemente se produce un daño, si bien no directo, si indirecto en la línea de lo que se ha venido en denominar la pérdida de la oportunidad⁷⁹. Ese deber de informar no se limita a los riesgos de la propia enfermedad puestos en relación con los remedios al alcance del facultativo, sino también a los riesgos inherentes a una organización sanitaria.

Entramos de ese modo en el terreno de la culpabilidad, definida como la atribución de culpa a alguien a través de un juicio de imputabilidad de su conducta⁸⁰. Puede haber culpa y en cambio no existir culpabilidad al

concurrir una causa de justificación que disculpe el comportamiento del facultativo⁸¹. La obediencia debida ha venido siendo considerada como causa de justificación, si bien con el carácter de eximente de la responsabilidad penal. En cambio, la responsabilidad civil, por tener un carácter resarcitorio en lugar de punitivo, se apoya en una concepción social de la culpa⁸² que acentúa la obligación de reparar el daño causado, de modo que el reproche jurídico a través de la pena se sustituye por la obligación de damnificar al perjudicado. Con esa noción de culpa –relativizada en un contexto de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva– se amplían las posibilidades para la culpabilidad pues basta con que se produzca un daño antijurídico para que surja la obligación de resarcir al perjudicado. Ausente la información el daño causado se traduciría en la imposibilidad de tomar una decisión que afecta al ámbito de su salud. El reproche jurídico se traduce en la obligación de indemnizar la pérdida de oportunidades terapéuticas por la ignorancia de determinado dato relevante que omite una opción vital.

En la moderna medicina genómica el valor de la información adquiere dimensiones colectivas porque la tecnología eugenésica al intervenir sobre el genoma humano, patrimonio de la humanidad, conlleva riesgos colectivos, de la ahí “que la decisión de correr el riesgo debe ser tomada por la colectividad que se expone a él ... pero para que esa decisión pueda poseer los caracteres de una elección racional y responsable, es necesario que tal colectividad reciba una información fiable y correcta, y que no sea sometida simplemente al apresuramiento de temores opuestos”⁸³. Surge, por tanto, el deber deontológico de la clase científica no sólo de dar argumentos para disipar los temores infundados, sino que los demás podamos

⁷⁸ El concepto “buenas costumbres” aparece recogido, entre otros preceptos, en el artículo 1.106 del Código Civil, en el sentido de considerar nulas las condiciones obligacionales que les sean contrarias. La jurisprudencia viene interpretando este concepto como sinónimo a la moral, a que se refiere el artículo 1.255 Código Civil, en cuanto límite al principio de autonomía de la voluntad.

⁷⁹ La doctrina de la “pérdida de la oportunidad” considera daño moral económicamente resarcible la imposibilidad de haber obtenido un beneficio o de haber podido evitar, con alguna probabilidad efectiva, el daño producido. A modo de ejemplo, ofrecemos la Sentencia de Tribunal Supremo, Sala I, de 10 de Octubre de 1998.

⁸⁰ “...la doctrina y la práctica penales modernas han abandonado con razón la concepción psicológica de la culpabilidad y han caracterizado la esencia de la culpa como un juicio de valor del ordenamiento jurídico acerca del agente (concepción normativa de la culpabilidad). Al agente se le reprocha el juicio de menosprecio que implica la culpa, consistente en no haberse conducido conforme a Derecho, y en haberse decidido por lo injusto cuando pudo obrar lícita y jurídicamente”. Santos Briz, J., “La Responsabilidad Civil: derecho sustantivo y derecho procesal”, p. 57, Montecorvo, Madrid, 1993.

⁸¹ “El concepto de culpa presupone que el agente, al tiempo de obrar, posee la aptitud general para responder de los actos ilícitos que realice. Pero la culpa puede quedar excluida por la concurrencia de causas especiales de inculpabilidad. Nuestro Código Civil no las regula ...; pero el Derecho Civil necesita reconocer el principio fundamental de que el agente no se le puede acusar de culpa cuando, según las circunstancias, observó una conducta de acuerdo con las normas ... Tampoco existirá conciencia de la antijuricidad cuando erróneamente se actúa protegido por una causa de justificación, aunque ésta no se halle prevista por el ordenamiento jurídico”. Santos Briz, J., op. cit., pp. 56-57.

⁸² “Al llegar a la conclusión de que hoy se defiende la existencia de una “culpa social”, que atiende a las consecuencias nocivas de la conducta y que prescinde en gran medida de la diligencia del responsable, surge la discordancia de esa denominada culpa social con la culpa propiamente dicha, noción de origen ético y religioso que quedaría desvirtuada si se separa de estas fuentes. Para obviar este inconveniente se acude a reconocer la autonomía de la culpa jurídica frente a la culpa moral, autonomía que es defendida en mayor medida en la culpa civil que en la penal”. Santos Briz, J., op. cit., p. 66.

⁸³ Anganzi, E., “El bien, el mal y la ciencia”, p. 296, Tecnos, 1996.

formarnos una correcta percepción del riesgo, pues de esa forma se ayudará a la colectividad a racionalizar adecuadamente el fenómeno de las intervenciones eugenésicas y lo que ello comporta. No podemos caer en lo que Aganzi denomina el “riesgo del éxito”, y que se refiere a las consecuencias negativas, a menudo a la largo plazo, del logro de un objetivo preescogido. La fascinación por las posibilidades terapéuticas de las intervenciones en el genoma humano obliga a reflexiones conjuntas que implican necesariamente consideraciones morales, con el fin de determinar aquello por lo que es lícito arriesgarse. De ahí la importancia de las aportaciones de la bioética en la medida de poder alcanzar una autorregulación deontológica fruto de un consenso con la comunidad científica sobre aquello que es lícito hacer.

Es importante, por lo tanto, alcanzar un determinado nivel de consenso extrajurídico, pues como ha apreciado García Paredes “los problemas que suscita la vida humana y el desarrollo de la persona humana son tan numerosos, graves y trascendentales que, por muy amplia que sea la visión del Derecho y de la Ley, siempre quedan zonas oscuras y de zozobra que aconsejan que en determinadas decisiones concurren profesionales distintos, con planteamientos diferentes, pero autorizados desde sus respectivos ámbitos, y con un deseo profundo y sincero de contribuir de la manera más honesta y acertada posible a la clarificación del interrogante más arduo que jamás se ha planteado en el Universo: ¿qué es el hombre?”⁸⁴. Surge así, en palabras de Quintero Olivares, “la necesidad de que el derecho abra un espacio entre sociedad y normas, particularmente en la determinación de la responsabilidad”⁸⁵, garantía para una humanización del sistema jurídico, pues la auténtica justicia, según este autor, pasa por una coincidencia entre la responsabilidad moral y la jurídica. Supone esta pretensión un reto para los legisladores, en la medida de aspirar a que el sistema jurídico no aparezca como una entelequia desconectada de la realidad social. No puede admitirse un sistema penal positivo que desprecie los modos de atribución de responsabilidad que se registran en la propia comunidad científica por aplicación de las reglas deontológicas asumidas comúnmente. La contribu-

ción de la moral al Derecho en este punto es básica para alcanzar ese ideal regulativo de justicia material y formal, de forma que no podamos concebir una responsabilidad moral sin consecuencias jurídicas ni una responsabilidad jurídica desconectada de todo juicio moral.

6-. Hacia una necesaria globalización jurídica.

El gran reto de la sociedad del siglo XXI no reside tanto en dar rienda suelta a la revolución biotecnológica, sino precisamente en establecer unos cauces a este fenómeno imparable que nos permitan sacar el máximo provecho posible del mismo, con beneficios generalizados –esto es, con una dimensión universal- y sin correr riesgos que conlleven perjuicios lamentables. De ese temor surge una conciencia del peligro que los avances biotecnológicos pueden reportar, situación que se enmarca en lo que el Ulrich Beck ha conceptualizado como la “sociedad del riesgo”. Según este autor el riesgo es un concepto moderno que se encuentra asociado más bien a decisiones humanas pues “expresa el intento de una civilización por hacer previsible las consecuencias imprevisibles de decisiones propias, por controlar lo incontrolado, por someter las consecuencias a acciones preventivas consabidas y a las correspondientes disposiciones institucionales”⁸⁶, lo que significa que la sociedad del riesgo aspira al control de la modernidad con respecto a las inseguridades que ella misma produce.

Sin embargo, el cálculo del riesgo presupone el concepto de accidente, consecuencia que se halla cada más presente por “la imparable radicalización de los procesos de modernización, tecnificación y economización ... lo que hace que se erosione y cuestione precisamente ese programa sobre la calculabilidad de las consecuencias asociadas”⁸⁷ resultado lógico del devenir de una sociedad que esta sometida a peligros nuevos y, en cierto modo, todavía desconocidos lo que acrecienta esa idea de falta de control sobre los mismos. Frente al riesgo evidente que entraña, por ejemplo, la chimenea de una central térmica, cuya bocana humeante expresa gráficamente una realidad contaminante, se encuentra el riesgo derivado de una tecnología menos aparente, encerrada en el reducto de un laboratorio, pero que ofrece soluciones tan novedosas que sus efectos secundarios se hurtan a la percepción inme-

⁸⁴ García Paredes, A., “El hombre microscópico (la nueva humanidad ante el Derecho). Estatuto ético y jurídico del embrión preimplantado”, conferencia pronunciada el 8 de Febrero de 2001, en las jornadas de la Escola Galega de Administración Pública celebradas en Santiago de Compostela bajo el título “O xenoma humano e o Dereito”

⁸⁵ Quintero Olivares, G., “La responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral (encuentro y desencuentro entre Derecho y sociedad) conferencia inaugural del VIII Congreso Derecho y Salud, Santiago de Compostela, 11 de noviembre de 1999.

⁸⁶ Beck U., “Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms”, p. 111, Paidós, 2002.

⁸⁷ Beck U., op. cit., p. 115.

diata de los afectados. El mayor problema es que ese tipo de riesgos, generalmente deslocalizados en su origen, es la imparable generalización de sus consecuencias, ¿cómo poner barreras físicas, por ejemplo, a un virus informático?, ¿y a un virus corporal? La globalización, en sus aspectos más negativos, lleva implícitas precisamente esas consecuencias. Ante tales amenazas es normal que se produzca una crisis en la confianza que puede conducir en el peor de los casos a una conciencia social paranoica que distorsione la percepción que ha de tenerse del fenómeno biotecnológico. Esa concienciación tiende a basarse en la imposibilidad de gestionar tales riesgos bajo cálculos estadísticos basados en relaciones causales que no son extrapolables porque carecemos de antecedentes que nos permitan implantar estereotipos de uso. En este sentido resulta muy ilustrativa la apreciación de Beck acerca del “hecho de que los grandes avances tecnológicos, tan debatidos por la opinión pública, en la mayoría de los casos no tengan un seguro privado y posiblemente tampoco sean asegurables”⁸⁸. La manipulación genética, las tecnologías de la comunicación y la inteligencia artificial, que, además están mutuamente interrelacionadas, apuntan –como ha dicho el gurú de la informática Bill Joy- a tres potenciales peligros: se revolucionan a sí mismas sin cesar, son universalmente utilizables y, en cuanto tecnologías basadas en el saber, sólo exigen los conocimientos correspondientes. Sin minusvalorar ese triple riesgo, lo cierto es que existen más motivos para la esperanza que para el miedo, pues como señala Sloterdijk “desde la perspectiva de una historia de las ideas, el surgimiento de la inteligencia artificial a la par que la tecnología genética constituye el mayor acontecimiento cognitivo”, lo que no obsta a este autor para preconizar que “las histerias de mañana irán dirigidas contra las máquinas adultas”⁸⁹.

Para reaccionar a los peligros asociados a este futuro heterobiológico Beck propone una reforma de la ciencia, “la cual debería abordar, de manera metódica-reflexiva, las consecuencias aparentemente imprevisibles de la investigación científica”⁹⁰, de forma que ya no pueda seguir rigiéndose por el lema “los beneficios se privatizan, pero los riesgos se socializan”, sino alcanzado una cultura que obligue a las empresas a la interiorización de los riesgos y con ello a la prevención de los mismos. Esa apuesta por la acción preventiva ha de suponer la anticipación de la responsabilidad en el presente para impedir lo que se

⁸⁸ Beck U., *op. cit.*, p. 127.

⁸⁹ Sloterdijk, P. “De terror y genes”, www.otrocampo.com/6/sloterdijk_terrorgenes.html.

⁹⁰ Beck U., *op. cit.*, p. 133.

barrunta en el futuro, pero sin soslayar el antiguo lema quirúrgico de que “vulnerando sanamos”, esto es, que como explica Sloterdijk “hiriendo sanamos; sanando, herimos. De modo análogo hay que decir: corriendo riesgos, damos seguridad; produciendo seguridad, incurrimos en riesgos. Quien desea la deshistorización del gran debate social, debe trabajar para que la sabiduría de los operadores y de los aseguradores se apoye en el futuro sobre una base más amplia”, situación que induce a pensar a este autor que parece que “volvemos a una situación en la que suena de nuevo la hora de los Estados”⁹¹.

Lo cierto es que la existencia de continuos flujos de información deslocaliza el impacto de las nuevas tecnologías y plantea un escenario que obliga a diálogos entre las naciones para llegar a consensos que permitan establecer normas con vocación de universalidad. Legislando conjuntamente se difuminan las fronteras territoriales y se avanza hacia una globalización jurídica que evite todo intento de crear falsos paraísos para la eugenesia. Esa universalización de los efectos de la actualidad tecnológica da lugar a lo que Jáuregui denomina al actual “desfase entre normalidad (realidad) y normatividad”⁹², producido porque, según este autor, el fenómeno de la globalización obliga a construir una nueva noción de soberanía, distinta de la tradicional vinculada al Estado-nación, una soberanía compartida entre diferentes niveles políticos. Asumir ese cambio se erige necesario no sólo por la dimensión internacional de los efectos del progreso biotecnológico, sino para evitar que la pérdida de fortaleza de los Estados actúe en beneficio exclusivo de las grandes corporaciones transnacionales. En este sentido se habla ya de un auténtico “reinado de la multinacionales” (expresión acuñada por Delmas-Marty⁹³), alguna de ellas con una facturación superior al producto interior bruto de muchos países. La presión de estas empresas de dimensión internacional genera una auténtica competencia entre los ordenamientos jurídicos nacionales (la denominada “regulatory competition”), que no es más que una de las consecuencias de la globalización económica en el terreno del Derecho, y que conlleva una competencia económica entre los propios Estados por atraer las inversiones de estas empresas. Como muy bien ha dicho Cassese “los Estados no compiten

⁹¹ Sloterdijk, P., *op. cit.*

⁹² Jáuregui, G., “Estado, soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI”, en *Revista de Derecho Político*, n.º.44, 1998, p. 48.

⁹³ Delmas-Marty, M., “Trois défis pour un droit mondial”, París, Seuil, 1998, p. 138. Cit. En Mir Puigpelat O., “Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo”, *Cuadernos Civitas, Madrid*, 2004, p.39.

ya –como sucedía en el siglo XIX o en el inicio del XX– por defender su propio territorio, sino por conquistar (para sí) mercados⁹⁴, otorgando a tales empresas las ventajas derivadas de la laxitud de sus ordenamientos jurídicos o de su propia vacuidad previsora frente a las nuevas técnicas y tecnologías. Surge, entonces, el temor a que se creen paraísos eugenésicos, lugares para la adulación de modernos Prometeos donde empresas se aprovechen de la inquietud de una sociedad inmersa desde hace tiempo en una lógica de intercambio de la vida y la salud por una determinada suma de dinero, situación que entraña el peligro de que se llegue a normalizar por la omisión de la comunidad de naciones, hasta el punto de que verse incapaces de evitar que no surja de ello conflicto moral ni jurídico.

El empuje de las grandes multinacionales farmacéuticas no es más que el reflejo del propio poder de la industria biomédica, en tanto que se sirve de una ciencia en la cual esta sociedad hedonista que nos toca vivir tiene puestas sus esperanzas para un futuro sin dolor, para un mundo en el que todos los males del cuerpo tengan remedio. Su desarrollo pone de actualidad el tradicional riesgo asociado a la medicina que provenía de su doble capacidad de curar y de matar –cuya potencialidad negativa se define como daño iatrogénico–, ambigüedad conceptual que tiene sus raíces en la propia etimológica del término griego “pharmakon” (medicina y veneno). Sin embargo, el mayor peligro que hoy en día representa el progreso de la medicina no proviene sólo del reverso fatídico de sus avances, a modo de indeseables efectos colaterales, riesgos impredecibles de un desarrollo en ardua competencia mercantil, sino en la apropiación de sus descubrimientos mediante patentes que garanticen el beneficio comercial, restringiendo su acceso a los más pudientes. Como advierte Mendieta “el mundo se encuentra ya enredado en las redes legales y políticas que han posibilitado la monopolización de las patentes sobre la vida y organismos⁹⁵”. Esa es la consecuencia de una disparidad de criterios sobre aquello que es patentable; para la legislación de los Estados Unidos de América es patentable prácticamente todo, salvo lo que va contra el orden público y la moralidad (?),

⁹⁴ Cassese, S., “El espacio jurídico global” (trad. De Calvo Montoro, M. J.), *Lección magistral pronunciada por el autor con motivo del Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla – La Mancha, el 21 de enero de 2002, edición de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2002.*

⁹⁵ Mendieta, E., “Como (no) ser humano: transformaciones e intervenciones genómicas”. Ponencia presentada en el XXI World Congress of Philosophy, Estambul, Turquía. Cit. por González Valenzuela, J., “Genoma humano y dignidad humana”, *Anthropos, Barcelona, 2005, p. 123.*

mientras que en la Unión Europea, víctima de sus propias tensiones internas, hallamos contradicciones entre la propia norma de referencia (la Directiva 98/44/CE) y determinadas normas patrias, fruto de la antigüedad de aquella. Como señala González Valenzuela “el criterio que tiene a regir es que no es patentable el cuerpo en su estado natural, pero sí aquello que sea aislable (el DNA en concreto) del cuerpo natural y ya clonado pueda ser objeto de todos los artificios tecnológicos que correspondan a una invención⁹⁶”. A tales efectos se viene a considerar como invención aquello que si no fuera por la intervención humana no existiría en su forma o estado particular, pero a efectos de su patentabilidad lo fundamental es la cuestión de su aplicabilidad, esto es, de su función. En cualquier caso, y por encima de la diversidad de consideraciones al respecto, en la normativa de patentes impera la regla de no comercialización del cuerpo humano, principio ético recogido en el artículo 21 del Convenio de Derechos Humanos y la Biomedicina y en el artículo 4 de la Declaración Universal del Genoma Humano.

A pesar de esa barrera ética y también jurídica las discusiones sobre el alcance de la misma se tornan en disquisiciones conceptuales que pretenden desvirtuar su propia eficacia como límite a la patentabilidad, al discutirse si los genes son una mera sustancia química o una parte del cuerpo humano. Tras esa teorización científico-legal subyace una competición investigadora propiciada por una industria ávida por obtener dividendos de su apuesta por la biotecnología, lo que está generando presiones económicas y comerciales para suavizar los requisitos de patentabilidad, presiones que tiene como objetivo a las propias oficinas de patentes, que dentro de su independencia de criterio son las que deciden si existe la necesaria aplicabilidad industrial. Esta situación, como apunta Casado, “se puede convertir en un obstáculo difícilmente superable para la economías de los países en desarrollo que han de pagar fortunas por la utilización en investigación de los materiales patentados⁹⁷”, máxime cuando tienen su origen en el propio genoma humano, considerado patrimonio de la humanidad. Esto propicia que, en ocasiones, se revierta el sentido privativo de la propia patente, en aras de salvaguardar el interés público, mediante la obligación que ya determinados gobiernos han impuesto a la concesión de licencias de explotación cuando sean de primordial im-

⁹⁶ González Valenzuela, J., *op. cit.* p. 124.

⁹⁷ Casado, M., “Implicaciones ético-jurídicas de las patentes biotecnológicas”, en “Gen – Ética”, Mayor Zaragoza, F., y Alonso Bedate, C., (coords.) Ariel, Barcelona, 2003, p. 198.

portancia para la salud pública. En este sentido constituye un hito histórico el famoso juicio de Pretoria, que apeló a la justicia y a la no-discriminación para fundamentar la obligación a la concesión de dichas licencias. Ello no obsta para que, sin perjuicio de la virtualidad jurídica que se le otorgue al principio ético de justicia, realmente cobre especial significación en esta materia los conceptos de “buenas costumbres” y de “orden público”, que a pesar de su indeterminación conceptual pueden ser útiles para coadyuvar la interpretación de las normas y para la toma de decisiones acordes con el sentir social. La recurrencia a estos conceptos jurídicos indeterminados se torna fundamental cuando, como ocurre en esta materia, se producen desfases entre el ritmo de desarrollo tecnológico y la capacidad por asimilar sus descubrimientos, no sólo desde una perspectiva sociológica sino especialmente jurídica, pudiendo darse la sensación de que no se acompasa tal desarrollo con la necesaria normativización que lo regule. Tomar decisiones en esta materia exige retomar la esencia de la norma, que descansa en su adecuación con los derechos universales de la persona, principal aportación del siglo XX al mundo del Derecho.

Es en este pasado siglo, a partir de las dos guerras mundiales, cuando se empieza a concebir la necesidad de uniones políticas entre los diferentes Estados más allá de simples alianzas estratégicas, haciendo buena esa frase de Ferrajoli de que “el Estado es hoy demasiado grande para las cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes”⁹⁸. En esa nueva dimensión de las relaciones entre Estados a nivel mundial se hace necesaria una suerte de coordinación política que pueda dirigir el desarrollo de la ciencia y la tecnología a ámbitos de indemnidad preservando a la humanidad de las consecuencias indeseables de tipo ecológico y social. Es cierto que 180 Estados soberanos están incorporados a la ONU, y aproximadamente coexistente 350 organizaciones gubernamentales —de las cuales más de la mitad fueron fundadas después de 1960—, pero la realidad es que —incluyendo a la ONU— son demasiado débiles para tomar decisiones políticas obligatorias y, por lo tanto, para hacerse cargo de funciones normativas determinantes en los territorios de la economía, la seguridad social, la ecología y, como no, la propia biotecnología. Esa debilidad Habermas la justifica “desde la interdependencia asimétrica entre los países desarrollados, neindustriales y subdesarrollados, en una sociedad global estratificada (en la cual) aparecen intereses y contradicciones irreconciliables, (...) perspectiva que seguirá exis-

⁹⁸ Ferrajoli, L., “La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale”, Milano, Anabasi, 1995, p. 49. Cit. en Mir Puigpelat, O., *op. cit.*, p. 212.

tiendo mientras no logremos institucionalizar un procedimiento de formación de la voluntad política transnacional, que apremie a los actores —capaces de una acción global— a la ampliación de un “global governance” según sus preferencias y sus puntos de vista”. Para Habermas la cuestión principal es “si en las sociedades civiles y en los espacios públicos de gobiernos más extensos puede surgir la conciencia de una solidaridad cosmopolita. Sólo bajo la presión de un cambio efectivo de la conciencia de los ciudadanos en la política interior, podrán transformarse los actores capaces de una acción global, para que se entiendan a sí mismos como miembros de una comunidad que sólo tiene una alternativa: la cooperación con los otros y la conciliación de sus intereses por contradictorios que sean. Antes de que la población misma no privilegie este cambio de conciencia por sus propios intereses, nadie puede esperar de las elites gobernantes este cambio de perspectiva: de las relaciones internacionales a una política interior universal. Lo que falta es la urgente formación de una solidaridad civil universal (*Weltbürgerliche Solidarität*)”⁹⁹. Estamos ante el tantas veces reclamado “retorno” de Duguit a su idea de “solidaridad social” como fundamento del Estado y del Derecho Público.

Esa fuerza interior que dinamice un cambio en la concepción del Derecho debe activarse a través de un empuje del Derecho natural, en su función mediadora que opera entre una exigencia social sobre un determinado ideal de justicia y la institucionalización jurídica de normas justas. Esta función entraña una dialéctica entre sociedad y Derecho positivo, en que aquélla, según Sánchez de la Torre, “aparece, no en su consideración fáctica, sino en su proyección deóntica, o sea, no en sus resultados actuales, sino en sus exigencias para el futuro”¹⁰⁰. En tal proceso dialéctico el Derecho natural estructura unos principios de justicia que puedan convertirse en normas positivas. Se trata de integrar las aspiraciones comunes sentidas según la racionalidad social vigente en la conciencia “común” (tal como decía Rosmini), en la racionalidad propia del ordenamiento jurídico positivo. Pero no debe obviarse que la conciencia colectiva de la necesidad de determinada regulación justa sólo se canaliza propiamente como Derecho natural cuando avanza hacia una institucionalización positiva. Según el iusnaturalismo de raíz tomista el proceso normativo positivo requiere condiciones y garantías que aseguren la proyección social de la

⁹⁹ Habermas, J., “Nuestro breve siglo”, *op. cit.*

¹⁰⁰ Sánchez de la Torre, A., voz “Derecho Natural” del *Diccionario Unesco de Ciencias Sociales, Tomo II, Planeta – De Agostini, Barcelona, 1987, p. 670.*

dignidad y espiritualidad humanas, de ahí que el problema surja cuando los principios del Derecho natural buscan un seno institucional en el cual encaramarse y no lo encuentran. Por ello, estamos ante algo más que una doctrina que sea la síntesis racional de determinados principios con vocación normativa, sino ante el reto de conseguir su penetración en los ámbitos institucionales que sirvan de vehículo a la eficacia general de tales principios.

La sensibilización social hacia los peligros de ciertas líneas de investigación biotecnológica desatadas de cualquier atadura moral requieren un consenso científico sobre aquello que es lícito crear. La conciencia ética de la clase científica exige un debate multidisciplinar previo que reflexione sobre las aplicaciones de las ciencias de la vida, aportando argumentos para una concienciación de signo deontológico. La elaboración de unas reglas éticas básicas –de las cuales ya hemos presenciado grandes avances en esa línea-, constituyen los mimbres de una moralidad específica sobre la que construir un entramado de principios de necesaria trascendencia legal. Hemos aludido ya al principio de precaución y también hemos analizado la dimensión jurídica del principio de responsabilidad. La proyección social de tales principios ya no es sólo una consecuencia de su propia asunción por la clase científica, sino también una exigencia del conjunto de la sociedad hacia políticas de transparencia informativa que permitan tomar conciencia en todo momento de los peligros que puede entrañar la evolución de la ciencia y la tecnología biomédica, de modo que las decisiones en orden a asumir los riesgos del desarrollo biotecnológico descansen no sólo en una legitimación científica sino también en una legitimación democrática. El consenso resultante propiciará decisiones institucionales bajo la forma de convenios, tratados y declaraciones universales como paradigma de una globalización jurídica, que se traduzca no sólo en un “corpus” normativo válido para toda la humanidad en aquellas cuestiones que trascienden el ámbito de los Estados individualmente considerados, sino también en una jurisdicción única a cargo de una Corte Penal Internacional, como respuesta desde el Derecho a la necesidad de salvaguardar a la especie de humana de las veleidades que desatadas por la falta de control jurídico terminen atentando contra la dignidad y la libertad del hombre, evitando las consecuencias de una especie contaminación genética basada en la especulación científica desatada por el afán de lucro que impulsa la carrera biotecnológica. La seguridad jurídica de un conjunto normativo común bajo supervisión de un tribunal internacional habrá de convertirse

pues en la baranda desde la cual poder asomarnos al insondable mundo de la biotecnología.

7.-Epílogo.

Paradójicamente, a medida que el conocimiento y la tecnología avanzan y las posibilidades de actuación aumentan, la ciencia en general, y la medicina en particular, se aprecian como actividades cada vez más inciertas. Esa incertidumbre se traduce en un temor a que la inercia del conocimiento nos traslade a escenarios inseguros por la imposibilidad de predecir los riesgos de tan desaforado desarrollo. Pero realmente la inseguridad no nace de la ciencia propiamente dicha sino de la ausencia de una regulación cierta y uniforme para todo el conjunto de la humanidad, o lo que es igual, para todos los científicos. Se necesita de un conjunto de reglas que actúen a modo de cierre de esa moderna caja de Pandora que tenemos entre manos.

Ulrich Beck ha definido muy bien la “sociedad del riesgo” que caracteriza a los tiempos que corren. Lo de que cada cosa tiene su tiempo y hay un tiempo para cada cosa deja de ser cierto: es posible procrear en la menopausia, sin tener pareja o teniéndola del mismo sexo, eliminar enfermedades antes de embarazo o incluso realizar intervenciones quirúrgicas al feto; la calidad de vida se mejora reforzando la inmunidad a determinadas enfermedades, o simplemente se alarga retrasando el reloj biológico. Pero el oscuro reverso de esos avances que nos trae la biotecnología y la moderna medicina es precisamente que su propia novedad encierra la inexperiencia de sus riesgos.

Dadas esas circunstancias la ética tiene que pensar cuál es su función en dicho contexto. Por supuesto que la ética no es adaptable a la sociedad, sino que es la sociedad la que tiene que adaptarse a ella. En ese estado sociológico, definido como hemos visto por la cercanía a las claves de la biología, la palabra fundamental es la responsabilidad, entendida como la capacidad de dar respuestas, aunque sean vacilantes, a las oportunidades y posibilidades que ofrecen las innovaciones tecnológicas. Se impone propugnar una ética de la responsabilidad, en el sentido propuesto por Max Weber, que tiene en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción, frente a una ética del éxito, que pretende hacer de nuestro tiempo la frase que en boca del príncipe renacentista puso Maquiavelo: “el fin justifica los medios”.

Dice Habermas que una característica de nuestro mundo es que los conflictos se convierten en desafíos, son

retos que está en nuestras manos abordar de una forma positiva. Pero para que el desafío que entraña la lucha contra la enfermedad no conlleve consecuencias negativas para nuestra propia existencia, el científico no puede abstraerse de unos valores que definan su ámbito de actuación; no puede contentarse con una concepción de su actividad como “libre de valores” porque nada está libre de ellos. Por el contrario, ha de plantearse sin reservas cuáles son los valores que no se pueden eludir, dilema que la ética ha de resolver especialmente en lo que atañe a la forma en cómo aplicar dichos valores ante tales desafíos. A eso Victoria Camps lo llama “autorregulación”.

No obstante, el problema es la existencia de éticas opuestas o antagónicas, con lo cual al científico le basta con establecer su laboratorio o centro de estudios en el país o territorio cuya legislación —o precisamente la falta de ella— mejor convenga a su fines. La superación de esos vacíos legales sólo se alcanzará estableciendo unos valores, ideales y fines éticos comunes para toda la humanidad, pues ahí reside el ideal regulativo de mínimos que cohesionen el diferente entramado de culturas jurídicas. Su plasmación normativa reside desde hace más de cincuenta años en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero su interpretación a la luz de la nueva realidad social es una obligación del día a día, so pena de convertir esa regulación en una pieza de arqueología jurídica.

La importancia de la ética reside en que concreta unos principios y valores que en el terreno de lo jurídico fundamentalmente están recogidos en las declaraciones de derechos. Pero esas declaraciones serán muy poco efectivas si no se complementa con lo que Aristóteles entendió como virtud: la disposición a actuar en la forma debida. Algo que no viene predeterminado ni se deduce mecánicamente de la existencia de los códigos de conducta, sino que resulta de la actividad que el Derecho romano otorgó al jurisconsulto, el jurista de nuestro tiempo, el estudioso del derecho que interpreta la norma y busca la mejor forma de aplicarla al caso concreto. Esa labor en el terreno de la justicia tiene su refrendo en la figura del juez, único capaz de crear jurisprudencia, principal fuente del ordenamiento jurídico anglosajón, y una de las fuentes del derecho europeo continental, que se revela fundamental cuando la norma no contempla exactamente el supuesto fáctico analizado.

La globalización que caracteriza la sociedad de nuestro tiempo difumina la existencia de fronteras territoriales. Las empresas se internacionalizan y los Estados se agrupan en organismos supranacionales a los que ceden parcelas de decisión que afectan a sus propios asuntos internos, precisamente por esa repercusión general que

toman los acontecimientos que se producen en cualquier rincón del mundo. El brote de una epidemia en Taiwan puede llegar a España en el tiempo en que un avión comercial recorre esa distancia. Un virus informático incluso llegaría desde ese mismo origen en escasos segundos. Por tal razón los problemas globales exigen soluciones globales, que en el terreno de la justicia sólo pueden proporcionarlas los organismos judiciales que representen a una jurisdicción única para todos los países en aquellos asuntos que conciernen a la humanidad en su conjunto.

Es lo cierto que las responsabilidades en materia de sanidad no suelen tener una dimensión puramente individual, sino que tienen asimismo una dimensión social, colectiva. Los desafíos que se le plantean a la nueva sanidad residen en no sucumbir totalmente ante las necesidades económicas y esforzarse en adaptar la actividad sanitaria a su nuevo desarrollo sin que desaparezcan los valores éticos. Uno de esos valores es la igualdad de trato, que en el contexto sociosanitario se traduce en la posibilidad de obtener un adecuado nivel de protección de la salud sin que exista discriminación en el acceso a las fuentes de la misma. El problema es que en una sociedad de mercado la patrimonialización de las nuevas técnicas y productos biosanitarios supone su acceso al mejor postor.

La respuesta está en el rol que asuma el Estado. Nadie pone en duda el hecho de que son estas organizaciones las que se erigen en garantes de las libertades y derechos públicos. También en materia de protección de la salud por cuanto ésta representa la premisa para una vida íntegra. Si falla la salud se dificulta el adecuado desarrollo de la personalidad, pues la primera aspiración del individuo es la plena disposición de sus facultades físicas e intelectivas. Al Estado no ha de bastarle con dotar a la sociedad de una serie de centros o establecimientos sanitarios que cubra la asistencia básica ante las patologías comunes. Tampoco con promover unos hábitos de vida saludables. Ni siquiera vale controlar un adecuado nivel de salud pública, entendida incluso como protección del medioambiente. El Estado debe implicarse en la investigación y desarrollo, bien de forma directa, dedicando partidas presupuestarias a estos objetivos, bien indirectamente mediante incentivos que permitan a las empresas y a los científicos arriesgar tiempo y esfuerzos tanto financieros como personales para que en su día pueda revertir el resultado de ese trabajo en beneficios para la sociedad.

Nuestra Constitución de 1978 permite alcanzar ese ideal regulativo ya desde el primer artículo en donde se dice que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna valores superiores del ordenamiento jurídico la dignidad, los derechos inviola-

bles, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a ley y a los derechos de los demás. De fronteras adentro es evidente que la determinación legal, desarrollo práctico y tutela de esos valores corresponden a nuestros poderes públicos, el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Sin embargo, la necesaria interrelación política y jurídica con el resto de los países, especialmente con aquéllos del entorno europeo, obliga a supeditar esta materia a los acuerdos y pactos dictados en el seno de la comunidad de naciones, principiando por la ONU y concluyendo con esa cada vez mayor integración e interrelación que supone para nuestro país y otros 24 la Unión Europea. Ese es el mandato del artículo 10.2 de la Constitución de 1978 y la premisa fundamental de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y de la próxima –y esperemos que no fallida– Constitución europea, norma de referencia para un futuro cercano. Falta por crear y consolidar instituciones que permitan servir como vigilante atalaya jurídica para un desarrollo armónico y seguro de la biotecnología, controlando adecuadamente el uso de sus aportaciones y aplicaciones. Ese es el reto del Derecho para el siglo XXI.

Bibliografía:

1. AA.VV., Diccionario Unesco de Ciencias Sociales, Planeta – De Agostini, Barcelona, 1987.
2. Acosta Gallo, P., “Salud, profesiones sanitarias y Constitución española”, Fundación Mapfre Medicina, Madrid, 2002.
3. Aganzi, E., “El bien, el mal y la ciencia”, Tecnos, Madrid, 1996.
4. Beck U., “La sociedad del riesgo”, Paidós, Barcelona, 1995.
5. Beck U., “Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms”, Paidós, Barcelona, 2002.
6. Borrajo Lacruz, E., “Artículo 43” en “Comentarios a la Leyes Políticas”, Edersa, 1996.
7. Camps, V. (ed.), “Historia de la ética (3) La ética Contemporánea”, Crítica, Barcelona, 2000.
8. Camps, V., “¿Qué hay de malo en la eugenesia?”, Isegoría, nº 27, CSIC, 2002.
9. Cassese, S., “El espacio jurídico global” (trad. De Calvo Montoro, M. J.), Lección magistral pronunciada por el autor con motivo del Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Castilla – La Mancha, el 21 de enero de 2002, edición de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2002.
10. Charlesworth, M., “La bioética en una sociedad liberal”, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
11. Cortina, A., “Ética de las biotecnologías”, Isegoría, nº 27, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Madrid, 2002.
12. Cueto Pérez, M., “Responsabilidad de la Administración en la Asistencia Sanitaria”, Tirant Monografías, 1997.
13. D’Agostino, F., “La bioética como problema jurídico. Breve análisis de carácter sistemático”, Cuadernos de bioética, nº 28, 4º 96.
14. Desdentado Bonete, A., “La extraña fascinación de las Máximas Jurídicas. A propósito de “Tópica” de Gerardo Pereira-Menant” en “Revista semanal Repertorio de Jurisprudencia”, nº45, Marzo 2003, Navarra.
15. Dworkin, R., “Jugar a ser Dios: genes, clones y suerte”, Claves nº 135, 2003.
16. Dworkin, R., “Los derechos en serio”, Ariel, Madrid.
17. Engelhardt, H.T., “Los fundamentos de la bioética”, Paidós, 1995.
18. García Paredes, A., “El hombre microscópico (la nueva humanidad ante el Derecho). Estatuto ético y jurídico del embrión preimplantado”, conferencia pronunciada el 8 de Febrero de 2001, en las jornadas de la Escola Galega de Administración Pública celebradas en Santiago de Compostela bajo el título “O xenoma humano e o Dereito”
19. Gómez Ferrer, R., “Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo”, Revista de Administración Pública, nº. 150, 1999.
20. Gómez, C. (ed.), “Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX”, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
21. González Valenzuela, J., “Ética y Bioética”, Isegoría, nº 27, CSIC, 2002.
22. Habermas, J., “Nuestro breve siglo”, www.nexos.com.mw/internos/saladelectura/habermas_a.asp (Diciembre 2003).
23. Harris, J., “Superman y la mujer maravillosa”, Tecnos, 1998.

24. Huxley, A., "Un mundo feliz", Plaza & Janés, Barcelona, 1998.
25. Jauregui, G., "Estado, soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI", en Revista de Derecho Político, nº.44, 1998.
26. Jonas, H., "El principio de responsabilidad", Herder, Barcelona, 1995.
27. Jonas, H., "Técnica, medicina y ética", Paidós, 1996.
28. Kant I, "Metaphisik der Sitten", trad. cat. Tecnos, 1989.
29. Martínez Calcerrada, L., "Derecho Médico", Vol. I, Tecnos, Madrid, 1986.
30. Martínez Morán, N., (coord.) "Biotecnología, Derecho y dignidad humana".
31. Mayor Zaragoza, F., y Alonso Bedate, C., (coords.) "Gen – Ética", Ariel, Barcelona, 2003.
32. Mir Puigpelat O., "Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo", Cuadernos Civitas, Madrid, 2004.
33. Mitcham, C., "¿Qué es la Filosofía de la tecnología?", Anthropos, Barcelona, 1989.
34. Mounier, E., "La personalidad", PUF, París, 1951.
35. Muñoz de Bustillo, R. (ed.), "El estado de bienestar en el cambio de siglo", Alianza Ensayo, Madrid, 2000.
36. Muñoz Machado, S., "La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos", Alianza Editorial, 1995.
37. Nozick R., "Anarquía, estado y utopía", FCE, 1988.
38. Nussbaum, M., "Genética y justicia: tratar la enfermedad, respetar la diferencia", Isegoría, nº 27, CSIC, 2002.
39. Olive, L., "El bien, el mal y la razón. Facetas de la ciencia y la tecnología". Paidós, México, 2000.
40. Ollero, A., "Deontología jurídica y Derechos Humanos" en "Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre Deontología". Vol. I.
41. Palomar Ojea, A., "Manual Jurídico de la Profesión Médica", Dykinson, Madrid, 1998.
42. Pelayo González – Torre, A., "La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado", Dykinson, Madrid, 1997.
43. Quintero Olivares, G., "La responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral (encuentro y desencuentro entre Derecho y sociedad) conferencia inaugural del IX Congreso de la Asociación Juristas para la salud, Santiago de Compostela, 1999.
44. Rawls, J., "Las libertades humanas y su prioridad" en "Libertad, igualdad y derecho", Ariel, 1988.
45. Rescher, N., "Razón y valores en la Era científico – tecnológica", Paidós, Barcelona 1999.
46. Rodríguez Paniagua, J. M., "Moralidad, derechos, valores", Cuadernos Civitas. Madrid, 2003.
47. Romeo Casabona, C.M. (coord.), "Derecho biomédico y bioética", Comares, Granada, 1998.
48. Santos Briz, J., "La Responsabilidad Civil: derecho sustantivo y derecho procesal", Montecorvo, Madrid, 1993.
49. Singer P., "De compras por el supermercado genético", Isegoría, nº 27, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2002.
50. Sloterdijk, P. "De terror y genes", www.otrocampo.com/6/sloterdijk_terrorgenes.html (Diciembre 2003).
51. Sloterdijk, P., "Normas para el parque humano", Siruela, Madrid, 2001.
52. Vallespin, F., "Bienvenidos a la sociedad del riesgo", El País, 25-Noviembre-2000.

